

Revista
PENSAMIENTO JURÍDICO
Enero-junio de 2018 No. 47

Democracia, participación e inclusión

Revista
PENSAMIENTO JURÍDICO
Enero-junio de 2018 No. 47

Democracia, participación e inclusión



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

REVISTA PENSAMIENTO JURÍDICO No. 47

Título del número: "Democracia, participación e inclusión"

Publicación semestral, arbitrada según criterios que aseguran el anonimato de autor y par evaluador

Lugar y fecha: Bogotá, enero-junio de 2018

© UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, SEDE BOGOTÁ
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales
Gerardo Molina - UNIJUS

ISSN 0122-1108

Prof. Dra. Dolly Montoya Castaño. (Rector General)

Prof. Dr. Hernando Torres Corredor (Decano de la Facultad)

Prof. Dr. Alejo Vargas Velásquez (Vicedecano de Investigación y Extensión)

Instituto UNIJUS

Prof. Dr. Andre-Noel Roth Deubel (Director)

Director de la Revista

Prof. Dr. Bernd Marquardt

Comité Editorial

Prof. Dr. Diego Eduardo López Medina (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Farid Samir Benavides (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Gregorio Mesa Cuadros (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)

Prof. Dr. Óscar Mejía Quintana (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)

Prof. Dra. Raina Zimmering (Universidad Johannes Kepler, Linz-Austria)

Prof. Dr. Rodolfo Arango Rivadeneira (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Antoni Pigrau Sole (Universitat Rovira i Virgili, España)

Prof. Dr. Enrique Letellier Loyola, (Universidad de Antofagasta, Chile)

Comité Científico

Prof. Dra. Esther Sánchez Botero (Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Colombia)

Prof. Dr. Jacques Commaille (Ecole Normale Supérieure de Cachan, Francia)

Prof. Dr. Jane Larson (University of Wisconsin, Estados Unidos)

Prof. Dr. Jean-Charles Froment (Université Pierre Mendès, Francia)

Prof. Dr. José Reinaldo de Lima (Universidad de Sao Paulo, Brasil)

Prof. Dr. Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell (Universidad de Salamanca, España)

Prof. Dr. Michele Luminati (Universidad de Lucerna, Suiza)

Prof. Dr. Roberto Gargarella (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Stanley L. Paulson (Washington University St. Louis, Estados Unidos)

Pares Evaluadores

Prof. Dr. Emilio Pajares Montolío (Universidad Carlos III de Madrid, España)

Prof. Mg. Mónica Natalia Acosta García (Universidad del Rosario, Colombia)

Prof. Dr. Rubén Martínez Dalmau (Universidad de Valencia, España)

Prof. Dr. David Mendieta González (Universidad de Medellín, Colombia)

Prof. Dr. Fernando Muñoz León (Universidad Austral de Chile, Chile)

Prof. Dr. Ramón María Orza Linares (Universidad de Granada, España)

Prof. Dr. Miguel Malagón Pinzón (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Celso Maran de Oliveia (Universidade Federal de São Carlos, Brasil)

Coordinador Editorial

Luis Fernando Sánchez Supelano

Correspondencia y Suscripción

Diagonal 40 A Bis No. 15-38, Casa Gaitán, Bogotá, Colombia

Teléfono (571) 316 5000 Ext.: 17306

Correo electrónico: rpjuridico_fdbog@unal.edu.co

URL: www.derecho.unal.edu.co/unijus/rpj.html - <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/issue/archive>

Portada: *La democracia directa en el cantón suizo de Appenzell en el siglo XVIII.* Oleo de un pintor desconocido.

Lugar: Museo de Appenzell

Impreso y hecho en Bogotá D.C., Colombia.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Contenido

Presentación	9-11
<i>Supremacía constitucional y bloque de constitucionalidad: el ejercicio de armonización de dos sistemas de derecho en Colombia</i>	
<i>Constitutional supremacy and block of constitutionality: the exercise of harmonization of two systems of law in Colombia</i>	
Adrián Alexander Zeballos Cuathin	13-42
<i>El constitucionalismo en América Latina: la justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador</i>	
<i>Constitutionalism in Latin America: indigenous justice and legal pluralism in Ecuador</i>	
Eduardo Díaz Ocampo y Alcides Antúnez Sánchez.....	43-76
<i>La Constitución de 1991: hacia un proyecto democrático deliberativo</i>	
<i>The Constitution of 1991: a deliberative democratic project</i>	
Óscar Mejía Quintana e Ivonne Patricia León	77-103
<i>Restitución de tierras: la realidad tras la fantasía</i>	
<i>Restitution of lands: reality behind fantasy</i>	
John Arturo Cárdenas Mesa	105-148
<i>Diversidad sexual en la historia jurídica colombiana</i>	
<i>Sexual diversity in the Colombian legal history</i>	
Yamid Enrique Cotrina Gulfo.....	149-165

<i>El derecho fundamental al olvido: reconocimiento y evolución</i> <i>The fundamental right to be forgotten: recognition and evolution</i> Jorge Isaac Torres Manrique.....	167-200
<i>El poder de policía en el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia, Ley 1801 de 2016</i> <i>The police power in the new national code of police and convivency, act 1801 of 2016</i> Yeimy Ivonne García Parra	201-233
<i>A responsabilidade civil da família na educação ambiental</i> <i>Civil liability of family in environmental education</i> Maria Flávia Cardoso Máximo.....	235-259
<i>Revista Pensamiento Jurídico. Instrucciones para los autores de artículos a publicar</i>	261
<i>Journal Pensamiento Jurídico. Instructions for authors</i>	269
Política de Ética Editorial	277
Editorial Ethics Policy	285

Presentación

En esta ocasión, la *Revista Pensamiento Jurídico* —publicación arbitrada bajo la modalidad de doble ciego y de carácter semestral—, de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, presenta algunas reflexiones sobre la democracia, la participación y la inclusión social desde un enfoque trans- e interdisciplinar, con el ánimo de contribuir a la comprensión de la evolución, el desarrollo y las concreciones del Estado social de derecho democrático y pluralista. El contenido de la revista está dirigido a investigadores, docentes, estudiantes y especialistas en las diversas ramas del derecho, en el ámbito nacional e internacional. A continuación, se realiza una breve presentación de cada uno de los artículos.

En primer lugar, se encuentra el texto titulado “Supremacía constitucional y bloque de constitucionalidad: el ejercicio de armonización de dos sistemas de derecho en Colombia”, elaborado por el profesor Adrián Alexander Zeballos Cuathin (abogado, magíster en Derecho y candidato a doctor en Derecho), de la Universidad la Gran Colombia. El autor realiza un acercamiento a la evolución que ha tenido la Constitución hasta afirmarse como norma suprema y definir su contenido, y en especial estudia la existencia de normas que son extrañas a su texto y que sin embargo hacen parte integral de él, y que se conocen como *bloque de constitucionalidad*.

En segundo lugar, se presenta el artículo denominado “El constitucionalismo en América Latina: la justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador”, del profesor Eduardo Díaz Ocampo (abogado, magíster en Desarrollo Curricular y doctor en Jurisprudencia), de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, y el profesor Alcides Antúnez Sánchez (abogado y magíster en Derecho de la Empresa), de la Universidad de Granma. El documento pretende establecer principios doctrinarios sobre los cuales debe sustentarse la armonización entre la justicia ordinaria y la justicia indígena. Este análisis se elabora a partir de la necesidad de brindar alternativas de formación jurídica enmarcadas en una pedagogía social que permita educar para la defensa de los principios de justicia y respeto cultural a los pueblos indígenas. Aborda además categorías jurídicas y resignifica la necesidad de establecer un orden jurídico en la sociedad que contribuya a alcanzar niveles superiores de oportunidades sociales para los ciudadanos.

Seguidamente, se encuentra el texto “La Constitución de 1991: hacia un proyecto democrático deliberativo”, de los profesores Óscar Mejía Quintana (filósofo, magíster en Filosofía Moral, doctor en Filosofía Política y doctorado en Filosofía del Derecho) e Ivonne Patricia León (politóloga y magíster en Derecho), de la Universidad Nacional de Colombia. En el estudio, se aborda la discusión de cómo la Constitución de 1991 no consiguió realizar, en la práctica, el principal anhelo por el que fue convocada: el logro de la paz y, a través de ella, la garantía de la vida de los colombianos, así como la instauración de una auténtica y eficaz cultura democrática. En este marco, se considera la Constitución de 1991 como un proyecto inacabado, en el que se debe concretar, en primer lugar, un ideal regulativo de consenso político para la superación del conflicto y, en segundo lugar, un consenso constitucional que cimente la consolidación de un proyecto societal común, el cual debe ser asumido por una instancia de razón pública deliberativa.

A continuación, se presenta el artículo “Restitución de tierras: la realidad tras la fantasía”, del abogado litigante John Arturo Cárdenas Mesa (especialista en Derecho Contencioso Administrativo y magíster en Literatura Colombiana). El documento aborda los avances legislativos y jurisprudenciales en materia de reparación a víctimas del conflicto armado interno, ya que, desde la Ley 387 de 1997 a la Ley 1448 de 2011, ha habido un cambio de paradigma jurídico-cultural en el cual la reparación por medio de medidas de restitución ha ido cobrando tanta importancia como las reparaciones económicas. Finalmente, discute los retos para que la restitución sea una realidad, como el enorme costo fiscal, la armonización de su normatividad con la Constitución nacional y el gran desafío de obtener la anhelada reconciliación nacional.

En quinto lugar, encontramos el texto titulado “Diversidad sexual en la historia jurídica colombiana”, del investigador Yamid Enrique Cotrina Gulfo (abogado), de la Universidad del Atlántico. En el documento se evidencia cómo la diversidad sexual en Colombia ha adquirido múltiples categorías a lo largo de su historia jurídica, configurándose como delito en alguno de sus intervalos. Luego se muestra cómo se pasa a su despenalización definitiva, considerada como conducta que se escapa de la moral católica predominante, y, psiquiátricamente, como enfermedad siguiendo los parámetros de la OMS hasta 1990. Finalmente, con la Constitución de 1991, se abrió la puerta para el surgimiento de activismos sociales y jurídicos que trajeron consigo la ampliación del régimen de protección en derechos para las personas sexualmente diversas como grupo poblacional.

A continuación, se presenta el artículo denominado “El derecho fundamental al olvido: reconocimiento y evolución”, de Jorge Isaac Torres Manrique (abo-

gado, magíster en Derecho Empresarial y Derecho Penal, y doctor en Derecho y Administración). Este texto aborda el derecho fundamental al olvido como un nuevo derecho que surge como resultante del desarrollo de la tecnología. Así, el derecho al olvido se encuentra orientado a impedir y contrarrestar los perjuicios que genera la no poca y dañina información personal publicada en la red. En la presente entrega, el autor analiza de manera profunda y amplia sus diversos alcances y aristas, para concluir esbozando propuestas al respecto.

Seguidamente, se encuentra el texto “El poder de policía en el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia, Ley 1801 de 2016”, de la abogada Yeimy Ivonne García Parra (magíster en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales Contemporáneos). En este documento, se analiza la conceptualización y fundamentación del poder de policía como concepto estudiado por la jurisprudencia desde dos perspectivas: la noción de *police power*, del *common law*, y la de policía como servicio público, del derecho administrativo francés, lo que ha dado origen a algunas confusiones jurisprudenciales, eventualmente superadas con la expedición de la Ley 1801 de 2016.

Finalmente, se presenta el texto “Responsabilidade civil da família na educação ambiental”, de la profesora Maria Flávia Cardoso Máximo (licenciada en Derecho, magíster en Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible), de la Escola Superior Dom Helder Câmara. El propósito de este artículo es desarrollar un enfoque de la responsabilidad civil familiar en la educación ambiental. En esa perspectiva, se explora la idea de la educación ambiental como una ruta para el desarrollo sostenible, y se argumenta cómo la familia desempeña un papel notorio como impulsora de comportamientos ambientales adecuados.

De esta forma, la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia pone a disposición de la comunidad académica nacional e internacional un nuevo número de la *Revista Pensamiento Jurídico*, con el ánimo de contribuir a los debates actuales del mundo del derecho en sentido amplio, abordando discusiones pertinentes sobre el proyecto democrático colombiano su relación con el constitucionalismo, los límites del poder y la garantía de los derechos.

BERND MARQUARDT

Director *Revista Pensamiento Jurídico*

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

Nº
47

12

Supremacía constitucional y bloque de constitucionalidad: el ejercicio de armonización de dos sistemas de derecho en Colombia

Constitutional supremacy and block of constitutionality: the exercise of harmonization of two systems of law in Colombia

*Adrián Alexander Zeballos Cuathin**

Fecha de recepción: 28 de febrero de 2017

Fecha de aceptación: 23 de junio de 2017

RESUMEN

El presente trabajo pretende realizar un acercamiento a la evolución que ha tenido la Constitución hasta afirmarse como norma suprema y definir su contenido, pues existen normas que son extrañas a su texto y que sin embargo hacen parte integral de la Constitución. Ese conjunto normativo conforma el bloque de constitucionalidad, bloque sustantivo y a la vez parámetro de constitucionalidad de otras leyes.

Palabras clave: constitución; supremacía constitucional; bloque de constitucionalidad; parámetro de constitucionalidad.

ABSTRACT

This paper intends to make an approximation to the evolution that the Constitution has had until affirming itself as the supreme norm, as well as to define its content, since there are norms that are foreign to its text and yet are an integral part of the Constitution. This normative set conforms the block of constitutionality, substantive block and at the same time parameter of constitutionality of other laws.

Keywords: constitution; constitutional supremacy; constitutionality block; parameter of constitutionality.

* Abogado investigador. Magíster en Derecho, candidato a doctor de la Universidad Nacional de Colombia; docente investigador de la Universidad La Gran Colombia. Correo electrónico: aazeballosfc@unal.edu.co, adrian.zeballosf@ugc.edu.co

INTRODUCCIÓN

En la actualidad existe un acuerdo mínimo en la doctrina constitucional sobre el significado formal de la Constitución, y para invocarla se utilizan expresiones como Carta Magna, Norma de normas, Ley fundante, Fuente de fuentes, entre otras. Pero esa construcción no se formuló de una sola vez y en un solo momento, sino que agotó varios periodos de la historia; su concreción igualmente necesitó de diversos elementos para evolucionar hasta convertirse en Ley Fundamental. Con el carácter de fundamental deviene también una necesidad, la de establecer el ente que vigile su integridad. Después de intensos debates, y con ayuda de un activismo judicial fuerte, la teoría ha consensuado que el guardián debe ser el poder judicial, poder con facultad para decir qué es y qué significa la Constitución.

En seguida la discusión se traslada a un asunto de mayores complejidades: la identificación de las normas que hacen parte de la Constitución, ya que el cuerpo de la Constitución formal parece insuficiente para abordar realidades jurídicas en términos de justicia. El efecto de esa insuficiencia se proyecta en la aparición de una nueva categoría jurídica llamada bloque de constitucionalidad, que hace referencia a un conjunto de normas que en principio no hacen parte del texto de la Carta pero que aun así, por previa autorización de esta, se integran armónicamente a su cuerpo, ampliando generosamente su contenido. El problema específico que se encuentra allí es precisamente la identificación de las normas que integran el bloque de constitucionalidad.

La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado fecundamente el concepto, pero no por eso deja de ser complejo y por ende problemático. La arquitectura jurisprudencial de la Corte ha atravesado varias etapas en este cometido, y aun así está en proceso de consolidar tanto la forma como la materia del bloque de constitucionalidad. En el mismo sentido trabajan los estudiosos del derecho interesados en estos temas.

Teniendo presente este problema, en seguida se intentará una aproximación al concepto de bloque de constitucionalidad teniendo como referencia lo propuesto por la doctrina y la jurisprudencia nacional y foránea, para, en esa misma línea, realizar un intento de sistematización de los conceptos y del sustrato material del bloque.

A continuación, se discutirán dos temas principales, cada uno con tres ejes temáticos: (1) el paradigma de la supremacía constitucional, el cual se aborda de la siguiente manera: (1.1) la Constitución como institución autodinámica, (1.2) el camino a la supremacía constitucional y (1.3) la soberanía constitucional y el derecho internacional. (2) La articulación de los sistemas de derechos: el

bloque de constitucionalidad, que se desarrolla conforme el siguiente contenido: (2.1) una aproximación a la evolución del bloque de constitucionalidad, (2.2) el carácter convergente y dinámico del bloque de constitucionalidad y (2.3) la recepción del bloque de constitucionalidad en Colombia.

Con el desarrollo de estos ejes temáticos se quiere mostrar que no existe una supuesta supraconstitucionalidad del derecho internacional; lo que hay, en cambio, es un diálogo armónico entre los dos sistemas. Tanto así que el bloque de constitucionalidad juega un papel fundamental: integra las normas internacionales pertinentes a la Constitución y permite reconocer rango constitucional a los instrumentos internacionales. La conformidad entre los dos sistemas fortalece la supremacía constitucional y su vigencia, a la vez que garantiza la efectividad de los derechos.

1. EL PARADIGMA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La doctrina coincide en que el nacimiento de la Constitución tiene su fundamento fáctico en los abusos de un poder que, concentrado, se volvió absoluto, por lo que era necesario establecer límites formales y materiales¹. Bajo esa tesis, el concepto de supremacía constitucional aparecerá en la historia muy ligado a la teoría política liberal, la cual pregona la necesidad de imponer límites al poder para en ese orden garantizar la libertad. La teoría liberal, más adelante, sustentará la relación Estado-derecho, forma que será superada para dar paso al Estado constitucional de derecho. En adelante, habrá que encargarle a la Constitución la vigilancia del poder y el establecimiento formal de los poderes públicos, así como la señalización de una ruta política para la sociedad.

1.1. La Constitución como institución autodinámica

Son diversas las definiciones que podemos encontrar en la doctrina jurídica respecto a la Constitución, dada la imposibilidad de llegar a una conceptualización unívoca debido a su origen, contenido y alcance. Razones de orden subjetivo y objetivo dan muestra de dicha dificultad. Desde el aspecto subjetivo, la Constitución expresa los anhelos y aspiraciones de la sociedad y es el fundamento y fin de la actividad del Estado; sirve, además, como un instrumento para morigerar el temor ante un poder de dimensiones mayúsculas que sin control terminaría socavando los derechos y garantías del pueblo. Así, la Constitución

1 En esta línea, Loewenstein (1983) afirma: “La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como [el] esfuerzo de establecer una justicia espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facticidad de la autoridad existente” (p. 150).

es más un concepto propio del sentimiento político. Estas razones subjetivas están acompañadas, según García Pelayo (1984) de una razón objetiva: “el hecho de que la Constitución forma un nexo entre diversas esferas de la vida humana objetivada, por el que se vinculan sectores de la realidad política, jurídica y sociológica, etc.” (p. 33).

Asimismo, autores como Lasalle y García Pelayo han querido clasificar o crear tipologías del concepto de Constitución con el fin de precisar su significado. El primero, en su obra *¿Qué es la Constitución?*, distingue la Constitución formal (Constitución escrita pero pétrea) de la Constitución material y efectiva (coherente con la realidad y producto de los factores reales de poder). García Pelayo, por su parte, hace una tipología de los conceptos de Constitución en la que señala que existen tres tipos: (i) concepto racional normativo, (ii) concepto histórico tradicional y (iii) concepto sociológico². Sin embargo, estas visiones, unas generales y otras particulares, enmarcadas todas en métodos o bien demasiado abstractos o bien reduccionistas, ya no pueden aceptarse como dogmas absolutos. La razón para abandonar estas perspectivas fragmentadas tuvo su origen en la tragedia ocurrida durante la Segunda Guerra Mundial: el desprecio por la vida y la violación de los derechos de la humanidad incitaron a los Estados a reflexionar sobre la necesidad de abandonar el sesgo político-jurídico nacionalista y retornar a valores universales que se encontraban en el derecho internacional, especialmente. Los antiquísimos pero recién reformulados estándares morales entran a las Constituciones de los Estados como prescripciones jurídicas generales; es decir, ingresan a la Constitución en forma de normas abiertas, delimitando el espacio interpretativo y aplicándose directamente.

Por todo ello, como lo advierte García Pelayo (1984), sería incorrecto afirmar que en la actualidad la “[...] Constitución pasa a ser, pues, un concepto formal y abstracto hasta el extremo, positivista consecuentemente, puesto que es una pura realidad estructural de hecho, sean cuales sean los valores materiales que exprese” (p. 49). En esta línea, la Constitución no es solamente un conjunto lógico de estructuras formales u organizativas que de paso fragmentan la noción misma del objeto, sino que su significado revela también estructuras sociales, políticas y morales. Esas estructuras formales y materiales conforman en el constitucionalismo contemporáneo la Constitución. Y tanto la forma y la materia

2 “El concepto racional, en la línea de Kelsen, define entre otras cosas que la Constitución es un ‘complejo normativo’, ‘un sistema de normas que procuran el orden y la estabilidad’, que se caracteriza por ser una entidad objetiva inmutable, absoluta, general y válida. El concepto histórico, en la línea de Burke, en cambio define la Constitución como una ‘historificación fundamental de todos los pensamientos del hombre, su cultura y sus valores’, caracterizado por una entidad subjetiva, mutable, relativa, temporal y legítima. Finalmente, el concepto sociológico considera que la Constitución es una ‘actividad mental que de manera más o menos intensa y extensa relativiza la política, el derecho y la cultura a situaciones sociales concretas’, la cual es real y objetiva, mutable conforme la sociedad evoluciona, relativa, particular y eficaz” (García Pelayo, 1984, pp. 34-53).

están inmersas en el concepto de Constitución como Ley Fundamental, tal y como lo predica la Constitución colombiana de 1991 en su artículo 4^o³. En este preciso sentido, García Pelayo (1984) confirma el alcance de la Constitución:

Pero la Constitución no solo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior. Por varias razones. Primero, porque la Constitución define el sistema de fuentes formales del Derecho, de modo que solo por dictarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (órgano legislativo por ella diseñado, su composición, competencia y procedimiento) una Ley será válida o un Reglamento vinculante; en este sentido es la primera de las “normas de producción”, la norma normarum, la fuente de fuentes. Segundo, porque en la medida en que la Constitución es la expresión de una intención fundacional configuradora de un sistema entero que en ella se basa, tiene una pretensión de permanencia [...], lo que parece asegurarla una superioridad sobre las normas ordinarias carentes de una intención total tan relevante y limitada a objetivos mucho más concretos, todos singulares dentro del marco globalizador y estructural que la Constitución ha establecido. (pp. 55-56)

La primera razón de García para afirmar que la Constitución es norma de normas es porque es la fuente primera de producción de las demás normas del ordenamiento jurídico; sin su validación ninguna forma jurídica puede permanecer en el sistema. El procedimiento para realizar la confrontación de las formas jurídicas con la Constitución, con el objeto de determinar su validez, se llama control de constitucionalidad. La segunda razón tiene que ver con el hecho de que la Constitución crea una institucionalidad permanente, estable en su contenido (poder constituyente constituido), por lo que su reforma exige más requisitos que la reforma de la ley ordinaria. En estos términos se puede comprender la Constitución como un bien organizado, con una coherencia y una consistencia bastante fuertes y complejas.

Para mayor profundidad sobre este contenido, es necesario citar a Kelsen (1997), autor que en la *Teoría pura del derecho* plantea una organización jerárquica del ordenamiento constitucional, de tal forma que la norma inferior busque validarse en la superior. En la cumbre de esa estructura jerárquica se encuentra la norma fundante básica presupuesta, como parámetro de validez de las demás normas. En este sistema, las normas no poseen el mismo peso o nivel:

Dado que, ante el carácter dinámico del derecho, una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra

- 3 “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

norma; esta última configura el fundamento inmediato de validez de la primera [...]. La norma que regula la producción es una norma superior, mientras que la producida conforme a esa determinación es la norma inferior. El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. (Kelsen, 1997, p. 232)

Ello da cuenta del carácter dinámico del derecho, en el sentido en que se reproduce a sí mismo y autoriza el procedimiento para la creación como la determinación del contenido de otras normas. Por tanto, una norma será válida si y solo si adquiere la categoría de otra cuya validez se impone. Dicha relación, continuando con Kelsen (1997), asegura la unidad del ordenamiento:

Su unidad está configurada por la relación resultante que de la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta. La norma fundante básica, hipotética en este sentido, es así el fundamento de validez supremo que funda la unidad de esta relación de producción. (p. 232)

La propuesta de Kelsen es interesante porque muestra las relaciones de producción de las normas del ordenamiento jurídico en general, pero además deja observar un sistema jerarquizado y autodinámico, que genera a la vez grados de dependencia entre las distintas normas de dicha jerarquía para el favor de la validez.

1.2. El camino a la supremacía constitucional

En consonancia con lo anterior, el control al ejercicio del poder encontrará fundamento especialmente en dos visiones políticas distintas pero complementarias, representadas por Locke y Montesquieu⁴. John Locke, tras analizar especialmente la historia de Inglaterra y consciente de la debilidad humana frente a la usurpación y abuso del poder, propuso en el *Segundo tratado del gobierno civil* una forma de gobierno distinta a la autocrática, conformada por el legislativo (encargado de hacer las leyes), el ejecutivo (encargado de ejecutarlas)

4 Sin embargo, Roberto Blanco afirma que al nacimiento de la doctrina de la división de poderes se produce mucho antes de la apuesta de Locke: “[...] la doctrina de la separación de poderes será formulada por primera vez durante la Guerra Civil y la República inglesa, por los opositores a la teoría de la monarquía mixta. Tanto el Agreement of The People, elaborado por los Niveladores en mayo de 1649, que fijaba una estructura constitucional en que se reflejaba claramente la separación entre legislativo y ejecutivo, como, posteriormente, el Instrument of Government, de 16 de diciembre de 1653, que iba a suponer la primera Constitución escrita de Inglaterra, significaron el establecimiento del principio de la separación de poderes al margen del esquema constitucional del gobierno mixto” (Blanco, 1994, pp. 47-48).

y el federativo (poder de paz, guerra y ligas). Blanco (1994) indica que el aporte de Locke al constitucionalismo inglés del siglo XVII tuvo dos vertientes: (i) el establecimiento de reglas para el ejercicio del poder legislativo como autoridad encargada de hacer la ley y (ii) la proclamación de la ley como instrumento para proteger al individuo de injerencias tanto internas como externas.

Posteriormente, desde finales del siglo XIX y principios del XX, la doctrina constitucional coincide en afirmar que la primera teorización sobre la división del poder se encuentra en *El espíritu de las leyes* de Montesquieu. En dicha obra se advierte la necesidad de controlar el poder absoluto y establecer un sistema de pesos y contrapesos (*checks and balances*) para mantener la coordinación y el equilibrio entre dichos poderes; Blanco afirma que Montesquieu, partiendo de una “de-formación” de la realidad de Inglaterra, construye una teoría que trasciende esos límites y logra incidir teórica y políticamente en el terreno global. Asimismo, considera que *Del espíritu de las leyes* supone una reflexión “[...] que va a concretar en términos precisos la defensa de un esquema de separación de los poderes con la preexistencia de una Constitución social (una Constitución de los poderes de la sociedad)” (Blanco, 1994, p. 92). En otras palabras, la fragmentación del poder y los límites al poder absoluto son los supuestos de un cambio sustancial en el orden político y social que formalmente se positiviza en la Constitución.

Volver a las formas naturales que predicán el respeto y la protección de los derechos del pueblo fue, y todavía sigue siendo, una garantía de estabilidad social y política. El pacto social, el contrato social, el consenso o el acuerdo primario, son las manifestaciones más plenas de la evolución de la inteligencia intelectual y emocional del hombre. La lucha por las libertades y la imposición de límites a quien ostentaba el poder son obra de la perseverancia y la insistencia que se concretaron en la Constitución. En adelante, los detentadores del poder lo son por el hecho de que el pueblo así lo determinó en la Constitución; por lo tanto, quien quedó investido de precisas facultades por ese poder es un servidor y un subordinado a la soberanía popular. En este orden de ideas, el origen legítimo de la Constitución está dado en el pueblo, soberano naturalmente y magnánimo en su poder. Si la Constitución proviene del pueblo, entonces será una carta política legítima, válida por sí misma y eficaz por su fuerza normativa. Esta es la Constitución que nace del poder del constituyente, la Constitución democrática.

La Constitución no depende así de voluntades particulares o del acuerdo de un grupo reducido de personas, sino que nace de la voluntad del pueblo y, como se dijo anteriormente, surge de la necesidad de controlar el poder despótico que se había concentrado en determinadas manos. La Constitución democrática rescata al hombre de la cosificación que los Estados totalitarios habían logrado en su pretensión de dominación; ahora el sujeto humano es un verdadero sujeto

de derechos y una de las preocupaciones centrales de la Constitución, lo que significa que el Estado debe procurar el respeto, la justicia y la dignidad de los seres humanos, independientemente de la filosofía de vida que ellos profesen; esto, claro está, dentro de unos límites materiales que la sociedad misma determina y plasma en su texto constitucional.

Dicha supremacía constitucional tiene un referente importante en la tradición anglosajona: en primer lugar en el sistema inglés y posteriormente en lo que se ha denominado el modelo americano. En la Inglaterra del siglo XVII, Edward Coke sostuvo la necesidad de controlar las leyes positivas que no concordaran con los mandatos del derecho natural, “que es a la vez la expresión de una *lex eterna* y *lex legum*” (García, 1985, p. 58), última *ratio* y referente del derecho del parlamento. Así, el juez Edward Coke estableció en 1610 (Caso Bonham) que el *statutory law* debía someterse al *common law*; con ello, la soberanía del parlamento cede y prevalece el derecho común. El juez adquiere así una potestad de control frente al parlamento. Pero no sería sino hasta la independencia de las colonias americanas que dicha doctrina revive, convirtiéndose en la fuente doctrinal de la consolidación de la supremacía de la Constitución y del control de constitucionalidad.

La Constitución de 1787 había recogido en su seno la doctrina de separación de poderes planteada por Montesquieu, consistente en darle a los órganos del Estado funciones separadas de control. Pero si el propio texto constitucional no lo hubiera dejado suficientemente claro, “las palabras de Madison eliminan cualquier atisbo de dudas sobre el proyecto que vertebraba la apuesta constituyente americana, un proyecto consistente en establecer todo un sistema de recíprocos controles entre órganos que debería garantizar la libertad y evitar el despotismo” (Blanco, 1985, p. 107). En la misma dirección, se establece un complejo normativo relacionado con el procedimiento de cambio y reforma constitucional⁵. Este conjunto de imperativos conforma lo que la doctrina denomina *rigidez constitucional*⁶, criterio ya planteado en *El Federalista*⁷, al considerar la Constitución como *fundamental law*.

5 “El Tribunal Constitucional es un *pouvoir neutre*, que se limita a sostener a efectividad del sistema constitucional, pero que en modo alguno le configura, y menos aún, impide su cambio” (García, 1985, p. 209).

6 “De aquí se dedujo la inicialmente llamada ‘rigidez’ de la norma constitucional, que la asegura una llamada ‘superlegalidad formal’ que impone formas reforzadas de cambio o modificación constitucional frente a los procedimientos legislativos ordinarios. Pero la idea llevará también a una ‘superlegalidad material’, que asegura a la Constitución una preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento, producto de los poderes constituidos por la Constitución misma, obra del superior poder constituyente” (García, 1985, p. 56).

7 La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurre que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria

En el examen anterior se observa una vinculación especial entre el Tribunal supremo y la Constitución, relación que autoriza al juez a desconocer una ley federal o estatal que vulnere la Carta fundamental⁸. Pero esto solo se concretaría de modo magistral y para la historia constitucional en la afirmación de la *judicial review*, cuando el juez Marshall, en la Sentencia *Marbury vs. Madison* de 1803, estableció: “the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature”⁹. En resumen, a partir de este momento histórico se construye el criterio de supremacía constitucional.

A su lado, como proceso histórico lento pero definitivo, aparece el concepto de control constitucional de las leyes, es decir, la supremacía constitucional conlleva necesariamente la exclusión de normas que le sean contrarias, o en ciertos casos su inaplicación.

1.3. Soberanía constitucional y el derecho internacional

Cualquiera que sea la motivación o finalidad perseguida por los Estados, existe un consenso generalizado sobre el interés de actuar en consonancia con el derecho internacional, de suerte que no hay discusión alguna respecto a la obligatoriedad, sino a la razón de la obediencia.

En la actualidad no hay duda de que ciertas manifestaciones del derecho internacional son obligatorias, pero ¿por qué los Estados se someten y obedecen un tratado internacional? La respuesta a este interrogante ha sido planteada desde diferentes concepciones. Por ejemplo, en la *Teoría pura del derecho* Kelsen afirma que el derecho internacional se rige bajo principio *pacta sunt servanda* (derecho internacional general), que autoriza a celebrar tratados que regulen de forma recíproca la conducta de los Estados parte (derecho internacional convencional). Este derecho está conformado por normas de origen consuetudinario, creadas por la comunidad internacional para regular los derechos subjetivos, responsabilidades y obligaciones entre los Estados.

Al fin y al cabo, diría Kelsen, la validez del derecho internacional no depende del reconocimiento que por voluntad realizan los Estados, así como la validez del ordenamiento estatal no depende del reconocimiento de las personas que

y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la ley de los mandatarios. Ver *El Federalista* (Hamilton, Madison y Jay, 2001).

- 8 Aunque en Estados Unidos, mucho antes de que la supremacía de la Constitución se hiciera expresa en la propia Constitución, los tribunales federales ya habían declarado la inconstitucionalidad de leyes de los Estados.
- 9 “Pero, contra una cierta visión corriente, no se trata de una invención personal de ese formidable jurista, sino de un perfeccionamiento final y ya definitivo del sistema expreso en la propia Constitución” (García, 1985, p. 61).

lo obedecen. “La razón de validez de este derecho ya no debe buscarse en un orden jurídico nacional; por el contrario, es la validez de los órdenes jurídicos nacionales la que tiene su fundamento en el derecho internacional” (Kelsen, 1997, p. 153). Se sigue de esta idea que para Kelsen no existe diferencia, en cuanto a su alcance, entre el derecho internacional y el derecho nacional, pues ambos utilizan la coacción¹⁰. Como lo afirma Franck (1995), el derecho internacional tiene una justicia propia¹¹, que determina y crea derecho para los Estados del mismo modo en que estos crean derecho para sus asociados. Desde esta postura, los tratados o convenios no son creación de los Estados sino del derecho internacional del cual hacen parte. “La teoría pura del derecho quita al Estado el carácter absoluto que el dogma de la soberanía le confiere. Lo relativiza al considerarlo como un estadio intermedio en la serie de formas jurídicas que va de la comunidad universal del derecho internacional a las diversas comunidades jurídicas subordinadas al Estado” (Kelsen, 1997, p. 169).

En suma, desde esta postura podría asegurarse que el derecho internacional limita la soberanía del Estado, incluyendo su Constitución. Tanto la Constitución como el sistema jurídico entero se supeditan a la supremacía del derecho internacional y su obediencia, pues aunque este se produce de forma distinta al orden interno, resulta muy efectivo. El derecho internacional presiona al derecho estatal, y este a su vez presiona al derecho local, haciéndolos coherentes con los mandatos superiores del primero. Aquí la supremacía constitucional cede ante la supremacía del derecho internacional.

Frente a algunos de estos argumentos Hart (1995) manifiesta cierta desconfianza; así, en el capítulo X de *El concepto del derecho* señala que el derecho internacional carece de reglas secundarias de cambio y adjudicación que establezcan un cuerpo organizado que canalice la coacción, pero además carece de una regla de reconocimiento unificadora de las fuentes del derecho. De ello resulta necesario admitir que el derecho internacional no tiene mayor ventaja frente a un derecho establecido y organizado, pero aún con esa limitación Hart (1995) termina admitiendo que “tanto en el pensamiento como en el lenguaje, lo que estas reglas prescriben aparece como obligatorio; hay presión general para que estas reglas sean acatadas; las pretensiones y los reconocimientos se basan en ellas, y se considera que su violación justifica no solo insistentes demandas de compensación, sino represalias y contramedidas” (p. 271).

10 Hay que hacer claridad, por supuesto, en que el derecho internacional ejerce una coacción distinta a la que realiza el derecho nacional, esto es a través de un método primitivo, la fuerza y las represalias.

11 Apoya esta idea Franck (1995), quien asegura que la obediencia no se da como producto de identidades formadas, o como producto de un interés compartido sino porque que el derecho internacional tiene una “justicia propia”. Esta cuestión es paradójica, por cuanto, como se sabe, el derecho internacional es un derecho carente de poder dinamizador, pero su eficacia está asegurada por otros elementos que le son inherentes, como por ejemplo la interiorización que hacen de él los Estados en función de lograr o mantener un posicionamiento en el escenario global, lo que genera ventajas en múltiples dimensiones.

La diferencia entre Kelsen y Hart no está dada en sus planteamientos sobre la fuerza del derecho internacional, sino los referentes a su naturaleza. Al final ambos terminan aceptando que el derecho internacional posee la fuerza suficiente para penetrar los órdenes jurídicos internos, cuyo efecto es la exigencia de coherencia entre los sistemas, siendo el derecho internacional, por supuesto, el parámetro de validez de las demás normas de los Estados.

A su turno, el profesor Harold Hongju Koh (2013) considera que hacer simplemente una descripción del proceso de obediencia, como lo hacen Kelsen y Hart, no lleva a la entera comprensión del fenómeno, dado que se debe profundizar en los factores que lo motivan. Este autor concentra sus esfuerzos en explicar que los procesos de interacción, interpretación e internalización del derecho internacional ayudan a gestionar la obediencia del Estado. Este proceso dialógico entre varios actores reduce la brecha que separa el derecho internacional del derecho doméstico, afirmando de esa manera la existencia de una simbiosis entre los dos sistemas. La continua comunicación de los actores y la constante interpretación de la norma rescatan la importancia de los intereses de los Estados, a la vez que fortalecen la identidad entre los sistemas jurídicos. Los factores enunciados (interacción, interpretación e internalización) construyen una dinámica congruente que explica la obediencia del Estado a la norma internacional.

Desde este enfoque voluntarista, el reconocimiento que por voluntad hace el Estado del derecho internacional conforma un sistema único, en el que el derecho internacional y el derecho nacional confluyen en el derecho del Estado. Los Estados, siendo en principio diferenciados (soberanos), tienen el ánimo suficiente para actuar coordinadamente con otros; por ese motivo establecen un diálogo permanente en función de satisfacer sus intereses y asumir responsabilidades. Para Hart, este enfoque es problemático por tres razones: la primera porque los Estados solo afirman —y no explican— cómo funciona objetivamente esa autoimposición; la segunda porque los compromisos son vistos como meras declaraciones que no generan consecuencias por un eventual incumplimiento; y la tercera porque deja de lado una cuestión fáctica importante, la aparición de nuevos Estados o cambios por adquisiciones territoriales que automáticamente vinculan sin necesidad de mediar consentimiento¹². En el mismo sentido, Kelsen (1997) señala:

Por más que los partidarios de esta teoría jamás hayan extraído de ella todas las consecuencias, sus intenciones políticas son claras: desean que

12 “Nunca se ha puesto en duda que cuando nace un Estado nuevo e independiente, como ocurrió con Iraq en 1932, y con Israel en 1948, ese Estado está sometido a las obligaciones generales del derecho internacional, que incluye, entre otras, las reglas que dan fuerza obligatoria a los tratados [...]. El segundo caso es el de un Estado que adquiere un territorio, o experimenta algún otro cambio que hace aplicable para él, por vez primera, obligaciones impuestas por reglas que previamente no había tenido oportunidad de observar ni de transgredir, y a las que no había tenido ocasión de dar o de rehusar consentimiento” (Hart, 1995, p. 279).

el Estado continúe siendo calificado de soberano o de autoridad jurídica suprema. Esta cualidad no puede naturalmente ser atribuida sino al Estado tomado como base de la construcción, puesto que, en su sentido primitivo, la soberanía de un Estado es incompatible con la de otro Estado. (p. 167)

Las críticas de Hart y Kelsen a este enfoque voluntarista pronto encontrarán respuesta en lo que la doctrina ha denominado bloque de constitucionalidad. En este escenario, el diálogo se concreta en tratados o convenios internacionales, instrumentos que ingresan a la Constitución por mandato directo de la misma y sirven de parámetro en la actividad estatal. La determinación del derecho se da a través de dichas formas jurídicas que, una vez ratificadas, adquieren para los Estados efectos vinculantes. A juzgar por esta dinámica, la supremacía sigue depositada en el Estado, y esto es comprensible porque, como lo argumentan los defensores de la soberanía estatal, la soberanía del Estado es incompatible con otra. Así entonces, desde esta perspectiva el derecho internacional por voluntad y reconocimiento se redujo al derecho constitucional estatal. El Estado ha monopolizado tanto el derecho internacional como el derecho nacional no estatal, afianzando así su soberanía constitucional.

2. LA ARTICULACIÓN DE LOS SISTEMAS DE DERECHOS: EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Partiendo de la supremacía de la Constitución y de los mecanismos para su protección, es necesario determinar su cuerpo y su alcance, para lo que resulta indispensable acudir a la doctrina del bloque de constitucionalidad. La institución bloque de constitucionalidad puede ser objeto de diversas conceptualizaciones, pero todas coincidirán en un aspecto esencial: la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente consagradas en el cuerpo de la Carta pero que tienen rango constitucional (supralegalidad). Este fenómeno jurídico hace que normas que en principio no pertenecen al orden constitucional se incorporen a él. Aquí lo que se produce es una fusión de sistemas que conforman una unidad constitucional.

2.1. Una aproximación a la evolución del concepto y contenido del bloque de constitucionalidad

El concepto de bloque de constitucionalidad no ha sido totalmente definido; se podría decir más bien que su referente no es tan preciso y que está en proceso de construcción. Es más, dicho concepto ha llevado muchas veces a lugares comunes pero distintos, como la referencia a normas de derecho interno que alcanzan

una categoría especial en el sistema constitucional (estatutarias y orgánicas) o a normas que, no encontrando un sustento formal en la Constitución —los llamados derechos innominados— y por su adherencia natural al ser humano, son consideradas como parte del cuerpo constitucional¹³; para complejizar aún más la cuestión, se integran normas foráneas al conjunto constitucional en virtud de una autorización expresa (remisión)¹⁴ que hace la propia Carta.

Por lo anterior, el concepto de bloque de constitucionalidad está lejos de ser suficiente y unívoco, por cuanto ha sido definido desde distintas dimensiones que al mismo tiempo corresponden a infinidad de intereses. Esta pluridimensionalidad conceptual, que parte de realidades distintas, no hace más que generar cierta ambigüedad a la hora de definir su contenido y alcance; sin embargo, se rescata por su importancia jurídica:

El bloque de constitucionalidad es uno de los más importantes y, a la vez, menos claros instrumentos que incluyó la Carta Política de 1991 al sistema normativo colombiano. Se trata de una herramienta de integración del derecho internacional en el orden constitucional colombiano y por ende, de un medio de ampliación de la normatividad constitucional, para el control de la normatividad jerárquicamente inferior e, igualmente, para la garantía de los derechos humanos en el país. (Fajardo, 2007, en Morales, 2011, p. 138)

Hay que advertir que, entre otros factores, la dificultad de conceptualizar el bloque de constitucionalidad también se relaciona con su evolución¹⁵. Ciertamente,

[...] la noción francesa del bloque de constitucionalidad ha experimentado una gran evolución en quince años, de modo que no son fiables las descripciones doctrinales de su contenido de fines de los años setenta. Por eso, las que pudimos dar en 1974, 1982 y 1987 no son idénticas, y la que daremos en 1989 será también algo diferente. Los primeros comentarios doctrinales pudieron ofrecer la impresión de que se trataba, en Francia, de un concepto vago y poco utilizable en cuanto a su contenido: sin embargo, la evolución reciente ha conducido a nociones precisas y operativas. En España, en cambio, parece que la evolución haya llevado a una indeterminación bastante

- 13 Por ejemplo, en la Constitución colombiana de 1991, el artículo 94 establece: “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.
- 14 El artículo 93 de la Constitución Política de Colombia reza: “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”.
- 15 Para Uprimny (1991), los orígenes del bloque de constitucionalidad se encuentran en la evolución jurídica de los Estados Unidos, pues hacen parte de la Constitución de Filadelfia no solo las normas expresamente consagradas en ella sino también valores y principios que son expresión de su historia. Nace así en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos una nueva categoría de derechos y garantías que no aparecen en el texto de Filadelfia, pero que tienen el mismo alcance de las normas expresas.

grande en lo referente al significado exacto del concepto y de lo que implica [...] (Favoreu, 1990, p. 45)

Para Favoreu (1990), “el bloque de constitucionalidad contiene, en 1989, elementos esenciales (Constitución de 1958, Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, Preámbulo de la Constitución de 1946) y elementos marginales (principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República)” (p. 50). En esta fusión normativa (esencial y marginal) se establece un bloque sólido que conforma en distintas dimensiones la Constitución francesa. Sin embargo, como el mismo autor lo advierte más adelante, no “forman parte del bloque de constitucionalidad: los reglamentos de las asambleas, las normas internacionales y los principios generales de derecho” (p. 55).

Uprimny, de conformidad con Favoreu, señala que el bloque de constitucionalidad florece con la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés, específicamente cuando le otorga valor jurídico al preámbulo de la Constitución francesa de 1958, que a la vez hace una remisión expresa al preámbulo de la Constitución de 1946 y a la Declaración de 1789¹⁶. “Con tal criterio, en la decisión del 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los ‘principios fundamentales de la República’ a que hace referencia el Preámbulo de 1946” (Sentencia C-225 de 1995).

En España, en cambio, el bloque “fue importado por el Tribunal Constitucional de España desde 1981, y de allí se difundió por vía doctrinal y luego jurisprudencial, a principios de los años noventa, a Panamá, Costa Rica, Colombia y Perú, para luego expandirse desde estas naciones latinoamericanas hacia otros países de la región” (Góngora, 2014, p. 306). Sin embargo, Rubio (1989), coincidiendo en este punto con Favoreu, cree que en España el Tribunal Constitucional empezó a utilizar el concepto de bloque de constitucionalidad a partir de 1982, pero que hasta 1989 —cuando escribe su artículo— no había sido definido ni determinado. En este sentido precisa:

Ni en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni en la obra de los pocos estudiosos que, hasta el presente, han dedicado alguna atención al tema hay elementos que permitan determinar con exactitud cuál sea el contenido de tal “bloque” ni cuál el elemento o rasgo que lo constituye como tal, sin que, de otra parte (excusado es decirlo), exista definición o referencia normativa alguna del bloque en cuestión. (p. 10)

16 Uprimny (1991) considera que la “mutación constitucional comienza con la decisión D-39 del 19 de junio de 1970, en donde el Consejo expresamente menciona el valor del preámbulo, y se consolida un año después con la decisión D-44 del 16 de julio de 1971, en donde ese tribunal anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los ‘principios fundamentales de la República’ a que hace referencia el Preámbulo de 1946” (p. 8).

Según el autor, el concepto de bloque es tanto intermitente en su utilización como ambiguo en su aplicación por el Tribunal Constitucional, porque, dice, es una expresión que no se remite a las mismas realidades jurídicas. El bloque puede referirse a las normas que integran el bloque teniendo en cuenta su estructura o naturaleza (rango constitucional) o también a la función que dichas normas ostentan, que para Rubio es dual —intrínseca y extrínseca—. De un lado, las normas que integran el bloque de constitucionalidad en España de forma intrínseca (orgánicas) son las que fijan o establecen alguna clase de competencias entre el Estado español y las comunidades autónomas, y de otro lado se está hablando de las normas con las cuales el Tribunal y los jueces realizan el juicio de constitucionalidad. En otras palabras, y de forma extrínseca, aquí se encuentra el bloque procedimental o parámetro para la validación de otras leyes. A diferencia de las primeras, estas normas no establecen competencias ni definen actuaciones, pero aun no estando expresamente consagradas en la Constitución integran su cuerpo normativo. “Estas oscilaciones de la jurisprudencia constitucional [...] se encuentran también, como antes indicaba, en la doctrina científica, que nunca se ha tomado el trabajo de analizar críticamente el uso jurisprudencial de la expresión ni, menos aún, ha intentado ‘construirla’ como categoría dogmática definida” (Rubio, 1989, p. 13).

Los Estados latinoamericanos, por su parte, han introducido en sus constituciones un vasto complejo normativo que hace referencia al derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), dándole de esa forma un estatus constitucional especial, un lugar privilegiado en el cuerpo de la Carta¹⁷. Por ejemplo, algunos Estados han establecido de una sola vez una jerarquía constitucional de los tratados (Argentina, Venezuela, Bolivia); la incorporación de la doctrina de bloque de constitucionalidad a través de la interpretación de cláusulas remisorias (Bolivia, Colombia¹⁸, Ecuador y Perú); la referencia al carácter prevalente de los tratados de derechos humanos (Colombia y Ecuador); y el establecimiento de una cláusula de interpretación conforme a los tratados (Bolivia, Colombia, Ecuador) (Uprimny, 2004).

Específicamente, la adopción de la doctrina del bloque de constitucionalidad se produce en primer lugar en Panamá, su Constitución (1972) establece en el artículo 4º que “la República de Panamá acata las normas del derecho interna-

17 Mientras que en Europa el concepto de bloque se refiere primordialmente a un conjunto de normas de origen nacional usadas como parámetro en el control de constitucionalidad, el bloque en América Latina incorpora normas de origen internacional, esencialmente los instrumentos de derecho humanos, dentro del parámetro de constitucionalidad (Góngora, 2014).

18 Así, por ejemplo, el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia establece que “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”. En el mismo sentido, establece un canon interpretativo conforme a dichos instrumentos. Ver, además, Constitución Boliviana de 2009, artículo 14 y Constitución de Perú, artículo 4º.

cional”. La Corte Suprema reconoce alcance constitucional a instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, tratando de afirmar una independencia judicial que durante la dictadura había sido anulada. Más adelante, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en sentencia del 10 de noviembre de 1993 institucionaliza la doctrina del bloque de constitucionalidad, armonizando el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos. Ya desde 1990, la Sala Constitucional “había incorporado los tratados de derechos humanos dentro del parámetro de constitucionalidad, y en 1992 se había generado un debate importante sobre la supraconstitucionalidad de los tratados, que vendría a resolverse por la vía de la equiparación de estos a la Constitución en virtud del bloque” (Góngora, 2014, p. 311).

En Colombia, por su parte, la recepción de la doctrina del bloque inicia con la Constitución de 1991, siendo fundamental el trabajo de la Corte Constitucional a la hora de definir sus particularidades, trabajo que es constante e inacabado. Sobre este tema regresaré más adelante.

Concluyo citando nuevamente a Favoreu (1990), quien se refiere a los fines del bloque de constitucionalidad:

El juez constitucional ha llegado, en menos de veinte años, a realizar lo que cerca de dos siglos de historia no habían conseguido llevar a cabo: un conjunto constitucional suficientemente armonioso y coherente, que combina la modernidad y las tradiciones y en el que, sobre todo, los derechos fundamentales han sido finalmente integrados. Puede considerarse que la noción de bloque de constitucionalidad ha cumplido su misión: hacer que se tome conciencia de esta unidad y provocar la fusión progresiva de las diferentes piezas del conjunto. (p. 59)

2.2. El carácter convergente y dinámico del bloque de constitucionalidad

¿Cuáles son las normas que integran el bloque de constitucionalidad?, ¿qué alcance tienen?, ¿por qué reconocerles equivalencia constitucional? Las respuestas a estas preguntas, formuladas en el contexto del tema que abordamos, se hallan en dos procesos distintos pero complementarios: (i) la internacionalización del derecho constitucional y (ii) la constitucionalización del derecho internacional.

El primero se produce por la integración a la Constitución de normas de derecho internacional vía remisión¹⁹, lo que implica un modelo de Constitución amplio que renuncia a la simple literalidad del cuerpo normativo; las normas internacionales ingresan y robustecen el complejo normativo nacional a través del bloque de constitucionalidad, sobre todo como parámetro de constitucionalidad. El segundo se produce cuando existe un reconocimiento de los tratados de derechos humanos como parte de la Constitución, y de esa manera dichos instrumentos adquieren la fuerza y la supremacía constitucional. En palabras de Quinche (2009):

La internacionalización del derecho constitucional consiste en el proceso de inclusión del derecho internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado. La constitucionalización del derecho internacional consiste en un proceso distinto, en virtud del cual, se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen una dimensión constitucional, es decir, que son constituciones del orden internacional, que implican la supremacía y respeto de los derechos humanos. (p. 163)

En otros términos, la Constitución abre las puertas de los límites territoriales del Estado y sale al ámbito internacional para integrar a su cuerpo normas que allí encuentra y que le son complementarias; así como el derecho internacional de los derechos humanos ingresa, por esa misma puerta, al ámbito interno del Estado constitucional de derecho, en forma de auténticas constituciones internacionales.

Dichas categorías jurídicas concilian y armonizan los dos sistemas, enfatizando su actividad en un proceso dialógico jurisprudencial. Por esta vía, tanto la remisión como la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, en el que se incluye la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sirven de fundamento sustantivo y de parámetro interpretativo para la comprensión del alcance de los derechos.

Uprimny (2001) plantea que dicha integración se acompañó de una vasta apertura al derecho internacional de los derechos humanos, lo cual trae varias ventajas para la justicia constitucional: (i) mayores garantías al momento de aplicar e interpretar los derechos, (ii) ampliación del debate jurídico-político,

19 En el caso colombiano en los artículos 53, 93, 94 y 214.

(iii) dinamización y adaptación de la Constitución a nuevas realidades tanto locales como internacionales y (iv) un nuevo referente para realizar el juicio de constitucionalidad. A lo anterior se agregaría el reconocimiento de la existencia de una fuente formal que da lugar al control de convencionalidad, la Convención.

Los efectos jurídicos de esta nueva fórmula, según Eduardo Góngora (2014), son trascendentales por tres razones:

(1) los tratados de derechos humanos prevalecen sobre la legislación interna; (2) los tratados de derechos humanos pueden ser considerados como parámetros de constitucionalidad concurrentes con las normas constitucionales nacionales, por lo que un conflicto entre un tratado de derechos humanos y una ley interna puede derivar en una declaratoria de inconstitucionalidad; y (3) los derechos internacionalmente protegidos por los tratados de derechos humanos pueden ser invocados a través de las acciones nacionales destinadas a tutelar derechos constitucionales. (pp. 301-302)

Sobre la segunda afirmación que hace Góngora, Astudillo (2015) considera que es necesario distinguir el bloque de constitucionalidad del parámetro de constitucionalidad. En estos términos, el parámetro es un modelo que sirve de criterio de comparación frente a otras normas que tienen que sujetarse a su fuerza con el propósito de validar su pertenencia al sistema constitucional. Es por tanto un referente inamovible para el enjuiciamiento de normas de cuya validez se sospecha.

Por otro lado, el concepto de bloque de constitucionalidad representa una unidad sustantiva, inescindible, elevada al máximo rango normativo. Así, mientras que el parámetro constitucional pertenece al ámbito de lo procesal, el bloque está inmerso en el sustantivo o material²⁰. Teniendo en cuenta esta diferencia prescriptiva, se advierte que el nuevo catálogo (amplio, flexible e indeterminado), producto de la convergencia de derechos, le otorga a la Constitución una nueva perspectiva, pues pasa a concebirse como la “fuente de las fuentes sobre derechos fundamentales” (Astudillo, 2015, p. 118).

20 “[...] una se vincula a la noción de ‘Constitución material’ que hace de la ley fundamental la regla de reconocimiento y racionalización de las distintas fuentes del derecho [...], y la otra, con la Constitución procesal que ubica a la norma como criterio de enjuiciamiento práctico para la resolución judicial de las controversias pertenecientes a su esfera” (Astudillo, 2015, p. 122).

2.3. La recepción del bloque de constitucionalidad en Colombia

Para abordar el estudio de la recepción del bloque de constitucionalidad en Colombia, sin ninguna razón objetiva sino más bien una subjetiva consideración personal, se propone un análisis de las sentencias de la Corte Constitucional que, a mi criterio, gozan de pertinencia. Para el efecto se abordarán cuatro sentencias (C-225 de 1995, C-358 de 1997, C-191 de 1998 y C-582 de 1999), las cuales serán la fuente principal para explicar la recepción del bloque, así como su naturaleza y contenido inacabado. Para enriquecer el análisis, se hará referencia a autores reconocidos que aportarán a la comprensión de dicho fenómeno desde una dimensión teórico-científica.

La Corte Constitucional, como en el caso de Panamá y Costa Rica²¹, abordó el debate sobre una supuesta *supraconstitucionalidad* de los tratados frente a las disposiciones constitucionales (art. 93) en la Sentencia C-225 de 1995, decidiendo en esta oportunidad de forma horizontal, es decir, otorgando la misma fuerza constitucional a los instrumentos internacionales²².

Algunos doctrinantes y algunos intervinientes en este proceso la han entendido como una verdadera supraconstitucionalidad, por ser estos convenios normas de ius cogens. Esto puede ser válido desde la perspectiva del derecho internacional puesto que, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, una Parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Con menor razón aún podrán los Estados invocar el derecho interno para incumplir normas de ius cogens como las del derecho internacional humanitario. (Sentencia C-225 de 1995)

Pero esta interpretación no es la correcta a la luz del orden constitucional. El artículo 93 constitucional reza que los tratados y convenios internacionales

- 21 La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en Sentencia del 10 de noviembre de 1993, institucionaliza la doctrina del bloque de constitucionalidad, armonizando el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos. Ya desde 1990, describe Góngora (2015), la Sala Constitucional “había incorporado los tratados de derechos humanos dentro del parámetro de constitucionalidad, y en 1992 se había generado un debate importante sobre la supraconstitucionalidad de los tratados, que vendría a resolverse por la vía de la equiparación de estos a la Constitución en virtud del bloque” (p. 311).
- 22 No obstante el aporte del bloque de constitucionalidad al derecho constitucional, los operadores del derecho en Colombia en un inicio concebían esta figura como un elemento de elegancia filantrópica más que una cuestión práctica que aportara a la resolución de controversias de alcance constitucional. Posteriormente, el derecho interno empezó a tomar en serio dicha institución, lo que facilitaría la construcción de un sistema simbiótico y dialógico.

sobre derechos humanos son prevalentes en el orden interno, pero ¿cuál es el alcance de dicha prevalencia?, se pregunta la Corte. Y la respuesta no puede ser otra a que la prevalencia que se predica es frente a la ley común, no frente a la Constitución, por lo que no puede hablarse de una supraconstitucionalidad. Así, la interpretación del carácter de prevalente de los tratados y convenios sobre derechos humanos debe ser matizada, en el entendido de que se debe hacer una interpretación sistemática o armónica del texto constitucional. Al fin y al cabo, de lo que se trata es de conciliar dos disposiciones constitucionales en principio encontradas, a saber, el artículo 4º de la Constitución, que establece que la Constitución es norma de normas (supremacía constitucional), y el artículo 93, que le otorga literalmente una prevalencia a los tratados sobre derechos humanos en el orden interno.

Para la Corte,

En tales circunstancias, la Corte Constitucional coincide con la vista fiscal en que el único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalencia de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario (CP arts. 93 y 214, num. 2º) es que estos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalidad”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto, de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas (CP art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción (CP art. 93). (Sentencia C-225 de 1995)

Dos años más tarde, en Sentencia C-358 de 1997, la Corte estableció lo siguiente sobre la naturaleza y el contenido del bloque:

Con arreglo a la jurisprudencia de esta Corporación, el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes. Ello bien porque se trata de verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, porque “son normas situadas en el nivel constitucional”, como sucede con los convenios de derecho internacional humanitario, o bien porque son disposiciones que no tienen rango constitucional pero que la propia Carta ordena que sus mandatos sean respetados por las leyes ordinarias, tal y como sucede con las leyes orgánicas y estatutarias en determinados campos. (Sentencia C-358 de 1997)

Líneas posteriores rezan que, no obstante el mandato del artículo 93, no todos los tratados forman parte del bloque: “si se aceptara que todos los tratados que

obligan a Colombia integran el bloque de constitucionalidad, correspondería a la Corte revisar las normas impugnadas con relación a los mandatos del universo de los tratados ratificados por Colombia, lo cual es irrazonable, pues prácticamente ello imposibilitaría un adecuado control por el juez constitucional” (Sentencia C-358 de 1997). En efecto, la Corte ha señalado que, salvo remisión expresa de normas superiores, solo constituyen parámetros de control constitucional (i) aquellos tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y (ii) que prohíben su limitación en estados de excepción.

Concluye la Corte diciendo:

Los argumentos expuestos llevan a concluir que los tratados internacionales no constituyen por el solo hecho de serlo parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, elemento de juicio para el examen de constitucionalidad de una norma. Ello significa que, en principio, no constituye motivo suficiente para la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal el hecho de que ella se oponga a lo acordado en un trato internacional. ¿Significa lo anterior que el ordenamiento constitucional colombiano erosiona el valor normativo interno de los tratados? En manera alguna, pues la Corte simplemente está afirmando que no es factible, por la vía del control constitucional abstracto, y en términos generales, declarar la inexecutable de una norma que contradiga un tratado. Sin embargo, es obvio que corresponde a los jueces ordinarios, en los casos concretos, resolver los eventuales conflictos que puedan surgir entre tratados y leyes. Como se ha señalado en esta sentencia, la Carta reconoce fuerza jurídica interna al derecho internacional. (Sentencia C-358 de 1997)

Con arreglo a la doctrina internacional, la doctrina colombiana hace una clasificación del bloque de constitucionalidad en *stricto sensu* y *latu sensu*²³. En Sentencia C-191 de 1998^[24], la Corte Constitucional hace la anterior distinción, precisando que la primera clasificación corresponde al bloque conformado por diversas normas con igual nivel de jerarquía. Está referida, pues, a aquellos principios y normas que se encuentran en el texto constitucional y en el derecho internacional de los derechos humanos y que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional.

23 Al respecto afirma Góngora (2014): “esta coexistencia de conceptos disímiles también se observa en Colombia, donde se distingue entre bloque de constitucionalidad ‘latu sensu’, equivalente a parámetro de constitucionalidad y ‘stricto sensu’, como conjunto de norma con jerarquía constitucional” (p. 316).

24 La Corte se dispone a determinar, en términos generales, si los tratados sobre límites hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Efectivamente, resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad stricto sensu, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (CP, art. 93). (Sentencia C-191 de 1998)

Uprimny (2008) pormenoriza el contenido del bloque *stricto sensu* de la siguiente forma: “(i) el Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia^[25], (iv) los tratados de derecho humanitario y (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles; eso es, derechos que no pueden ser suspendidos o limitados en estados de excepción” (Uprimny, 2008, pp. 83-84). A esta lista de instrumentos que pertenecen al bloque de constitucionalidad en estricto sentido, habría que adicionarle los convenios de la OIT (con excepción de aquellos que en su contenido solamente refieren a aspectos técnicos), los tratados de derechos humanos que delimiten el contenido de los derechos constitucionales y, con cierta reserva, como lo advierte Quinche (2009), “la doctrina elaborada por los tribunales internacionales al menos como criterio relevante de interpretación” (p. 174).

Por su parte, en el bloque de constitucionalidad *latu sensu* se conjugan distintas normas con diversa jerarquía. En otras palabras, el bloque de constitucionalidad *lato sensu* está conformado por el bloque *stricto sensu* y por normas que se ubican en una posición intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias, esto es, algunas leyes estatutarias y orgánicas.

[...] la Corte ha adoptado una noción lato sensu del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no solo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata

25 Sobre este punto manifiesto mi desacuerdo con el profesor Uprimny, por cuanto en Sentencia C-191 de 1998, la Corte Constitucional claramente señala: “por vía de la remisión expresa que a ellos efectúa el artículo 101 de la Constitución, los tratados que definen los límites del territorio colombiano entran a formar parte del bloque de constitucionalidad *lato sensu*, y, por lo tanto, las normas que expidan las autoridades públicas no pueden contravenirlos a riesgo de ser declaradas inexecutable por violar el artículo 101 del Estatuto Superior. Sin embargo, es menester precisar que, aun cuando se conviertan en parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de las leyes, los tratados sobre límites no tienen valor constitucional sino un valor normativo similar al de las leyes orgánicas y las leyes estatutarias, es decir, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias” (Sentencia C-191 de 1998).

el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias. (Sentencia C-191 de 1998)

Ahora bien, la Corte constitucional reitera en la sentencia citada que su jurisprudencia ha dejado abiertas las puertas para incluir dentro del bloque de constitucionalidad convenios internacionales distintos a los mencionados en el artículo 93 si alguna norma constitucional, por expresa referencia, los integra a su cuerpo. Por ejemplo, el artículo 101 de la Carta, al definir los límites territoriales del Estado colombiano, remite por completo a lo establecido en los tratados internacionales que sobre esta materia haya suscrito y ratificado Colombia.

El anotado artículo se convierte así en una especie de norma en blanco cuyo contenido debe ser completado a la luz de lo dispuesto en los mencionados instrumentos internacionales. Por vía de la remisión expresa que a ellos efectúa el artículo 101 de la Constitución, los tratados que definen los límites del territorio colombiano entran a formar parte del bloque de constitucionalidad lato sensu, y, por lo tanto, las normas que expidan las autoridades públicas no pueden contravenirlos a riesgo de ser declaradas inexecutable por violar el artículo 101 del Estatuto Superior. (Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 1998)

No sería provechoso dejar de lado esta sentencia sin hacer referencia a las características principales del bloque de constitucionalidad *lato sensu* que define:

[...] (1) ser parámetro para efectuar el control de constitucionalidad del derecho interno; (2) tener un rango normativo superior a las leyes ordinarias (en algunos casos son normas constitucionales propiamente dichas y, en otros casos, ostentan una jerarquía intermedia entre la Constitución y la ley ordinaria); y (3) formar parte del bloque de constitucionalidad gracias a una remisión expresa efectuada por alguna disposición constitucional. (Corte Constitucional, Sentencia C-191 de 1998)

En la Sentencia C-582 de 1999²⁶, antes de entrar a decidir de fondo, la Corte Constitucional reitera que todas las normas que integran el bloque de constitucionalidad son parámetros de legitimidad constitucional, pero no por ello gozan de idéntica jerarquía normativa. De este modo, precisa la Corte tanto el concepto como el contenido del bloque de constitucionalidad *stricto y lato sensu*:

26 En esta sentencia la Corte decide sobre una demanda de inconstitucionalidad de los artículos 143 y 144 de la Ley 446 de 1998, ley que faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de asuntos relativos a la competencia desleal, como quiera que contradicen el anexo IC del Acuerdo de Marrakech, con el que se crea la Organización Mundial del Comercio.

El primero: stricto sensu, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario (CP arts. 93 y 103). De otro lado, la noción lato sensu del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional. (Sentencia C-582 de 1999)

Además, la Corte aclara que el conjunto de normas que se utilizan como parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes integra el denominado bloque de Constitucionalidad. Por lo tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad, la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico. Este no es el caso en la sentencia que discutimos, pues la decisión descarta, casi por completo, que los acuerdos, tratados o convenios de carácter económico hagan parte del bloque y se constituyan como parámetro de constitucionalidad²⁷.

Con base en lo anterior, la Corte concluye que el Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio no constituye parámetro de constitucionalidad, como quiera que dentro del bloque de constitucionalidad no pueden incluirse convenios o tratados internacionales que regulen materias autorizadas expresamente en la Carta. Dicho de otro modo, no pueden considerarse parámetros de control constitucional los acuerdos, tratados o convenios de carácter económico, pues no existe disposición constitucional expresa que los incluya, ni son de aquellos que el artículo 93 de la Carta otorga un plus, ni son normas que la Carta disponga una supralegalidad.

En resumen, de conformidad con la Corte Constitucional y teniendo presente las etapas que propone Uprimny (2001; 2008)²⁸, en Colombia el bloque de cons-

27 En términos de la Corte, existen razones procesales y prácticas del control constitucional que justifican esa decisión: (i) los acuerdos comerciales están sometidos a la reciprocidad de los Estados y a las necesidades económicas coyunturales, lo cual impediría un control definitivo de la constitucionalidad de una disposición legal; (ii) no es razonable que la Corte excluya definitivamente una disposición que deba compararse con una norma cuya vigencia puede ser temporal, en su defecto contingente; (iii) aceptar que todos los tratados o acuerdos hacen parte del bloque imposibilita el control constitucional, pues le correspondería a la Corte revisar las disposiciones impugnadas con todo el universo jurídico-comercial; y (iv) la inclusión al bloque de constitucionalidad del acuerdo comercial que se estudia, también desconocería la fuerza normativa de la Carta y la naturaleza del control constitucional, pues la Corte estaría obligada a confrontar dos normas de la misma jerarquía (ley que aprueba el acuerdo comercial y la que se considera infringida).

28 Son cinco las etapas que propone Uprimny: (i) la jurisprudencia preconstituyente, que rechazó la posibilidad de incorporar esta noción; (ii) los tres primeros años de labores de la Corte Constitucional (1992 a 1994), en donde tácitamente, y con algunos tuteos, esta categoría empieza a tener incidencia jurídica, aunque no es mencionada expresamente por la jurisprudencia; (iii) los años 1995 y 1996, cuando la expresión ingresa en

titucionalidad ha superado varias fases de desarrollo conceptual y sustantivo. La primera fase es la del oscurantismo, previa a la Constitución de 1991, fase en la que no existe ni siquiera una aproximación al concepto de bloque de constitucionalidad, pero sí hay ratificación de tratados y convenios internacionales. La segunda fase es la de las sombras, fase en la que se conoce la forma pero no la materia, y se caracteriza por el establecimiento formal en la Constitución de 1991 de cláusulas remisorias a derechos innominados y tratados y convenios internacionales de derechos humanos y de límites²⁹. La tercera fase es la de la zona gris (1992 a 1994), en la que no se utiliza el concepto de bloque de constitucionalidad pero sí se pregona el respeto de los tratados y convenios ratificados por Colombia (sentencias T-002 de 1992, T-406 de 1992, T-409 de 1992, C-574 de 1992, T-426 de 1992). La Sentencia C-225 de 1995 abre la cuarta fase, de destello judicial, que cierra la Sentencia C-358 de 1997; en la primera se aclara el alcance de la prevalencia de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos y en la segunda se distinguen principios y reglas de valor y jerarquía constitucional de otras disposiciones que no alcanzan ese nivel, pero que se ubican, por mandato constitucional, en un nivel superior a las leyes ordinarias. En la quinta fase, de iluminación, el juez constitucional se atreve a ir más allá de la simple conceptualización y dota de sentido al bloque de constitucionalidad, es decir, describe el contenido del bloque de constitucionalidad *stricto y latu sensu*, sumando a este último los tratados de límites (Sentencia C-191 de 1998); además, descarta que los acuerdos, tratados o convenios de carácter económico hagan parte del bloque de constitucionalidad (Sentencia C-582 de 1999). Finalmente, y como última fase (consolidación), a partir del año 2000 la jurisprudencia de la Corte Constitucional se encuentra en un proceso de consolidación progresiva, con el fin de racionalizar y potencializar su riqueza jurídica³⁰.

forma expresa y con fuerza en la jurisprudencia constitucional; (iv) los años posteriores (1996 a 2000), en donde la noción sigue expandiéndose pero la Corte intenta racionalizar su uso; y (v) finalmente el periodo actual (2001 a 2008), en donde, a pesar de que subsisten algunas polémicas, la Corte consolida una dogmática relativamente clara sobre esta noción (Uprimny, 2001; 2008).

- 29 Así por ejemplo, el artículo 53 establece que los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna; el artículo 93 establece, en primer lugar, un canon sustantivo al señalar que 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, y en segundo lugar fija un canon hermenéutico, al determinar con claridad que los derechos y deberes consagrados en la Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia; el artículo 94, sobre derechos inherentes o innominados, según el cual la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos; el artículo 101, sobre límites territoriales, cuyos tratados hacen parte del bloque de constitucionalidad *latu sensu*; y, finalmente, el artículo 214 sobre estados de excepción, en el que se consagra la prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales; así como el respeto a las reglas del derecho internacional humanitario.
- 30 Uprimny (2008), en consonancia con la jurisprudencia de la Corte, señala que el bloque de constitucionalidad en su última etapa de maduración consolida su contenido y se proyecta como la institución más importante y decisiva en el terreno del derecho constitucional, especialmente en el ejercicio de la defensa de la Constitución por medio del ejercicio del control constitucional.

CONCLUSIONES

Del anterior apartado se puede concluir que la Constitución se impone como un límite al ejercicio del poder y a la irracionalidad legislativa. La Constitución, ya ubicada en la cúspide del ordenamiento jurídico, es la norma que irradia de validez a las demás normas del sistema jurídico. Por ende, como norma suprema debe asegurar su integridad frente a los ataques producidos desde distintos puntos, sobre todo provenientes de la autoridad encargada de hacer la ley o de sus intérpretes, que otorgando un significado distinto al constitucional terminan violentando su contenido.

Por esa y por otras razones la Constitución debe permanecer incólume, y para ello es imperativa la existencia de un órgano encargado de su defensa o protección. Este Tribunal tiene el suficiente poder para decir qué es y qué significa la Constitución.

Conociendo la esencia y la supremacía constitucional, así como quién debe ser el guardián de la Constitución, el debate se traslada a determinar su materia. La falta de certeza sobre el contenido de la Constitución pasaba por reconocer que el derecho interno constitucional obedecía a otro derecho, el derecho internacional. En este escenario se llega la conclusión de que el mero contenido expreso de la Constitución era insuficiente y por lo tanto debía complementarse con normas de derecho internacional. En otras palabras, existía la necesidad de reconocer otras disposiciones que, aun sin estar expresamente consagradas, hacían parte íntegra del cuerpo de la Carta. A esto es a lo que se le denomina bloque de constitucionalidad.

En Colombia, el bloque de constitucionalidad se estableció por el constituyente en diversas disposiciones constitucionales (arts. 53, 93, 94, 101, 214), insumos que han sido desarrollados ampliamente por la Corte Constitucional, que reitera en su jurisprudencia que el bloque de constitucionalidad es a la vez un cuerpo sustantivo de normas y un parámetro para ejercer el control de constitucionalidad de otras normas sometidas a validación. Como parámetro de constitucionalidad, el bloque de constitucionalidad permite determinar el grado de relación de una norma con la Constitución. Ese grado de relación se determina sometiendo a una norma a una prueba de validez a través del control de constitucionalidad.

Así como en la doctrina constitucional internacional, la doctrina constitucional colombiana se ha preocupado por llenar de contenido a un concepto que en principio, como se mostró en el cuerpo del trabajo, era vago y ambiguo. Para esta labor el juez constitucional, después de hacer una labor de significación del concepto, procede a clasificar el bloque de constitucionalidad en *stricto sensu* y *lato sensu*. El primero se refiere a la coexistencia de normas distintas con igual

nivel de jerarquía. El segundo señala la existencia de una diversidad de normas con grados o niveles también diversos.

Las bondades del bloque de constitucionalidad en un sistema de justicia constitucional son de enormes dimensiones, sobre todo porque se erige como la fuente material y procesal para la actividad de los operadores jurídicos y de otras autoridades (legislativas y administrativas). Entre estas bondades se encuentran, por ejemplo, una ampliación de las fuentes para el debate constitucional en función del control abstracto y difuso de constitucionalidad y de convencionalidad; un catálogo extenso —axiológico y normativo— que permite garantizar la vigencia de los derechos humanos; una adaptabilidad de la Constitución a nuevas realidades (abiertas), es decir, una Constitución dinámica que evoluciona y se adapta, que se ajusta y desajusta con la realidad histórica; es la fuente que inspira la lucha social para el cambio social, cambio que exige el reconocimiento de nuevos derechos y sus garantías; permite un diálogo jurisprudencial intenso entre los jueces y Tribunales constitucionales, así como una armonización de sistemas de derecho, promoviendo de esa forma una especie de constitucionalismo universal, no semejante, pero sí con una identificación de mínimos conceptuales; finalmente —pero no con ello se agotan las bondades—, permite que el derecho se depure y evolucione, y con ello la aparición de nuevos cánones hermenéuticos que ayudan a su comprensión.

No obstante dichas bondades, el bloque de constitucionalidad también representa ciertos riesgos, percibidos como una amenaza para el derecho. En primer lugar, el riesgo de una evidente inseguridad jurídica, pues el universo de disposiciones de todo orden hace que el contenido del bloque de constitucionalidad sea imposible de definir, por lo menos en términos generales y absolutos. En segundo lugar, el bloque de constitucionalidad exige una interpretación constitucional, actividad que a pesar de respaldarse en un método puede variar según consideraciones subjetivas y objetivas, lo que afecta su aplicación y la identificación de mínimos de coincidencia en el diálogo jurisprudencial. En tercer lugar, aceptando la existencia de una base sustantiva y hermenéutica definida que conforma el bloque de constitucionalidad, la situación de los Estados constitucionales, sobre todo los latinoamericanos que carecen de los insumos necesarios para hacer efectivo dicho catálogo, hace que en muchas ocasiones todo se reduzca a simples aspiraciones. Finalmente, el bloque de constitucionalidad exige una difusión general, con el objeto de educar, no solamente a las autoridades judiciales sino también a otras autoridades (legislativas y administrativas) y, por qué no, a la sociedad en general.

En resumen, el bloque de constitucionalidad plantea ventajas y desventajas; el reto es hacer de las desventajas una oportunidad para avanzar en la consolidación dicha doctrina. Por supuesto, esto requiere de tiempo y de muchos

esfuerzos intelectuales y materiales, pero no por ello hay que desfallecer en el camino a su comprensión. En esta tarea, los centros de pensamiento y los investigadores juegan un papel fundamental: continuar descubriendo, discutiendo y construyendo conocimiento, y desde la doctrina aportar insumos para que los operadores del derecho adquieran mayores fortalezas a la hora de garantizar la vigencia de los derechos humanos y los derechos fundamentales, y en términos generales procurar la vigencia de la justicia en el Estado constitucional.

REFERENCIAS

- Astudillo, C. (2015). El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En: Carbonell, M. (coord.). *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo* (pp. 117 – 168). México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Blanco, R. (1994). *El valor de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial.
- Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia C-225 de 1995 [MP Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-225-95.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (1997). Sentencia C-358 de 1997 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-358-97.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (1998). Sentencia C-191 de 1998 [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-191-98.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencia C-582 de 1999. [MP Alejandro Martínez Caballero]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-582-99.htm>
- Favoreau, L. (1990). El bloque de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 5, 40-65.
- Franck, T. (1995). *Fairness in international law and institutions*. Oxford: Clarendon Press.
- García, E. (1985). *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas.

- García Pelayo, M. (1984). *Derecho constitucional comparado*. Madrid: Alianza.
- Góngora, M. (2014). *La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano*. México DF: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2001). *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Hart, H.L.A. (1995). *El concepto de derecho*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.
- Hongju Koh, H. (2013). ¿Por qué las naciones obedecen al derecho internacional? *Thēmis, Revista de Derecho*, 63: 11-50.
- Kelsen, H. (1997). *Teoría pura del derecho*. México DF: Porrúa.
- Loewenstein, K. (1983). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- Morales, A. (2011). La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México. *Revista Prolegómenos – Derechos y Valores*, 14(27): 138-145.
- Quinche, M. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 12: 163-190.
- Rubio, F. (1989). El bloque de constitucionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27: 9-37.
- Uprimny, R. (1991). El bloque de constitucionalidad en Colombia. *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Bogotá: Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Uprimny, R. (2001). El dilema de la interpretación constitucional. En: *Jurisdicción constitucional de Colombia. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer; Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Uprimny, R. (2004). Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal. En: *Reflexiones sobre el nuevo sistema procesal penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura.

Uprimny, R. (2008). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa; Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

El constitucionalismo en América Latina: la justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador

Constitutionalism in Latin America: indigenous justice and legal pluralism in Ecuador

*Eduardo Díaz Ocampo**

*Alcides Antúnez Sánchez***

Fecha de recepción: 4 de marzo de 2017

Fecha de aceptación: 21 de julio de 2017

RESUMEN

La sociedad contemporánea enfrenta nuevos retos y perspectivas en correspondencia con la complejidad y diversidad del contexto multicultural, lo cual exige el perfeccionamiento del vínculo social y cultural para solucionar problemáticas actuales de los pueblos indígenas, como el reconocimiento de sus principios de justicia frente al pluralismo jurídico. En una sociedad multicultural, como es el caso del Ecuador, se requiere adoptar nuevos enfoques que solucionen la referida problemática. Desde esta consideración, el presente trabajo tiene como objetivo establecer principios doctrinarios sobre los cuales debe sustentarse la armonización en la justicia ordinaria y la justicia indígena. Este análisis se elabora a partir de la necesidad de brindar alternativas de formación jurídica enmarcadas en una pedagogía social que permita educar para la defensa de los principios

de justicia y respeto cultural a los pueblos indígenas; se abordan categorías jurídicas y se ressignifica la necesidad de establecer un orden jurídico en la sociedad que contribuya a alcanzar niveles superiores de oportunidades sociales para los ciudadanos.

Palabras clave: justicia; contexto multicultural; orden jurídico; formación.

ABSTRACT

The society confronts new challenges and perspectives related with the complexity and diversity of the multicultural context, in which it is inserted in the current times, which demands the perfection of the social and cultural link to solve the actual problems of the indigenous people, like recognition of their principles of justice into the juridical pluralism. In a multicultural society, like the

* Licenciado en Ciencias de la Educación, licenciado en Ciencias Económicas, Políticas y Sociales. Abogado de los tribunales de la República del Ecuador. Doctor en jurisprudencia, magíster en Desarrollo Curricular. Profesor de Derecho Laboral y Derecho Constitucional en la Universidad Técnica Estatal de Quevedo. Correo electrónico: ediaz@uteq.edu.ec

** Licenciado en Derecho, magíster en Derecho de la Empresa. Profesor auxiliar de Derecho Ambiental del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Granma. Correo electrónico: antunez@udg.co.cu

Ecuador, it is required to embrace new focuses that solve the referred problems. The present document aims to establish some doctrinaire principles in order to harmonize the ordinary courts and the indigenous justice. This analysis is elaborated from the need to offer alternatives of juridical formation delimited in a social pedagogy that allows to educate for the defense of the principles of Justice and the respect of the indigenous people culture, the document discusses the juridical categories and it argues in favor of establish a juridical order for develop superior levels of social opportunities for the citizens.

Keywords: justice; multicultural context; juridical system; formation.

INTRODUCCIÓN

La historia revela que los pueblos indígenas han resistido al modelo colonial, que no les ofreció más que explotación y aniquilamiento físico, tutelaje paternalista, “blanqueamiento” y asimilación cultural. Muchos de estos aspectos aún marcan esta coexistencia, por lo que es un hecho notorio que los pueblos han dado continuidad a ciertas prácticas que marcan su diferencia cultural y civilizatoria, como lo es el ejercicio de la justicia indígena dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Las prácticas culturales indígenas y las múltiples justicias que los pueblos han construido no tienen el halo de una utopía universal, sino que constituyen testimonios de que otro mundo es posible, otra lógica de convivencia y de organización social plasmada en los conceptos ancestrales de *sumak kawsay* o *suma qamaña* y de buen vivir.

Al final de la última década del pasado siglo, Ecuador fue uno de los dos países de América Latina que pasaron por toda una serie de transformaciones constitucionales profundas en el curso de movilizaciones políticas protagonizadas por los movimientos indígenas y por otros movimientos y organizaciones sociales y populares, junto con la nación de Bolivia. Por ello se reconoce que la Constitución del Ecuador contiene en sí embriones de una transformación paradigmática del derecho y del Estado moderno, hasta el punto de resultar legítimo hablar de un proceso de refundación política, social, económica y cultural. En este contexto, hay ciertas vicisitudes particularmente visibles y graves en el caso de la justicia indígena y, en virtud de ello, este es uno de los temas más reveladores de las contradicciones de la transición política en Ecuador. Por ejemplo, al contrario de la plurinacionalidad, la justicia indígena no es un proyecto, ni algo por construir o alguna novedad.

La justicia indígena, hasta hoy aceptada por el canon constitucional moderno como algo inofensivo, se convierte ahora en la cara más visible y, por tanto, más amenazadora del proyecto plurinacional. Siendo la cara más visible y amenazante, es también la más vulnerable, porque su práctica sobre el terreno la expone a interpretaciones hostiles y no carentes de prejuicios por parte de los adversarios de la plurinacionalidad. En primer lugar, en la justicia indígena, respetando circunstancias de tiempo y lugar, se aplican los principios criminológicos, y en especial los victimológicos, donde las sanciones van orientadas a la reparación de las víctimas, es decir, el ofendido con heridas en su cuerpo tiene derecho a que el responsable pague las curaciones y si por motivo de las mismas heridas no puede trabajar, el infractor debe cubrir la manutención de la familia de la víctima.

El pluralismo jurídico encuentra su raíz no en distinciones teóricas sino, por el contrario, en la imperiosa necesidad de dar alternativas a la concepción monista del Estado, en donde se identifica a este con la nación, para admitir que puede existir un Estado con multiplicidad de naciones. Así, al producirse una ruptura con la concepción clásica de que solo el poder legislativo está legitimado para la producción de normas, también se considera como legítima la producción normativa ubicada en el seno de los pueblos indígenas, lo que produce un cambio radical en la conformación de los Estados modernos. El orden jurídico nacional no solo se conforma ahora con las normas (generales o concretas) emitidas por las instancias mencionadas, sino también por las comunales.

Desde esta óptica, es la propia realidad la que impulsa la necesidad de regulación de una convivencia que en muchos aspectos es forzada y no exenta de tensiones. Solo con un tratamiento despojado de simulaciones será factible alcanzar una unidad fundada en el respeto y la tolerancia de otros modos de vida, y es en el nivel normativo donde confluye la pluralidad. No se crea nada nuevo, solo se reconoce lo ya existente y, en procura del respeto a la diversidad, se integra al Estado con la nación, encontrando vías de comunicación entre el derecho indígena y el derecho oficial que no signifiquen la subordinación de uno a otro sino, por el contrario, la coexistencia armónica de múltiples sistemas jurídicos en un mismo ámbito, en donde uno de los pilares de genuinas democracias deliberativas sea el diálogo comprometido de los distintos actores que la componen.

Tomar en serio la protección de las minorías étnicas significa admitir la concepción de un Estado pluralista, así como construir un Estado pluralista resulta también aceptar el desafío que representa la existencia de pluralismo jurídico y las consecuencias que se derivan de él. Por otra parte, el propio Estado, a lo largo del siglo, fue asumiendo nuevas funciones que modificaron su arquitectura institucional. Dado que estas modificaciones no siempre se hicieron con el fin de mantener la coherencia de la acción estatal, la unidad del derecho fue sacudida.

La profesionalización de la formación y de las funciones jurídicas se consideró como una expresión de la autonomía del derecho y simultáneamente como garante de su preservación. Se enfatizó en el carácter transdisciplinar de este enfoque, en su distinción de tres sistemas, su percepción del sistema social como un sistema diferenciado en las sociedades modernas y su carácter autorreferencial o autopoiético. Este artículo realiza un análisis de la justicia indígena en Ecuador, asociada al pluralismo jurídico a partir del haz de derechos reconocidos en el nuevo constitucionalismo en América Latina, partiendo de que las naciones de Ecuador y Bolivia han sido las primeras en conceder derechos a la madre naturaleza.

1. UNA MIRADA A LA CONSTITUCIÓN DE ECUADOR Y EL RECONOCIMIENTO AL DERECHO INDÍGENA DENTRO DEL HAZ DE DERECHOS HUMANOS

La Constitución del Ecuador reconoce los derechos humanos a los pueblos indígenas frente al pluralismo jurídico. Desde el año 1830 se han promulgado veinte constituciones políticas del Estado, pero pocas (o casi ninguna) han considerado justas las aspiraciones de los pueblos y nacionalidades indígenas ni han reclamado al Estado y a los gobiernos de turno el reconocimiento de sus derechos como ciudadanos con razones y propuestas. Es la Constitución de la República de 2008, aprobada en Montecristi, la que reivindica y ratifica los derechos indígenas y la independencia jurídica al interior del Estado ecuatoriano. Este reconocimiento dentro de su propio ordenamiento jurídico permite que los miembros de las circunscripciones territoriales vivan en armonía y paz bajo un control social desde la misma comunidad. Al reconocerse el Estado plurinacional, en el artículo 1º, se señala: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico [...]”.

El Estado reconoce en tanto naciones a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianas, quienes poseen sus propias costumbres, lenguaje y tradiciones ancestrales, con la finalidad de procurar el efectivo goce de sus derechos como ciudadanos parte del Estado y de garantizar del desarrollo de su cultura en concordancia con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que promulga una serie de derechos colectivos para las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, entre los cuales se encuentra el derecho a aplicar sus prácticas tradicionales para la solución de los conflictos dentro de sus comunidades.

Así las cosas, para Matteucci (1997) y otros especialistas en la temática, el derecho consuetudinario ha sido históricamente reconocido e integrado en los sistemas jurídicos occidentales —bajo sus respectivas designaciones nacionales: *common law*, *droit coutumier*, *Gewohnheitsrecht*—, hecho que se evidencia especialmente en la tradición jurídica de Inglaterra, donde los jueces son considerados conservadores y depositarios de una ley común que, incluso, puede imponer limitaciones al poder legislativo.

El artículo 171 de la Constitución del Ecuador consagra la práctica y aceptación de la justicia indígena. En tal sentido, el texto constitucional establece que “[...] las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas

ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial [...] el Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas”.

Según Santos y Grijalva (2012), cualquier orden social que dé cuenta de retórica, violencia y burocracia puede ser considerado como derecho. Las expresiones justicia o derecho indígena se hacen referencia a aquellas prácticas resultantes de las costumbres de cada comuna, comunidad, pueblo y nacionalidad indígena, a través de las cuales las autoridades legítimamente elegidas por sus miembros regulan diversos ámbitos de las actividades, relaciones sociales y todo tipo de conflicto que se desarrolla dentro de su comunidad.

Como ya se había referido, la justicia indígena se fundamenta en la costumbre, o sea, en el derecho consuetudinario que se enfrenta de manera cotidiana a la justicia ordinaria y tiene como base el derecho romano, expresado en códigos clasificados como parte del derecho positivo. De acuerdo con el contexto descrito, se precisa entonces considerar cómo en la justicia indígena el castigo por la violación de la norma tiene un carácter sanador, pues cada castigo físico tiene un significado de purificación y además, en sentido general, la justicia indígena en la práctica tiene un sentido comunitario muy concreto.

En la cosmovisión andina se considera que la armonía con la naturaleza y con los miembros de la comunidad son dos circunstancias fundamentales para el desarrollo normal de la convivencia social. Los conflictos que se suscitan dentro de las comunidades rompen con este equilibrio, de manera que frente a un conflicto las autoridades buscan medidas para restablecer el equilibrio a través de una compensación o resarcimiento del daño, que además sean un escarmiento para los demás miembros de la comunidad. En la actualidad se valora y reconoce la transición de una concepción de naturaleza-recurso a la de naturaleza-Madre Tierra (asociada al *sumak kawsay* o *suma qamaña* y otros conceptos afines). En esta dicotomía radica uno de los principales obstáculos para el reconocimiento de la justicia indígena como uno de los pilares del proyecto constitucional. La diferencia más sustantiva entre la interculturalidad en el ámbito del Estado nación y la interculturalidad plurinacional radica en que esta última incluye tanto las dimensiones culturales como las políticas, territoriales y económicas de la diversidad, señaladas por autores como Garzón López (2012).

En otras palabras, la diversidad plurinacional implica el reconocimiento constitucional de que hay varias formas, todas igualmente legítimas, de organizar la acción política, concebir la propiedad, gestionar el territorio y organizar la

vida económica. Aunque de formas y con énfasis diferentes, el reconocimiento de esta diversidad es notorio en las constituciones de los dos países analizados como paradigma en la constelación de legalidades para cumplir con el principio de juricidad. Las sanciones y el procedimiento son coherentes con la cosmovisión de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, ya que la vida en comunidad es fundamental para el desarrollo de sus vidas, y por este motivo la medida para resarcir los daños se toma en asamblea comunal, no por una sola autoridad.

2. LA JUSTICIA INDÍGENA. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES

Desde tiempos milenarios los pueblos y nacionalidades indígenas han ejercido prácticas y costumbres basadas en su derecho consuetudinario; la administración de justicia indígena forma parte de este derecho y tiene sus propios preceptos, con la finalidad de restablecer el orden y la paz social. En este contexto, le corresponderá a la autoridad indígena, como la encargada de cumplir y hacer cumplir las normas, reivindicar los valores y principios comunitarios; estos principios fundamentales son reconocidos en lengua quechua como: *ama killa, ama llulla, ama shua*; No mentir, no robar, no ser ocioso.

Dentro de la justicia indígena, sin embargo, no existe una decisión de esta política legislativa motivada en criterios técnicos o de eficiencia, sino que nace del reconocimiento de un derecho, cuyo titular es un ente colectivo con calidad de sujeto: *el pueblo indígena*. Consideramos que el derecho y la justicia indígena deberían codificarse en un solo cuerpo jurídico, como forma de resolver los conflictos de jurisdicción y competencia que surgen en la materia penal, aun cuando esta justicia constituya un producto de un pueblo o comunidad indígena que por muchos años ha reservado su sistema de administrar justicia de acuerdo con sus usos y costumbres.

En el campo del derecho, la justicia indígena carece de un ordenamiento jurídico escrito en una ley que la tipifique y sancione; no existe un procedimiento de juzgamiento previsto en un código, norma jurídica, estatuto o reglamento, sino que se inspira en su derecho propio, consuetudinario. Esto se debe a que la justicia indígena no se sustenta en un órgano especializado ni se origina en una ley escrita; surge más bien del seno de la comunidad indígena, y emplea un procedimiento rápido de carácter público y colectivo expuesto en las asambleas comunales, cuya práctica es primitiva y en muchos casos se puede considerar exagerada. Además, en la aplicación del juzgamiento para resolver los conflictos internos de la comunidad, las autoridades y miembros de las comunidades

indígenas utilizan formas y medios que para los mestizos pueden resultar degradantes, arbitrarios y lesivos a la dignidad humana en varios casos.

De acuerdo con la justicia indígena, las autoridades indígenas pueden dirimir y resolver los distintos conflictos que se presentan al interior de los territorios conforme a las normas, procedimientos y sanciones del sistema jurídico indígena. La forma en que este derecho se regula en la legislación ecuatoriana resulta muy innovadora, pues este es un derecho logrado con el esfuerzo y lucha diaria de los pueblos indígenas, como refieren en sus estudios Sánchez Botero (1998), Gómez (2002), Martínez (2004) y Bárcenas (2006).

En la Constitución del Ecuador se establece una jurisdicción especial indígena orientada a reformular dos aspectos básicos en la relación derecho, Estado e indígenas. Uno de ellos es el monismo jurídico para aceptar y reconocer el pluralismo jurídico; se trata entonces de romper el imperialismo jurídico, de ampliar el espectro de categorías, principios y reglas jurídicas obligatorias que se han impuesto a lo largo de la historia a los pueblos indígenas. Indudablemente, este reconocimiento está sujeto a un sinnúmero de interpretaciones respecto a lo que es una sociedad multicultural, donde impera el pluralismo jurídico.

En este ámbito surgen conflictos aún no resueltos, que tienen que ver con los límites, la jurisdicción y competencia de la justicia indígena, que es el segundo aspecto por reformular. No obstante estar provistas de este derecho, las autoridades indígenas no cuentan con mecanismos ni procedimientos para hacer que los casos sean devueltos y solucionados en sus propias comunidades cuando se suscitan conflictos, surgiendo con ello un problema de competencia entre las autoridades de la jurisdicción ordinaria y las autoridades indígenas.

Por ello, hay una gran voluntad de que la aplicación de la justicia indígena sea relevante en el ámbito de la justicia y la democracia. Sin embargo, esta representatividad supondría un serio peligro, pues podría alentar el fundamentalismo indígena que conllevaría a una parcelación del país en cuanto a la administración de justicia, la cual debería ser homogénea para todos los habitantes; por el contrario, la justicia indígena está anclada en una concepción étnica, una idea de cultura autónoma que puede dar paso a un orden social y a una justicia independientes.

Ponderamos que se deben respetar estas costumbres y el logro que significa el reconocimiento de la pluriculturalidad del Estado ecuatoriano, que supone sin duda el respeto a las formas de organización social y de control del comportamiento de los miembros de los pueblos indígenas, la existencia de un pluralismo jurídico y la independencia de la justicia ordinaria y la justicia indígena. Aun

así, se podría generar un caos al momento de querer delimitar, para cada caso, la competencia y jurisdicción dentro del ordenamiento jurídico.

La justicia indígena está garantizada en la Constitución del Ecuador, de modo que se reconocen, legal y constitucionalmente, normas y procedimientos existentes en las comunidades indígenas, pero a ello subyace el problema de la competencia entre la justicia indígena y la justicia ordinaria. Las personas que están de acuerdo con la justicia indígena creen que esta permite que las diversas colectividades indígenas puedan ser consideradas como distintas, con el fin de generar procesos que permitan condiciones más equitativas y su real reconocimiento en la diferencia; su objetivo central debe ser de reconocer y respetar, en los hechos, las acciones y formas de vida particulares de los pueblos indígenas.

Este reconocimiento y aceptación de la justicia indígena en la Constitución no puede llevar a que en las comunidades se den actos que atenten contra los principios de la misma Constitución y de los tratados internacionales sobre derechos humanos; además, debe existir una ley que dirima y delimite el ámbito de aplicación de la justicia indígena con la justicia ordinaria en el Ecuador.

El adoctrinamiento hace más compleja la lucha política para todos los participantes. Es importante resaltar que tanto Rafael Correa en Ecuador como Evo Morales en Bolivia tienen un discurso y una actuación política antiimperialista, lo que les ha causado riesgos personales y políticos en la dirigencia de sus países. Consideramos que se trata de un antiimperialismo atípico que, contradictoriamente o no, permite adoptar, en el plano interno, el neoextractivismo como parte integrante del modelo neoliberal de desarrollo, que permite ganancias fabulosas a las empresas multinacionales, muchas de ellas norteamericanas, las que se muestran en desacuerdo con esta posición democrática en defensa del ciudadano. Es esta la situación que con algunas diferencias encontramos en los dos países citados.

También resaltamos cómo la lucha entre los distintos modelos económicos es la lucha entre dos proyectos de país. Hoy los campos están enfrentados y las tensiones entre ellos no han dejado de crecer en este siglo XXI. El nuevo Estado (como viene siendo designada la actuación del Estado) y el neoextractivismo están en contradicción con la concreción de los derechos de la naturaleza en Ecuador o con la aplicación de la Ley de los Derechos de la Madre Tierra tanto en Ecuador como en Bolivia, en el contexto del nuevo constitucionalismo en América Latina o constitucionalismo verde, como también lo denominan estudiosos del derecho, en especial de la materia ambiental, de la talla de Brañes Ballesteros (1994), Lorenzetti (2014), Bellorio Clabot (2014), Caferrata (2014) y Antunes (2014).

Se trata de un enfrentamiento intenso que en ambos países tiene dos vertientes: una política-legislativa y otra judicial. La vertiente política-legislativa se expresa mediante la disputa en torno a normas como la Ley de Consulta, el fallido intento de Ley de Aguas y la Ley de Minería en Ecuador; así como la Ley del Órgano Judicial, la Ley de Revolución Productiva Comunitaria Agropecuaria o la ausencia de una Ley de Consulta en Bolivia. Resulta pertinente observar que ya desde la última década del pasado siglo xx hubo una tendencia semejante en las reformas constitucionales emprendidas por los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones: Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela, que hace comparables dichos procesos.

Gudynas (2009) señala que el extractivismo incluye la explotación minera y petrolera, con una larga historia en América Latina. A partir de esas actividades se han nutrido las corrientes exportadoras, que desempeñaron papeles claves en las economías nacionales pero que también han estado en el centro de fuertes polémicas por sus impactos económicos, sociales y ambientales, como menciona Yrigoyen Fajardo (2003).

Acosta (2012) refiere que la evidencia reciente y muchas experiencias acumuladas permiten afirmar que la pobreza en muchos países del mundo está relacionada con la existencia de una significativa riqueza de recursos naturales. Aquellos países que disponen de una sustancial dotación de uno o unos pocos productos primarios parecen estar condenados al subdesarrollo. Tal situación resulta aún más compleja para aquellas economías cuyo financiamiento depende fundamentalmente de petróleo y minerales.

Esta contradicción entre el modelo capitalista de Estado neodesarrollista y neoextractivista y el *sumak kawsay* o *suma qamaña* tenderá a asumir formas más y más violentas en los dos países. ¿Cuál será el resultado de este enfrentamiento? Por ahora, uno de sus rasgos más violentos es la criminalización de la política y de la justicia indígena. Las constituciones de Bolivia y de Ecuador establecen que la justicia indígena y la justicia ordinaria tienen la misma dignidad constitucional, son reconocidas en paridad. En ese sentido, se han definido formas de coordinación y de cooperación a fin de evitar sobreposiciones o contradicciones entre ellas. Son muchas las posibles coordinaciones, algunas referidas a las formas de relación, otras a los mecanismos e instituciones que las pueden concretar.

Estudios desarrollados en América Latina a partir de la segunda década del siglo XXI desde las ciencias jurídicas, y en particular desde el derecho constitucional ambiental (Caferrata, 2013; Rinaldi, 2013; Villavella Armengol, 2011), evidencian que los derechos que le han sido otorgados a la naturaleza a través del texto

constitucional en Ecuador y en Bolivia son una contribución del derecho indígena, que ha tenido un desarrollo posterior dentro de los derechos internos en la promulgación de leyes ambientales, de responsabilidad ambiental, de fiscalías y tribunales ambientales, entre otras. Esto permite confirmar la convivencia de estas dos justicias (la ordinaria y la indígena), que fueron desarrollando múltiples formas de relación a lo largo del tiempo. La experiencia comparada nos muestra que históricamente son posibles las siguientes principales formas de relación: la negación, la coexistencia a distancia, la reconciliación y la convivialidad.

Ante esta realidad, desde los saberes jurídicos la ecología se asienta en el aprendizaje recíproco de los dos sistemas y en el consecuente enriquecimiento mutuo. Con base en las discusiones contemporáneas sobre la administración de justicia en sociedades cada vez más complejas, Ávila (2013) identifica varios aspectos en los que la justicia ordinaria puede aprender de la justicia indígena en el Ecuador. No es difícil imaginar otras dimensiones en las que, de manera recíproca, la justicia indígena puede aprender de la justicia ordinaria.

Por otra parte, en lo que se refiere a la coordinación desde abajo, nuestro estudio revela que la justicia indígena se ha enriquecido con algunas enseñanzas de la justicia ordinaria. Tales intercambios de soluciones jurídicas conducen a lo que hemos llamado interlegalidad e híbridos jurídicos; estos últimos son conceptos o procedimientos en los que es posible identificar la presencia de varias culturas jurídicas. El concepto de derechos de la naturaleza es reconocido como un híbrido jurídico.

La noción de derecho viene de la cultura eurocéntrica y del derecho moderno, pero su aplicación a la naturaleza, concebida como Madre Tierra o Pachamama, es una contribución desde la cultura andina originaria; este es su aporte dentro del nuevo constitucionalismo en América Latina (constitucionalismo verde). El uso de formularios y de actas en la administración de la justicia indígena puede ser considerado otro híbrido jurídico. Mediante el recurso a la escritura, la justicia indígena busca mejorar su memoria, registrar las reincidencias y evitar con ello dobles juzgamientos.

2.1. ¿Qué se reconoce entonces por derecho indígena?

La conmemoración de la llegada europea a América, como un acontecimiento célebre según unos y nefasto de acuerdo con otros criterios que compartimos, constituyó el escenario para el surgimiento de un movimiento de reivindicación cultural y autónoma por parte de los indígenas. Resulta importante empezar

por definir qué entendemos por indígena, término que en sentido amplio se aplica a todo aquello que es relativo a una población originaria del territorio que habita, cuyo establecimiento en el mismo precede al de otros pueblos o cuya presencia es lo suficientemente prolongada y estable como para tenerla por oriunda (es decir, originario de un lugar). Con el mismo sentido se utiliza, con mayor frecuencia, el término equivalente nativo, presente en expresiones como “idioma nativo”.

También es habitual el uso de términos como pueblos originarios, en sentido estricto, y más habitualmente se aplica la denominación de indígenas a las etnias que preservan las culturas tradicionales no europeas. Con este alcance, se denomina indígenas a los grupos humanos que presentan características tales como pertenecer a tradiciones organizativas anteriores a la aparición del Estado moderno o pertenecer a culturas que sobrevivieron a la expansión planetaria de la civilización europea, naciones nativas o aborígenes.

La Organización de las Naciones Unidas estima que existen más de 300 millones de indígenas en el mundo (5000 pueblos asentados en 70 países), de los cuales entre 40 y 60 millones residen en América. Otros criterios dan una cifra de unos 350 millones de indígenas en todo el mundo, en algunos casos manteniendo sus formas ancestrales de vida. Entre ellos, los más destacados son los pueblos nómadas y en general aquellos pueblos que viven en sociedades tribales.

En muchas otras ocasiones se aprecia que, como resultado de la discriminación a los pueblos indígenas, estos se han visto obligados a asimilar los patrones de vida occidentales, aunque sigan manteniendo ciertas tradiciones o el idioma. Son más de cinco mil pueblos con su propia forma de ver el mundo, sus particularidades culturales y lingüísticas y con una voluntad cada vez más fuerte de reivindicarlas y de sentirse orgullosos de ellas, a pesar de siglos de opresión y dominación cultural, política, económica y social por parte de grupos socioeconómicos con más poder.

Para conocer el derecho indígena ecuatoriano es necesario profundizar en las relaciones de ciencias como la antropología y el derecho, ubicando la génesis de este último en la cultura, revisar la historia del movimiento sociocultural indígena, tratar de ubicar las instituciones jurídicas en los señoríos y en el incario, analizar el derecho indiano y encarar la aparente confrontación que existe entre derechos individuales y colectivos en la Ley de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas de esta nación de América Latina.

2.2. Los indígenas americanos. Valoraciones y criterios epistemológicos

Los modernos indígenas son los descendientes de la población originaria del continente. Dada su enorme diversidad, se les suele agrupar en familias de pueblos, que comparten una ubicación geográfica, algunos rasgos culturales y, en ciertos casos, una lengua y una historia común. Este es el caso de los pueblos andinos, los mayas y los caribes. Este porcentaje de población indígena varía enormemente de un país a otro. Históricamente, los pueblos indígenas de América han sido objeto de discriminación y racismo (discriminación en cuanto a lengua, condiciones laborales y salariales, discriminación sexual), situaciones que se han reflejado en matanzas, en la existencia de un trabajo servil y otras muchas formas de injusticia (sobre todo la permanencia de las condiciones de pobreza).

Todavía existen muchos grupos indígenas en casi la totalidad de América del Sur; en Bolivia y en Perú representan alrededor del 30 % de la población (con un mayor porcentaje y mejor conservación de sus tradiciones e idioma), en tanto que en Guatemala el 45 % de la población es de etnia maya. Los indígenas también representan una parte importante de la población de Paraguay y Ecuador; en otros países como Chile, Colombia, Venezuela y Argentina son poblaciones minoritarias (rondan el 2 % o menos de la población).

Por ello, antes de hablar del derecho indígena, consideramos que es imprescindible entender la noción de pluralismo jurídico que, como se dijo, permite reconocer la existencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. Entre otros términos, se denomina sistema jurídico al sistema de normas, instituciones, autoridades y procedimientos que permiten regular la vida social dentro del Estado.

El pluralismo jurídico en el contexto del Ecuador es justificado por la existencia de diferentes culturas, cada una con su propia identidad y coherencia para concebir el orden, la seguridad, la igualdad y la justicia, a pesar de que predominan el derecho y la justicia indígena de carácter incásico que trajeron a estas latitudes los descendientes de Manco Cápac y Mama Ocllo (los Incas). Los principios en los cuales se fundamenta este derecho indígena se basan en la relación armónica de los miembros de una comunidad y son: *ama quilla* (no ser ocioso), *ama llulla* (no mentir), *ama shua* (no robar).

En el ámbito de aplicación de la justicia indígena, estos principios se consideran únicamente al tratarse de un conflicto dentro de la comunidad y cuando

los actores de este son miembros de dicha comunidad. De la misma forma, el procedimiento para aplicarlos tiene en cuenta que el proceso inicia cuando el afectado pone en conocimiento a las autoridades del conflicto. Las autoridades inician una etapa de investigación para constatar lo sucedido cuando se lleva a cabo una confrontación entre el acusado y el acusador, que es directa y sin intervención de terceros. Por último, se establece una sanción, si se considera necesaria, que depende de la gravedad de la acusación. La sanción más fuerte es la expulsión del acusado de la comunidad, no existen penas de muerte. Si la culpa no fue grave, el castigo va desde sanciones económicas tales como multas, indemnizaciones, a sanciones físicas como baños de agua fría, el uso de la ortiga o del látigo. El escarmiento público es de gran conmoción para los miembros de la comunidad, por tratarse de su medio de convivencia, de modo que estas sanciones no solo son físicas sino también morales.

Consideramos importante acotar que las características de los incas los ubican en el ámbito patriarcal, sobre todo con sus famosos mandatos de *ama quilla*, *ama hulla* y *ama shua* (no ser ocioso, no mentir y no robar), bastante cercanos al decálogo mosaico, con miras a establecer límites en sociedades asentadas en zonas selváticas, caracterizadas por la libre expresión de instintos y deseos.

3. LA JUSTICIA INDÍGENA Y EL RECONOCIMIENTO DENTRO DEL HAZ DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Para los pueblos y comunidades la justicia indígena no representa una violación de los derechos humanos, pues estos procesos judiciales están sometidos a los acuerdos internacionales actuales, de modo que se respeta el debido proceso y se cumplen ciertos pasos básicos antes de determinar si hay o no culpables. Ante esta realidad, los miembros de las comunidades reconocen que la justicia indígena tiene algunos errores; sin embargo, consideran que es mucho mejor que la justicia ordinaria, ya que los castigos impartidos son un correctivo y no una represión, además es más rápida en su proceso y, sobre todo, es conciliadora. La justicia ordinaria sanciona con una pena que tiene un principio y un fin, en cambio, el castigo se sabe cuándo comienza pero no cuándo termina. La pena por disposición constitucional debe observar el principio de la proporcionalidad, en cambio, en el fervor del juzgamiento de la justicia indígena se desbordan las pasiones y se llega en ocasiones a la ley del talión.

En la Constitución de 1998, artículo 84, se reconocían una serie de derechos colectivos a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y afroecuatorianos, como el derecho a mantener la posesión de sus territorios ancestrales, desarrollar y mantener su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico, a ser consultados sobre los

proyectos de prospección y explotación de recursos no renovables en sus territorios, entre otros.

El mismo instrumento legal, en el artículo 191, inciso 4º, rezaba: “las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes [...]”. Así, la Constitución de 1998 reconoció el pluralismo jurídico dentro del Estado.

La obediencia que la justicia indígena debe a la Constitución es la misma que la debida por la justicia ordinaria. Dada asimismo la primacía del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), tanto la justicia indígena como la justicia ordinaria le deben obediencia. A pesar de ello, siempre que este tema es abordado en relación con la justicia indígena, el discurso adquiere un dramatismo propio, aunque no siempre son buenas las razones que sustentan tal actitud. Habiendo buenas y malas razones, es menester distinguirlas.

Las buenas razones para la complejidad de la subordinación de la justicia indígena a la Constitución y al DIDH residen en que la justicia indígena está fundada en una cultura propia y un universo simbólico muy diferentes de los que presiden la Constitución y el DIDH. Siendo así, es probable que surjan conflictos que planteen complejos problemas de interpretación.

En la actualidad, la Constitución del 2008, en el artículo 171, reconoce que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas apliquen normas y procedimientos propios de sus tradiciones para la solución de sus conflictos internos, desde que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos. También establece que la ley determinará mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, y señala que el Estado garantizará el respeto a dichas decisiones.

Del mismo modo, el artículo 57 de la Constitución reconoce una serie de derechos colectivos a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, dentro de los cuales, en el numeral 10, se reconoce también su derecho a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. En este orden de ideas, la legislación nacional contempla el etnocidio como delito, tipificado como toda forma de aniquilar, impedir o exterminar a un grupo étnico determinado, sus costumbres, sus miembros y sus creencias, es decir, todas aquellas características que los identifican como grupo y los diferencian de los demás.

3.1. El objetivo que persigue la justicia indígena dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano

Los movimientos indígenas contemporáneos en el continente americano, y especialmente en el Ecuador, representan la lucha constante para organizarse y presentarse como actores legitimados en la escena política. Esa trayectoria puede compararse con la evolución de la normativa sobre derechos de los indígenas.

El trecho recorrido desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 hasta el reconocimiento del derecho colectivo a la autodeterminación y a la supervivencia social y cultural en el Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 1994 es notable. Durante este tiempo, los movimientos indígenas han conseguido convertirse en interlocutores de reformas constitucionales y en negociadores de procesos de descentralización administrativa.

En las anteriores constituciones del Ecuador no se reconocía el derecho indígena ni la aplicación de la llamada justicia indígena; fue durante el gobierno de Borja Cevallos (1988-1992), a propósito de cumplirse los quinientos años de la llegada de los españoles al continente americano (y por ende también al actual territorio ecuatoriano), que los indígenas de nuestro país profundizaron su lucha contra el gobierno exigiendo el cumplimiento de sus derechos, tales como disponer de sus tierras, cultura, costumbres, tradiciones, idioma, religión, educación, entre otros. Esta lucha se cristalizó con la Constitución Política en 1998, que en su artículo 1º, en lo principal y en lo relacionado al sector indígena, determina que el Ecuador es un Estado social de derecho soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico; al incorporar estos dos últimos términos, la Carta Política de 1998 reconoce que efectivamente el Estado está constituido por una variedad de culturas y etnias, conquista de los pueblos indígenas que les permiten una vivencia de acuerdo a su realidad histórico-cultural.

La década de los noventa fue testigo de reformas constitucionales muy importantes en los países andinos; particularmente en Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994) y en el caso ecuatoriano, con la Constitución de 1998, se notan cambios fundamentales como son el reconocimiento del carácter pluricultural de la nación y el Estado, el reconocimiento de los pueblos indígenas y la ampliación de sus derechos, la oficialización de idiomas indígenas, la educación bilingüe, la protección del medio ambiente y el reconocimiento del derecho indígena o consuetudinario.

Junto con estas reformas de vital importancia para el desarrollo del pueblo indígena del Ecuador y otros países andinos, los Estados de la región y Ecuador

ratificaron el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes.

La Constitución de 1998, en el artículo 1º, establece: “el Estado respeta y estimula el desarrollo de todas las lenguas de los ecuatorianos. El castellano es el idioma oficial. El quechua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas en los términos que se fija en la ley [...]”.

Entre las conquistas de los pueblos indígenas hay una relacionada con sus lenguas propias, pues los ecuatorianos están obligados a respetar sus diferentes formas de comunicación locales o regionales, con lo que se ha incrementado el número de instituciones educativas bilingües que efectivamente respetan los idiomas ancestrales de los indígenas. La población indígena del Ecuador ha cristalizado un avance en las últimas décadas, organizándose en la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (Conaie), que ha luchado por las reivindicaciones de los indígenas ecuatorianos en el ámbito político, social, económico, cultural, entre otros, alcanzando a organizarse en un movimiento político denominado Pachakutik y logrando una aceptable votación a sus candidatos en las diferentes contiendas electorales en las que han participado; por ello actualmente tenemos diputados, prefectos, alcaldes, consejeros, concejales indígenas que trabajan en pro de los intereses de sus representados.

Hasta 1998 Ecuador era un Estado que reconocía al individuo como sujeto del derecho. A partir de este año, la Constitución Política da un giro de trascendental importancia en cuanto al reconocimiento de derechos a favor de los diversos pueblos indígenas; es así como reconoce a un sujeto distinto, que es el colectivo, como una entidad u organismo que tiene vida propia y que ha reivindicado derechos a lo largo de las últimas décadas, en aras de lograr un trato distinto del Estado.

El artículo 191, inciso 3º, sobre autoridades indígenas, establece el pluralismo jurídico en el Ecuador, lo que implica que en un mismo ámbito territorial conviven diferentes sistemas de derechos, que cambian históricamente, que pueden volver con el pasar del tiempo y que están presentes en las costumbres y en las normas sociales de los distintos pueblos que conforman el territorio nacional.

Con relación a la justicia indígena, la Constitución Política del Ecuador de 1998, en el inciso final del artículo 191, literalmente prescribía que “las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos, de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con la del sistema judicial nacional”.

De lo anterior se colige que la Carta Magna de 1998 fue la primera en el Ecuador en facultar a los pueblos indígenas a administrar justicia de conformidad con el derecho consuetudinario propio de sus comunidades. Ello está prescrito en el referido artículo 191, último inciso, y se perpetúa en la Constitución en vigencia.

La Constitución de 1998 fue la primera en dar un trato diferencial y a favor del sector indígena, con un reconocimiento real del derecho indígena y con ello de la justicia indígena, ratificado y ampliado en la Constitución del 2008. Se concreta en el reconocimiento de los pueblos indígenas para administrar su propia justicia fundamental para la construcción de la unidad nacional, basada en el respeto y ejercicio de derechos políticos, culturales, económicos y espirituales de los ecuatorianos, a fin de conservar la armonía, la paz y el equilibrio entre los miembros de la comunidad.

3.2. La justicia ordinaria e indígena dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano

La Constitución ecuatoriana del 2008 establece, en su primer artículo, que: “Ecuador es un Estado plurinacional e intercultural”. Aparentemente esta declaratoria representa un avance respecto a la Constitución de 1998, cuyo artículo 83 indicaba simplemente que los pueblos indígenas ecuatorianos se definían a sí mismos como nacionalidades, sin llegar a declarar al país como Estado plurinacional. En este contexto, nos parece importante subrayar que la justicia ordinaria y la indígena tienen competencias propias, legítimas y reconocidas por el Estado.

La Corte Nacional de Justicia consideró que era necesario propiciar una verdadera colaboración horizontal entre instituciones jurídicas para conectar las dos jurisdicciones, a partir de principios y prácticas de coexistencia y de convivencia entre estas dos concepciones diferentes de justicia y de derecho; por este motivo, se considera necesaria la codificación del derecho y la justicia indígena, que suponen una dimensión cultural, jurídica y política de un proceso político y social mucho más amplio y complejo, como lo es el Estado plurinacional. En materia de justicia indígena, consideramos que la Constitución de 2008 registra la misma ambivalencia.

No obstante, hay relativos avances, tales como el del artículo 171, en el que por iniciativa de las mujeres indígenas se consagra su derecho a la participación en los sistemas de justicia indígena; el artículo 189, que dispone que los jueces de paz no podrán prevalecer sobre la justicia indígena; o el 171, según el cual el

Estado garantizará que las decisiones de las autoridades indígenas sean respetadas por la justicia ordinaria.

La Constitución del 2008 (art. 57, num. 9º y art. 171) establece una fórmula estrecha e irreal de competencia de la justicia indígena exclusivamente dentro de los territorios de los pueblos y nacionalidades. Es una fórmula inadecuada porque hay áreas del Ecuador donde tal definición de territorio no es posible, y además porque en la práctica social la justicia indígena a veces se ejerce más respecto a las personas que al territorio.

Es de considerar que el tema de la justicia indígena es una novedad respecto a la Constitución de 1998, ya que tras la Constitución del 2008, y a diferencia de lo sucedido en el periodo posconstituyente de 1998, se ha dictado normativa secundaria sobre la justicia indígena. Tanto la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional como el Código Orgánico de la Función Judicial incluyen actualmente disposiciones sobre esta materia.

En esta línea, el artículo 171 de la Constitución del Ecuador consagra la práctica y aceptación de la justicia indígena. En tal sentido, el texto constitucional establece que “[...] las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial [...] el Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas [...]”.

De la lectura del texto constitucional surgen algunas inquietudes que son dignas de análisis, pues en él se indica que las autoridades indígenas ejercen función jurisdiccional con base en su derecho propio y en su ámbito territorial. Sin embargo, podría considerarse que con esto se violenta el principio de unidad consagrado en el artículo 1º de la Carta Política, donde se define que el Ecuador es un Estado plurinacional que brinda extremas libertades a sus demás nacionalidades. La contradicción radica en que la Constitución, tácitamente, está dando a sus nacionalidades una de las funciones elementales del Estado, como es la de administrar justicia con absoluta autonomía e intangibilidad.

En el artículo 344 del Código Orgánico de la Justicia se consagran los principios que rigen a la justicia indígena, los cuales deben ser respetados por las autoridades del derecho no indígena. Se señalan los principios de diversidad (tener en cuenta al derecho indígena y sus prácticas ancestrales), igualdad (la autoridad debe garantizar la comprensión de los principios indígenas, esto incluye nombramiento de peritos y traductores, de ser el caso), *non bis in idem* (lo actuado por la justicia indígena es inimpugnable por la justicia ordinaria, salvo control constitucional), jurisdicción indígena (en caso de duda prevalecerá la justicia

indígena) e interpretación intercultural (interpretación de los derechos de las comunidades en caso de conflicto).

No es una casualidad que la Constitución de Ecuador consagre simultáneamente la plurinacionalidad y la economía social y solidaria o plural. Estas formas de economía se caracterizan por la heterogeneidad de sectores (comunitario, privado, estatal, mixto) y al mismo tiempo por la articulación de estas diversas formas de organización económica en torno a principios distintos y hasta contrapuestos a los de la economía capitalista, como son la solidaridad, los derechos de la naturaleza, la valoración del trabajo sobre el capital y el *sumak kawsay*, tal y como refiere Zaffaroni (2011) en sus estudios.

4. EL DERECHO INDÍGENA DENTRO DE LA CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR

Como una forma de ruptura con el modelo neoliberal, la Asamblea Nacional de plenos poderes constituida en nuestro país expidió una nueva Constitución, que luego de ser sometida a referendo aprobatorio entró en vigor en octubre del 2008. Entre las novedades de esta Constitución está que se preocupa por el aspecto de la justicia y que proclama al Ecuador como un Estado de justicia, lo cual puede ser tomado en un sentido muy subjetivo y entenderse desde varios puntos de vista; sin embargo, al hablar de justicia en sentido estricto en la actual Constitución, el objetivo del Ejecutivo y la Asamblea Nacional es alcanzar que el Estado ecuatoriano haga respetar el principio de justicia, dictando la Asamblea leyes que se puedan considerar justas, tomando lo justo o injusto desde un punto de vista social, ya que no se pueden dictar leyes con similar aplicación a todos.

Ecuador es un Estado plurinacional, intercultural y con marcadas diferencias de orden étnico, económico y social; en este contexto, lo ideal sería que los órganos y autoridades encargados de administrar justicia lo hicieran con apego estricto a las leyes dictadas, y no como se ha dado en nuestro país, con actos de corrupción y aplicación de resoluciones y fallos a favor de ciertos grupos que han tenido el control económico y social del Ecuador. Esto ha dado como resultado el reconocimiento de la justicia indígena en la Constitución, que tiene como antecedente lo prescrito en la Constitución Política de 1998 sobre la administración de justicia indígena y que se fundamenta en el hecho de que los indígenas tienen un derecho no escrito, esto es en un derecho consuetudinario, mediante el cual administran justicia a través de sus propias autoridades.

En este punto, hay una discusión fundamental relacionada con el tema indígena que señala una suerte de ambivalencia: por un lado, la acción estatal y el contenido de la Constitución se consideran logros positivos, que buscan la

reivindicación del sector indígena garantizando el goce de varios derechos y estableciendo el trato diferente al sector indígena. Por otra parte, encontramos un aspecto negativo para el Ecuador, que atenta incluso contra el principio de igualdad ante la ley, pues si bien este principio manda y establece que todos los individuos del Estado tienen derecho a que la ley les trate por igual sin discriminación alguna, y si bien el reconocimiento de la forma de organización es una manera de reivindicar al sector indígena de la precariedad a la que ha estado sometida en diferentes aspectos, no es posible que a los miembros de esta población, en cuanto al aspecto jurisdiccional, se les sitúe en una posición aparte y puedan aplicar su propia justicia sin someterse a la justicia ordinaria, como si no fueran ciudadanos ecuatorianos. Con todas estas consideraciones a favor o en contra, el muy controversial tema de la justicia indígena está contemplado en la Constitución del 2008, en su capítulo cuarto, De la función judicial, en donde se incluye en la sección segunda a la justicia indígena; así, en su artículo 171 prescribe: “las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, ejercerán funciones jurisdiccionales, con base a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía [...] de participación y decisión de las mujeres”.

Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos que no sean contrarios a la Constitución ni a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

La justicia indígena se imparte con autoridades propias de cada comunidad, pueblo o nacionalidad, de manera gratuita, oral y en su propia lengua, con su propio procedimiento especial, con aplicación de normas propias del derecho consuetudinario, con base en los sistemas jurídicos propios de cada pueblo o comunidad; además, aplican sanciones de orden o carácter social, curativo, para permitir la reintegración y la rehabilitación instantánea del acusado, en busca de la restitución inmediata de la armonía y la paz comunal o colectiva, y los habitantes participan en la toma de sus decisiones y en el propio ajusticiamiento.

La justicia en los pueblos indígenas es concebida y practicada como un proceso participativo que involucra no solo a los afectados, sino a sus familias, las autoridades, los jóvenes y en general la comunidad. Las propias autoridades que administran justicia son generalmente elegidas en asambleas, y los procesos de la justicia indígena con frecuencia incluyen como máxima instancia a estas mismas asambleas. Por esta razón, la ampliación de procesos participativos,

como el caso del mayor empoderamiento de las mujeres indígenas, se traduce también en una mayor presencia de ellas en los órganos que administran justicia.

Si bien los indígenas piensan que al aplicar castigos a una persona esta se va a arrepentir, reconocer su error y no volver a repetirlo, por el contrario, lo que sucede es que el concepto de justicia indígena es mal entendido y se aplica sin el más mínimo respeto a principios consagrados en la misma Constitución y en tratados internacionales sobre derechos humanos, como el de la vida misma, integridad física de la persona, debido proceso, etcétera. Ello porque se tortura, de la manera más cruel y salvaje, a una presunta persona infractora, que se supone culpable pero que ni siquiera puede defenderse conforme a derecho, porque esta justicia indígena se aplica sin tener ningún fundamento legal y carece de normas escritas, es decir, contradice incluso el principio de seguridad jurídica de que “no hay pena sin ley”, pues tanto el delito como la sanción que le corresponde deben estar plenamente establecidos en la ley; además, en la justicia indígena estas sanciones son aplicadas por personas que no tienen el mínimo grado de preparación en materia de derecho como para administrar justicia.

Lo más grave de este asunto es que los indígenas interpretan a su manera lo que consta en la Constitución del 2008 sobre la justicia indígena, a pesar de que el hecho de ortigar, azotar, quemar, golpear, desnudar o bañar en agua fría a una persona es un atentado a los derechos humanos que no debe ser aceptado en una sociedad. Se han presentado casos de torturas, tratos crueles, que han llegado incluso al asesinato de personas acusadas, casos de ajusticiamiento que en el año 2009 pasaron de diez y que han ocurrido en diferentes provincias del país, como Chimborazo, Cotopaxi, Cañar, Manabí, Imbabura, generando el rechazo de varios sectores de la sociedad ecuatoriana, de manera especial de la Fiscalía General.

Con la implantación y reconocimiento de la justicia indígena en la Constitución del 2008, en la práctica se han visto resultados nefastos, dada la existencia de ajusticiamientos en varias comunidades del Ecuador que atentan contra los derechos humanos, violan principios básicos del derecho, como el derecho al debido proceso, a la defensa del acusado, a la igualdad ante la ley, entre otros. Ante esta problemática, una solución factible sería que se promulgara al menos una ley o un reglamento que evite actos de ajusticiamiento, que se han dado y de seguro se van a seguir dando en el país, o en definitiva, si es que con estas leyes o reglamentos no se pueden evitar estos ajusticiamientos, lo más natural sería que la justicia indígena, en materia de derechos humanos (y aún más derechos y obligaciones que tienen los indígenas), sepa a qué autoridad acudir y qué leyes debe respetar en la solución de sus conflictos, con el fin de recobrar la confianza de todos los funcionarios y del sistema de justicia ordinario del Ecuador.

También el carácter ritual, pedagógico y restaurativo de estos sistemas de justicia implica la participación comunitaria. De hecho, los problemas más graves son juzgados por la asamblea en un proceso deliberativo que puede durar varios días y que tiene como antecedentes las investigaciones y declaraciones previas de los involucrados.

Por estas razones, la justicia indígena puede ser vista como parte del proceso de reconstitución y organización de la autonomía de los pueblos indígenas, que a su vez constituye la expresión y base política de su identidad. Entre los aspectos relevantes reconocidos en la Constitución se destaca la normatividad, al referirse a las normas y a los procedimientos, las costumbres o directamente al derecho consuetudinario. El reconocimiento del derecho incluye no solo las normas actualmente vigentes de los pueblos indígenas, sino también su potestad normativa específica, su competencia para producir normas (crearlas, modificarlas) a fin de regular su vida social y organizar el orden público interno.

La institucionalidad es otro aspecto que deben reconocer las diferentes autoridades indígenas, desde sus sistemas institucionales hasta los diferentes procesos de constitución o designación de autoridades. Por su parte, la jurisdicción reconoce funciones jurisdiccionales, de justicia o administración de aplicación de normas propias, es decir, se reconoce a los pueblos y comunidades indígenas la vigencia plena de un sistema legal o derecho con sus propias normas, autoridades y procedimientos.

4.1. El reconocimiento del pluralismo jurídico dentro de la Constitución ecuatoriana

El pluralismo jurídico y la justicia intercultural son prácticas jurídicas garantizadas por la actual Constitución y a cuyo cargo están los jueces de la República y las autoridades indígenas. En ese sentido, cabe definir qué se concibe como pluralismo jurídico, para lo cual resulta pertinente vincular la definición del Ecuador como Estado plurinacional con el reconocimiento de varios grupos humanos culturalmente diferentes coexistentes en el territorio nacional, sujetos a distintos ordenamientos (sistemas) jurídicos, pero subordinados todos a la misma organización política denominada Estado y sujetos a la misma normativa constitucional.

El pluralismo jurídico es la coexistencia de varios sistemas jurídicos, cada uno de ellos con sus propias instituciones, normas, principios y valores de carácter ancestral y consuetudinario, que rigen la conducta o el comportamiento de

los miembros de la comunidad entre sí, de todos y cada uno con la comunidad y que sirven para resolver los conflictos que amenazan su supervivencia o su seguridad. Por pluralismo jurídico también se entiende la posibilidad de que en un mismo momento coexistan varios sistemas jurídicos, lo que supone un pluralismo de sistema y no una pluralidad de mecanismos o de normas jurídicas. Una concepción pluralista del derecho admite la coexistencia de una pluralidad de sistemas jurídicos de la misma naturaleza, particularmente de sistemas jurídicos estatales.

Una concepción pluralista del derecho también admite la coexistencia de una pluralidad de sistemas de naturaleza diferente, tales como los sistemas supranacionales (orden jurídico internacional), los sistemas jurídicos infraestatales (órdenes jurídicos corporativos) o sistemas jurídicos transnacionales o desterritorializados. La implementación del Estado plurinacional implica una nueva forma de entender y construir el Estado, reconociendo los gobiernos propios de las naciones, nacionalidades, pueblos, comunidades y comunas, lo cual supone una oportunidad de construir una nueva dinámica de convivencia intercultural, en diversidad y armonía, para así consolidar la unidad nacional en la diversidad.

Algunos antecedentes del pluralismo jurídico se remontan a principios del siglo pasado; así, Eugen Ehrlich (2002) fue el primero en hablar de un derecho viviente y de la posibilidad de una pluralidad de sistemas jurídicos. Señala que el eje del derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica o en la jurisprudencia, sino en la sociedad misma, puesto que el derecho es un orden interno de las relaciones sociales, tales como la familia, las corporaciones, entre otras instituciones.

El Estado moderno fue formado por la eliminación y la absorción de los órdenes jurídicos superiores e inferiores y por la monopolización de la producción jurídica. Ehrlich considera que existen sistemas que, precisamente porque no son reconocidos por el Estado, no están en la posibilidad de asegurarse en la práctica una eficacia completa. Sin embargo, el derecho estatal, en la medida en que desconoce e ignora estos sistemas, termina por sufrir también un cierto grado de ineficacia.

Gurvitch (1932) señaló que el monismo jurídico corresponde a una situación política contingente: la creación de los grandes Estados modernos en entre los siglos XV y XIX, y que la ley del Estado no es la única ni la principal fuente del derecho. El principal pluralismo jurídico encuentra su justificación y fundamento en la teoría de los hechos normativos, es decir, en la teoría que ubica el poder jurídico en todas las comunidades, que en un solo y mismo acto generan

el derecho y fundan su existencia sobre el derecho, comunidades que, en otros términos, crean su ser generando el derecho que le sirve de fundamento.

Para Carbonnier (1994) no existe el pluralismo jurídico, sino más bien fenómenos de pluralismo jurídico, fenómenos múltiples, salientes de categorías diversas y concurrencias del derecho estatal. Los fenómenos de pluralismo jurídico pueden ser colectivos o individuales, de concurrencia o de recurrencia, categóricos o difusos. También considera que el pluralismo se podría encontrar más allá de los hechos, si en lugar de confrontar las reglas se confrontan diferentes maneras de aplicarlas.

Para Arnaud (1981), la hipótesis de pluralismo jurídico solo tiene sentido cuando los fenómenos que constituyen un conjunto de reglas contrarias no son considerados por el sistema jurídico ni integrados a él. No obstante, se plantea si esas reglas contrarias merecen la calificación de “derecho”. Más bien, las califica como infrajurídicas.

Boaventura de Sousa Santos (1998) refirió que cuando se habla de pluralismo jurídico cultural se hace referencia a un discurso jurídico que es el reflejo de una cultura determinada; por ejemplo, la cultura occidental tiene un discurso jurídico producto de su cultura. Se trata solo de un discurso jurídico de entre tantos existentes, si bien es cierto que es dominante y hegemónico. Esto lo podemos apreciar desde Turquía hasta las comunidades indígenas latinoamericana.

Bobbio (1986) señala que el pluralismo jurídico ha recorrido dos fases: la primera corresponde al nacimiento y desarrollo del historicismo jurídico, donde existe no solo uno, sino muchos ordenamientos nacionales, porque existen muchas naciones que tienden a desarrollar cada una su ordenamiento estatal propio. Esta fase comporta cierto carácter estatista. En cuanto a la segunda fase, le corresponde a la etapa institucional, que parte del supuesto de que existe un sistema jurídico donde quiera que haya una institución, es decir un grupo social organizado.

Consideramos que el pluralismo jurídico desafía el paradigma de la ciencia jurídica tradicional, que ya no es apto para dar cuenta de las muy diversas maneras en que se ejerce el poder en estos tiempos, que algunos ven como posmodernidad y otros como una etapa final del capitalismo. La implementación del Estado plurinacional exige compartir las diversas culturas, conocimientos, sabidurías o cosmovisiones, bajo el principio de respeto y tolerancia en equidad e igualdad de condiciones, es decir, una relación de interculturalidad.

4.2. El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas frente al pluralismo jurídico en el Ecuador

La conceptualización de la igualdad ha tenido una carga colonizadora en cuanto ha servido para la homogeneización, de modo que es necesario descolonizar y resignificar los conceptos desde la diversidad de saberes y ciencias de los grupos que han sido condenados históricamente a las máximas desigualdades.

Es una realidad que los pueblos indígenas del Ecuador continúan entre los grupos sociales más afectados por la inequidad social, la pobreza económica y la exclusión. Desde la Colonia, el indígena ecuatoriano ha sido considerado como un ente pasivo, con falta de entusiasmo y de coraje; muchos antropólogos e historiadores se han referido a nuestros pueblos indígenas como miserables poblaciones embrutecidas por siglos de sumisión y esclavitud. En vista del reconocimiento del derecho a la aplicación de las costumbres y tradiciones para la solución de conflictos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el Estado regula esta aplicación y obliga a la función judicial ordinaria a respetar y a colaborar con la justicia o derecho indígena.

La Constitución de la República del Ecuador, vigente desde el 2008, señala en su capítulo cuarto los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades, y en su artículo 56 manifiesta que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible; por lo tanto, todas las personas que son parte del Estado ecuatoriano deben respetar a estas colectividades.

Por su parte, el artículo 57 señala que el Estado reconocerá y garantizará los derechos colectivos a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, motivo por el cual la Carta Magna establece su derecho a “no ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural”.

La Constitución manifiesta en su artículo 1º, numeral 1º, que el ejercicio de los derechos se regirá por principios, dentro de los cuales se encuentran los siguientes: los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; autoridades que garantizarán su cumplimiento. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud,

portar VIH, discapacidad, diferencia física, ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

En el Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial suplemento 554 del 2009, en concordancia con la Constitución y con los tratados internacionales, determina en el artículo 7º: “las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley”.

Respecto a los jueces de paz, el artículo 253 es claro al señalar que la justicia de paz no prevalecerá sobre la justicia indígena. El ámbito de la justicia indígena será dentro de sus territorios, según el artículo 343. Por su parte, los principios de la justicia intercultural se encuentran reconocidos en el artículo 374, el mismo que establece que la actuación y decisiones de los jueces, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y funcionarios públicos, se guiará por los siguientes principios:

- **Diversidad.** Deben tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural.
- **Igualdad.** La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.
- **Non bis in idem.** Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces de la función judicial ni por autoridad administrativa alguna, de ninguna manera, sin perjuicio del control constitucional.
- **Pro jurisdicción indígena.** En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible.
- **Interpretación intercultural.** En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio.

En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Por su parte, en el artículo 176 del Código Orgánico Integral Penal, manifiesta que:

La persona que salvo los casos previstos como políticas de acción afirmativa propague, practique o incite a toda distinción, restricción, exclusión o preferencia en razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad o estado de salud con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Si la infracción puntualizada en este artículo es ordenada o ejecutada por las o los servidores públicos, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Consideramos que la formación en justicia indígena es una necesidad del pueblo ecuatoriano, proceso en el que la pedagogía social juega un rol necesario como herramienta para aplicar y utilizar, toda vez que contiene los argumentos suficientes como para organizar un proceso masivo, de manera que se concienticen los derechos de los pueblos indígenas en sus miembros y en toda la población. En la Asamblea Constituyente se habían aprobado los derechos de la naturaleza, traduciéndola como Pachamama, y al *sumak kawsay* como objetivo a alcanzar del “régimen de desarrollo”, entendido como el buen vivir. Esas traducciones tienen que ser desarrolladas en diálogo con las concepciones de los pueblos indígenas para que no se produzca una nueva forma de invisibilización.

5. EL DERECHO INDÍGENA Y LA PEDAGOGÍA SOCIAL COMO VÍAS PARA LA DIFUSIÓN DE LOS DERECHOS CIUDADANOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN DE ECUADOR

Al abordar la pedagogía social debemos advertir que es una ciencia y una práctica social y educativa (no formal) que fundamenta, justifica y comprende la normatividad más adecuada para la prevención, ayuda y reinserción de quienes pueden o padecen, a lo largo de toda su vida, deficiencias en la socialización o en la satisfacción de necesidades básicas amparadas por los derechos humanos.

La pedagogía social es muy moderna como teoría o disciplina científica, pues surgió a fines del siglo XIX con la obra de Natorp, siendo de carácter estrictamente filosófico. En el desarrollo histórico de la pedagogía social cabe establecer así una estrecha separación entre los precursores o antecesores en la pedagogía clásica y sus fundadores o creadores teóricos en la pedagogía moderna.

Su objeto material es el propio de la pedagogía general: la educación del ser humano, que es la realización práctica de una posibilidad previa, la educabilidad. El objeto formal es el estudio de la fundamentación, justificación y comprensión de la intervención pedagógica en los servicios sociales, mediante los cuales se cumplen las funciones básicas de la pedagogía social: prevención, ayuda y reinserción o resocialización.

Su relación con la ciencia del derecho es porque ambas estudian las condiciones materiales y jurídicas de la sociedad, que influyen sobre la educación determinando sus límites y posibilidades en la realidad. En este contexto, los medios actuales de difusión masiva devienen en una importante herramienta para lograr tal propósito, es así como se pueden montar programas de radio y televisión con el fin de difundir la cultura y los derechos de los pueblos indígenas, también se pueden utilizar internet, Facebook, Twitter, correos electrónicos, páginas web y otras variantes orientadas a resolver las problemáticas asociadas a este tema.

Otro de los impactos es con la aplicación de la jurimetría, que se comprende como la medición de los diferentes aspectos del funcionamiento de los sistemas de administración de justicia, al abordar la perspectiva legal, económica y estadística del desempeño de los sistemas de administración de justicia en América Latina.

Consideramos que su adecuada difusión hará que sus resultados en la población sean óptimos. Hay que tener en cuenta la evolución de las TIC en este siglo XXI, pues en cada momento se generan nuevos cambios y avances. También debemos soslayar que en este siglo aún no se puede predecir cuál podrá ser el futuro y aplicación que tendrán las infotecnologías a través del *learning*, hasta dónde llegarán, cuáles serán sus límites, lo que sí es verdad y realidad es que conocerlas como herramientas y poderlas aplicar sigue siendo un reto para la sociedad, un derecho humano, toda vez que no todos los ciudadanos en el mundo tienen aún acceso pleno a ellas.

Las principales reivindicaciones de los pueblos indígenas son la plurinacionalidad, la interculturalidad, los derechos de la Pachamama, el *sumak kawsay* y que los derechos colectivos de los colectivos indígenas fueron constitucionalizados, paradójicamente, sin mucha participación de los pueblos indígenas. Pero esa constitucionalización no se materializa en la práctica. También hay

una ausencia de la teorización para viabilizar esas reivindicaciones desde el movimiento indígena, lo que deja campo abierto para que lo hagan desde fuera a partir de las ópticas de “desarrollo”, del capitalista, posextractivismo, como está sucediendo con el *sumak kawsay*.

Un ejemplo de ello es la iniciativa ITT, que nació condicionada al aporte externo y la expansión de la minería que está anunciada en las estrategias planteadas por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (Senplades) para “llegar” al *sumak kawsay*. El movimiento indígena se enfrenta a una permanente deslegitimación y debilitamiento desde adentro y desde fuera, así como el Estado, los partidos políticos, incluyendo a Pachakutik, y los intereses internacionales, de manera especial del gobierno de Estados Unidos. Estos a veces actúan articuladamente y otras veces instrumentalizando unos a otros.

El buen vivir, en tanto propuesta de cambio civilizatorio, es una alternativa al desarrollo que no se queda en una simple crítica, lo cual podría desembocar en una nueva alternativa de desarrollo. El buen vivir no solo critica el desarrollo, lo combate, pues quien critica al desarrollo —lo hemos visto a lo largo de las últimas décadas— concluye regularmente por proponer otros desarrollos, que no cuestionan su esencia.

Silva (2010) señaló que “la idea de desarrollo es ya una ruina en nuestro paisaje intelectual, pero su sombra [...] oscurece aún nuestra visión” (p. 4). El buen vivir, al menos conceptualmente, se perfila como una opción radicalmente distinta a todas las ideas de desarrollo. Incluso disuelve el concepto del progreso en su versión productivista. Por tanto, el buen vivir sintetiza una oportunidad para construir otra sociedad sustentada en la convivencia del ser humano en diversidad y armonía con la naturaleza, a partir del reconocimiento de los diversos valores culturales existentes en cada país y en el mundo. En el centro de la atención de esta propuesta con proyección incluso global está un gran paso revolucionario que nos conmina a transitar de visones antropocéntricas a visiones socio-biocéntricas, con las consiguientes consecuencias políticas, económicas y sociales.

Un elemento básico del buen vivir radica en asumir a la naturaleza como sujeto de derechos, tal como dispone la Constitución de Montecristi. En la Asamblea Constituyente de Montecristi, en el año 2008, al reconocer los derechos de la naturaleza y sumar a esto el derecho a ser restaurada cuando ha sido destruida, se estableció un hito mundial. De igual trascendencia fue la incorporación del término Pachamama, como sinónimo de naturaleza, en tanto reconocimiento de plurinacionalidad e interculturalidad.

La liberación de la naturaleza de esta condición de sujeto sin derechos o de simple objeto de propiedad, exigió y exige, entonces, un trabajo político que la reconozca como sujeto de derechos. Un esfuerzo que debe englobar a todos los seres vivos (y a la Tierra misma), independientemente de si tienen o no utilidad para los seres humanos. Este aspecto es fundamental si aceptamos que todos los seres vivos tienen el mismo valor ontológico, lo que no implica que todos sean idénticos.

Dotar de derechos a la naturaleza significa, entonces, alentar políticamente su paso de objeto a sujeto, como parte de un proceso centenario de ampliación de los sujetos del derecho, como recordaba ya en 1988 Leimbacher. Lo central de los derechos de la naturaleza es rescatar el derecho a la existencia de los propios seres humanos (y por cierto de todos los seres vivos). Este es un punto medular de los derechos de la naturaleza, destacando una relación estructural y complementaria con los derechos humanos.

De todas maneras, insistimos hasta el cansancio que el ser humano no puede vivir al margen de la naturaleza. Por lo tanto, garantizar su sustentabilidad es indispensable para asegurar la vida del ser humano en el planeta. Más allá de que la naturaleza forma parte activa de la cosmovisión indígena, en la que los seres humanos están inmersos en ella, la idea de dotar de derechos a la naturaleza tiene antecedentes incluso en el mundo occidental.

Hay razones científicas que consideran a la Tierra como un superorganismo vivo. James Lovelock, Lynn Margulis, Elisabet Sahtouris y José Lutzenberger, entre otros, caracterizaron a este superorganismo vivo como Gaia, uno de los nombres de la mitología griega para definir la vitalidad de la Tierra. Este superorganismo extremadamente complejo requiere de cuidados y debe ser fortalecido, es sujeto de dignidad y portador de derechos, porque todo lo que vive tiene un valor intrínseco, tenga o no uso humano. Incluso hay razones cosmológicas que asumen a la Tierra y a la vida como momentos del vasto proceso de evolución del universo. La vida humana es, entonces, un momento de esta vida, que para existir y reproducirse necesita de todas las precondiciones que le permitan subsistir.

CONCLUSIONES

Los pueblos indígenas del Ecuador continúan entre los grupos sociales más afectados por la inequidad social, la pobreza económica y la exclusión social. El Estado ecuatoriano exige el cumplimiento de esta garantía básica constitucional con relación a las comunidades indígenas, de que nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia.

La previsión constitucional es que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial. Por ello le corresponderá al Estado garantizar la protección a través de instrumentos internacionales de los derechos de los pueblos indígenas, especialmente de sus costumbres, tradiciones y leyes consuetudinarias dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Los derechos concedidos a la naturaleza constituyen un hito desde la ciencia del derecho, y en particular del derecho constitucional, y países como Ecuador y Bolivia constituyen referentes en América Latina en lo que se ha denominado el constitucionalismo verde, al trasladar los saberes ancestrales e impregnarlos con la regulación del bien público ambiental en la mayoría de los textos constitucionales de la región, con el fin alcanzar el desarrollo sostenible.

La pedagogía social deviene en condición para lograr una formación en justicia indígena en el contexto del pluralismo jurídico; se permitirá con ello construir una cultura cívica adecuada en la población indígena, para lo cual podrán utilizarse las aplicaciones que hoy las TIC aportan como una de las vías para fortalecer la administración pública y la gestión de los servidores públicos.

REFERENCIAS

- Acosta, R. (2012). Ecuador: del extractivismo al neo-extractivismo. *Revista de Información y Debate*, 50, 23-27.
- Antunes, P. De Besa (2014). *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Editorial Lumen Juris.
- Arnaud, A. J. (1981). *Critique de la raison juridique*. París: Ed. Pichon & Durand-Auzias.
- Ávila Ordóñez, M. P. (2013). El derecho penal indígena: entre la diversidad y los derechos humanos. *American University International Law Review*, 28(4), 943-974.
- Bárceñas, F. L. (2006). Autonomías indígenas en América: De la demanda de reconocimiento a su construcción. En: Berraondo López, M. (coord.). *Pueblos indígenas y derechos humanos* (pp. 423-450). Bilbao: Universidad de Deusto.

- Bellorio Clabot, D. L. (2014). *Tratado de derecho ambiental*. Tomo III. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- Brañes Ballesteros, R. (1994). *Manual de derecho ambiental mexicano*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1986). Democracia y pluralismo. *Revista de Ciencia Política*, 1, 30-47.
- Cafferatta, N. A. (2014). Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial*, 17 de noviembre de 2014, 273.
- Caferrata, N. (2013). *Análisis del marco regulatorio en los países de América Latina y el Caribe. Economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y erradicación de la pobreza*. Ciudad de Panamá: PNUMA.
- Carbonnier, J. (1994). *Sociologie juridique*. París: PUF, Coll. Quadrige.
- Ehrlich, E. (2002). *Los principios fundamentales de la sociología del derecho*. New Brunswick: Transaction Publishers.
- Garzón López, P. (2012). Pluralismo jurídico y derecho alternativo: dos modelos de análisis. *Vniversitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 16, 215-244.
- Gómez Suárez, A. (2002). Estructura de oportunidad política de los movimientos indígenas latinoamericanos. *Alteridades*, 12(23), 109-123.
- Gudynas, E. (2009). *Diez tesis urgentes sobre el nuevo extractivismo. Contextos y demandas bajo el progresismo sudamericano actual*. Montevideo: Centro Latinoamericano de Ecología Social.
- Gurvitch, G. (1932). *L'idée du droit social notion et système du droit social: histoire doctrinale depuis le Xviiè siècle jusqu'à la fin du Xixe siècle*. Chicago: The University of Chicago Press Books.
- Lorenzetti, R. L. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación*. Comentado. Tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Matteucci, N. (1997). Constitucionalismo. En: Bobbio, N. et ál. (eds.). *Diccionario de política* (pp. 335-348). México DF: Siglo XXI.

- Martínez, J. C. (2004). *Derechos indígenas en los juzgados: un análisis del campo judicial oaxaqueño en la región mixe*. México DF: Instituto Estatal de Educación Pública de Oaxaca.
- Rinaldi, G. (2013). *Estudios sobre el desarrollo del derecho ambiental latinoamericano y caribeño*. Ciudad de Panamá: PNUMA-ONU.
- Sánchez Botero, E. (1998). *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Santos, B. de Sousa (1998). *La globalización del derecho los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Santos, B. de Sousa & Grijalva Jiménez, A. (2012). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Editorial Abya Yala, Fundación Rosa Luxemburg.
- Silva, J. de Souza (2010). *Hacia el día después del desarrollo: descolonizar la comunicación y la educación para construir comunidades felices con modos de vida sostenibles*. (Mimeo). Paraíba: ALER.
- Villavella Armengol, C. M. (2011). Los derechos humanos y el medio ambiente su tratamiento en el derecho constitucional comparado. *Revista Electrónica de Estudios Jurídicos CUBALEX*, 25, 15-25.
- Yrigoyen Fajardo, R. (2003). Fundamentos jurídicos para una justicia multilingüe en Guatemala. *El derecho a la lengua de los pueblos indígenas* (pp. 73-96). México DF: Universidad Autónoma de México.
- Zaffaroni, E. (2011). *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Editorial Madres de la Plaza de Mayo.

La Constitución de 1991: hacia un proyecto democrático deliberativo

The Constitution of 1991: a deliberative democratic project

*Óscar Mejía Quintana**

*Ivonne Patricia León***

Fecha de recepción: 14 de mayo de 2016

Fecha de aceptación: 20 de marzo de 2017

RESUMEN

La Constitución de 1991 no consiguió realizar, en la práctica, el principal anhelo por el que fue convocada: el logro de la paz y, a través de esto, la garantía de la vida de los colombianos y la instauración de una auténtica y eficaz cultura democrática. Es en este marco que consideramos la Constitución de 1991 como un proyecto inacabado, en el que se debe concretar, en primer lugar, un ideal regulativo de consenso político para la superación del conflicto y, en segundo, un consenso constitucional que ambiente la consolidación de un proyecto societal común, el cual debe ser asumido por una instancia de razón pública deliberativa.

Palabras clave: constitucionalismo; democracia; deliberación; Constitución; consenso político.

ABSTRACT

The Constitution of 1991 was not able to accomplish his main goal, the one that was the reason of his creation, the obtaining of the peace, and in this path, the guarantee of the Colombian people life and the set-up of an authentic and effective democratic culture. In this scenario, in which we consider the Constitution of 1991 as an unfinished project, where must be specified a regulation ideal of political consensus, in order to be able to overcome the conflict, and also, it is needed a constitutional consensus

* Profesor titular (generación 125 años) de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, con tenencia del cargo. Filósofo (Universidad Nacional), magíster en Filosofía Moral y doctorado en Filosofía Política (Pacific W. University, Los Ángeles). Adelantó un segundo doctorado en Filosofía del Derecho en el Departamento de Filosofía de la Universidad Nacional bajo la dirección del profesor Guillermo Hoyos. Director del grupo Cultura Jurídico-Política, Instituciones y Globalización. Correo electrónico: omejiaq@unal.edu.co

** Docente de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho y Política de la misma Universidad. Miembro del grupo Cultura Jurídico-Política, Instituciones y Globalización. Correo electrónico: ipleonp@unal.edu.co

that allow the consolidation of a common societal project, that must be taken by a process of deliberative public reason.

Keywords: constitutionalism; democracy; deliberation; Constitution; political consensus.

INTRODUCCIÓN

La transición de la década de los ochenta a los noventa, no sin razones, es considerado uno de los periodos más convulsionados en la historia del país (Bushnell, 2007; López y García, 2011), motivo por el cual la Carta Política del 91 se ha interpretado como un modelo de consenso constitucional y un instrumento para la reconciliación. Un día después de la expedición del Decreto 1926, que convocó la celebración de la Asamblea Constitucional, el diario *El Espectador* titulaba en la primera página: “La Constituyente, instrumento para la reconciliación” (en Hernández, 2013, p. 52).

La exclusión política del Frente Nacional, la toma, retoma e incendio del Palacio de Justicia en 1985, los magnicidios de Rodrigo Lara Bonilla en 1984, de Luis Carlos Galán en 1989 y de Bernardo Jaramillo Ossa y Carlos Pizarro Leongómez en 1990, el recrudecimiento de la violencia del narcotráfico, el proceso de paz con los grupos armados M-19, Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT), Ejército Popular de Liberación (EPL) y Quintín Lame y el fortalecimiento del paramilitarismo, fueron algunos de los hechos que marcaron el origen del movimiento conocido como “séptima papeleta”, que pedía convocar una Asamblea Nacional Constituyente y que determinó el origen de la Constitución de 1991.

La idea sustancial que animó el proceso, desde el momento mismo en que la Corte Suprema de Justicia avaló la convocatoria hasta que la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) inició sus deliberaciones, fue la de crear un ordenamiento institucional que concretara un modelo de democracia participativa donde los sujetos colectivos marginados del manejo del Estado y la sociedad encontraran por fin los medios institucionales para hacerlo (Dugas, 1993). Este paso de un régimen restringido y bloqueado a un régimen más democrático y plenamente competitivo caracteriza la etapa inicial del proceso, una etapa determinada por una lógica del consenso, en la que la ANC concilia las diversas fuerzas y posiciones políticas a su interior (Hernández, 2013).

El proyecto social-democrático de modernidad política que se adelantó con la Constitución de 1991 fue, entonces, el resultado de un intento de ampliación incluyente del ordenamiento jurídico-político colombiano por medio de un esquema de democracia participativa que propiciara la vinculación política de nuevos sectores sociales y de un esquema constitucional de protección y garantías a los derechos fundamentales. En la Carta Constitucional del 91 se consagraron el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria de mandato como nuevos mecanismos de participación, y con el Estado social de derecho se instauraron el derecho a la vida, el *habeas corpus*, la libertad de conciencia, la libertad de culto y la acción tutela.

Sin embargo, por tratarse de un acuerdo de mayorías, la Constitución del 91 nunca fue refrendada democráticamente por la ciudadanía y, por tanto, sigue siendo un proceso no cerrado. El divorcio entre instituciones y eticidades en Colombia ha sido una constante histórica; si bien es cierto que no se puede exigir a los legisladores una visión prospectiva inequívoca sobre las consecuencias del texto constitucional, la Constitución de 1991 pronto evidenció la distancia entre sus propósitos y su impacto real.

La lógica de la negociación a puertas cerradas que se dio entre las fuerzas mayoritarias de la Asamblea evidencia cómo los representantes de los indígenas, los cristianos, la Unión Patriótica y los exguerrilleros fueron marginados de la discusión y expoliados de su capacidad decisoria. Así, aunque los grupos minoritarios eventualmente pudieron estar de acuerdo con algunos puntos propuestos por las mayorías, no resulta correcto afirmar que las decisiones de la Constituyente sean fruto del consenso.

El resultado ha sido que en materia de libertades públicas, derechos humanos y democracia social, la de 1991 es aún una Constitución formal; la política colombiana continúa caracterizándose por la preeminencia política elitista de escasa sensibilidad social y pervive la crisis de legitimidad de las instituciones estatales, percibidas por los sectores subordinados pero mayoritarios de la sociedad como poco confiables por su parcialidad y por albergar prácticas ajenas al interés común, como el personalismo y el clientelismo.

Frente a este panorama, la idea de razón pública tiene una proyección inmediata, que es la de deliberación pública y legitimación constitucional. Por lo menos así lo sugiere Rawls en *Political Liberalism (Liberalismo político)* (1993) y posteriormente en “The idea of public reason revisited” (“Una revisión de la idea de razón pública”) (2001 [1997]). Pero quien desarrolló la noción fue Jürgen Habermas, con su propuesta del patriotismo constitucional como única forma de vinculatoriedad intersubjetiva en las sociedades complejas contemporáneas (siendo Colombia, especialmente, una de ellas). Esto nos remite a la discusión sobre la posibilidad de sustentar ese patriotismo constitucional cuando no hay —ni tiene que haber— un *ethos* hegemónico que pueda respaldarlo.

En este sentido, frente a la noción de *patria* fundada en sentimientos que mimetizan posturas tradicional-carismáticas, el concepto de patriotismo constitucional es la única forma de vinculatoriedad política en sociedades complejas o en conflicto. Esto se articula con la figura de opinión pública militante, de Habermas y Fraser, que ha tenido desarrollos claves para precisar el papel crítico que puede asumir en contextos internos, catalizando procesos de defensa democrática de la Constitución, lo cual se relaciona con la posibilidad de un cosmopolitismo

contestatorio que vehiculice procesos de opinión pública como un mecanismo de defensa constitucional frente a imposiciones autoritarias locales.

En toda esta discusión gravita el papel que juega la filosofía práctica (moral, política y del derecho) en los procesos de deliberación pública. Es Rawls quien mejor se acerca de manera explícita al papel social que, en general, tiene que desempeñar una filosofía práctica. En efecto, en uno de sus últimos libros — *Justicia como equidad: una reformulación* (Rawls, 2002)—, que constituye una indicadora revisión del conjunto de su obra, Rawls destaca, específicamente, el rol que la filosofía política tiene en las sociedades contemporáneas y la evidente influencia tanto de Hegel como de Marx, que define la pauta para el conjunto de la filosofía práctica.

Según lo anteriormente expuesto, el presente artículo reconstruirá el diseño rawlsiano del consenso entrecruzado y la razón pública, que permite comprender la mediación constitucional entre política y derecho en el marco de un modelo de democracia deliberativa, con el propósito de evidenciar que la fundamentación de vinculatoriedad intersubjetiva y proyección social solo puede ser proporcionada por la noción de eticidad democrática y patriotismo constitucional, tal como Habermas lo propusiera.

De esta forma, se evidenciará que el fracaso del consenso constitucional perseguido por la Constitución de 1991 no puede ser endilgado al conflicto armado que pretendía superar, sino que responde a un proceso constituyente excluyente, a las dificultades para lograr consensos en una sociedad altamente fragmentada, a la crisis de legitimidad derivada del incumplimiento de las promesas hechas en la Carta del 91 y a la carencia de una cultura cívica que, fundada en el respeto del otro como igual deliberante, promueva las bases de la solidaridad y la participación democrática¹.

1. LA FILOSOFÍA PRÁCTICA DE RAWLS: MARCO PARA UN PROCESO DE DELIBERACIÓN PÚBLICA

En *Justicia como equidad: una reformulación*, Rawls (2002) plantea cuatro problemas a los que, desde su perspectiva, deben hacer frente las sociedades y que constituyen los cuatro papeles básicos que ha de cumplir la filosofía política en la actualidad. En primer lugar, siempre en el marco de una cultura política pública, la filosofía política tiene un papel práctico, en el sentido de definir los términos del conflicto político y presentar alternativas de solución. Este rol es

1 Las conclusiones, así como parte de las reflexiones recogidas en este artículo, desarrollan y sistematizan algunos de los aportes más significativos de las investigaciones sobre la Constitución de 1991 llevadas a cabo por Óscar Mejía Quintana en buena parte de su obra.

apremiante por la presencia latente del conflicto en las sociedades actuales y por la necesidad de lograr alternativas plausibles que garanticen el requerimiento social por la estabilidad: “una de las tareas de la filosofía política —su papel práctico, por así decir— es fijar la atención en las cuestiones profundamente disputadas y ver si, pese a las apariencias, puede descubrirse alguna base subyacente de acuerdo filosófico y moral” (Rawls, 2002, p. 23).

La filosofía política tiene que orientarse a detectar y precisar, al interior de la sociedad, conflictos que generalmente subyacen a los acuerdos de mayorías y que mantienen tensiones con las minorías desfavorecidas. Una vez identificados, la filosofía política debe entrar a analizar su origen y encontrar una base que permita concretar las condiciones de posibilidad de un acuerdo político que garantice la cooperación y el respeto mutuo al interior del entramado social. Rawls reconoce que definir esta base común no resulta una tarea fácil, por lo que la filosofía política debe, en la mayoría de los casos, contentarse con la tarea más modesta de delimitar el campo de divergencia y plantear los horizontes de un mínimo posible para generar un consenso político que esté en condiciones de garantizar la estabilidad social.

De ahí que, en segundo lugar, la filosofía política tenga un papel de orientación frente al conflicto político, lo que implica la evaluación pública de las condiciones objetivas y subjetivas de este. Ello supone valorar no solo los actores del conflicto (que es lo que por lo general se hace) sino también el papel que han jugado las instituciones en la dinámica de este, dado no se propicia solo por los actores en disputa sino por el rol regulador que las instituciones han jugado o no en el conflicto social. En esta etapa, el desarrollo de la filosofía política, como un ejercicio de la razón, debe cumplir con la tarea de determinar “[...] los principios que sirven para identificar esas diversas clases de fines razonables y racionales, y mostrando de qué modo son congruentes esos fines con una concepción bien articulada de sociedad justa y razonable” (Rawls, 2002, p. 25). Ello como intermediación necesaria para lograr la meta primordial: “contribuir al modo en que un pueblo considera globalmente sus instituciones políticas y sociales, y sus objetivos y propósitos básicos como sociedad con historia —como nación— [...]” (Rawls, 2002, p. 24).

En tercer lugar, Rawls plantea el papel de reconciliación, no solo de los actores entre sí, sino también de estos con las instituciones, en la medida en que la filosofía política nos revela el papel histórico y social que estas han jugado y de qué manera les subyace una racionalidad que puede ser reencauzada en favor de todas las formas de vida que las componen. Las sociedades contemporáneas, en tanto sociedades complejas, no están constituidas por una comunidad homogénea. Se caracterizan por un *pluralismo razonable*, es decir, una pluralidad de visiones omnicomprendivas enraizadas en “el hecho de las diferencias pro-

fundas e irreconciliables en las concepciones del mundo de los ciudadanos, en esas razonables concepciones religiosas y filosóficas comprehensivas, y en sus visiones de los valores morales y estéticos que deben primar en la vida humana” (Rawls, 2002, p. 26).

Finalmente, retomando la tradición crítica, la filosofía política debe proyectar una *utopía realista*, posible, es decir, un modelo de sociedad concertado por las diferentes perspectivas políticas actuantes en ella, que no se anquilese en la agenda política del día a día, en los imperativos del sistema o en la funcionalidad. Rawls reclama la necesidad de no dejar de soñar, de imaginar un mundo mejor para guiarnos en la construcción de una sociedad plena y justa, porque, precisamente, “los límites de lo posible no vienen dados por lo real” (Rawls, 2002, p. 27), una postura que evoca la superación de la enajenación en el joven Marx.

1.1. El consenso entrecruzado

Aunque la formulación rawlsiana del *overlapping consensus* (OC) establece dos etapas, leído integralmente puede ser discriminado en cinco momentos diferentes. El primero es el del *modus vivendi*, que, advierte Rawls, no debe ser confundido con el consenso entrecruzado, en la medida en que este es siempre el final y no el comienzo del proceso. En tal sentido, el *modus vivendi* correspondería a lo que podríamos llamar un “acuerdo de mayorías”, donde persisten desacuerdos y conflictos con las minorías discriminadas, conflictos que precisamente tienen que ser resueltos pacíficamente, a través de medios constitucionales.

De ahí que el segundo momento (primera etapa para Rawls del OC) sea el consenso constitucional, que en cierta forma evoca, por contraste, el famoso contrato constitucional de Buchanan, donde los vencedores imponen sus términos a los vencidos en el marco de un *pacto* constitucional que simplemente convalida lo logrado en el estado de naturaleza por la fuerza (Buchanan, 1975). Por el contrario, este momento es concebido por Rawls como la etapa en la que los actores del conflicto logran ser incorporados a la vida social a través de mecanismos constitucionales que moderan la radicalidad de las hostilidades, abriendo el poder constitucional y democráticamente a los grupos que luchan por él.

Esto origina un tercer momento intermedio de convivencia ciudadana donde, ya moderado el conflicto, se ambienta y genera un espectro de virtudes cívicas que, al propiciar un clima de razonabilidad, de espíritu de compromiso, de sentido de equidad política y de reciprocidad, sienta las condiciones mínimas de deliberación pública necesarias para la etapa subsiguiente, que es la vertebral del proceso.

El cuarto momento, segunda etapa para Rawls, es el consenso entrecruzado, el consenso de consensos, que fija el contenido de la concepción política de justicia que determina la sociedad. Fruto de la más amplia deliberación ciudadana, incluye para su determinación la forma en que bienes sociales primarios y libertades políticas van a ser repartidos socialmente y, por tanto, los diversos grupos políticos deben plantear propuestas y precisar su regulación en la estructura básica de la sociedad a nivel económico y político.

Este OC define lo que Rawls, en línea kantiana, denomina concepción política de la justicia, es decir, el consenso que las diferentes visiones razonables —las que quieren participar en la administración de la sociedad— tienen sobre el proyecto societal que las identifica. Este consenso, obviamente, no debe ir en desmedro de sus propias concepciones de vida buena, y debe definir principios y valores políticos constitucionales suficientemente amplios como para consolidar el marco común de la vida social y política, así como especificar los términos de cooperación social que este liberalismo consensual intenta concretar y sobre los cuales los grupos ciudadanos, desde su absoluta libertad de conciencia y perspectivas omnicomprendivas, concilian con sus propios valores morales y políticos particulares.

1.2. La razón pública

La estabilidad de la estructura básica de una sociedad no depende de una visión sistemáticamente unificada sino necesariamente pluralista. Cuando se adopta este marco de deliberación, los juicios convergen lo suficiente como para que la cooperación política, sobre las bases del mutuo respeto, pueda mantenerse. Tal concepción política constituye un marco de deliberación y reflexión que permite buscar acuerdos políticos sobre cuestiones de justicia y aspectos constitucionales, básicos para toda la sociedad.

El proceso de consensualización debe surtir dos etapas. La primera, un consenso constitucional en el que se definen los procedimientos políticos de un sistema constitucional democrático para moderar el conflicto social, abriendo el poder a los grupos que luchan por él. Se persiguen tres requerimientos para lograr un consenso estable: primero, fijar el contenido de ciertos derechos y libertades políticas básicas, asignándoles una especial prioridad; segundo, definir la relación con la forma institucional de razón pública, cuya aplicación compromete los principios liberales de justicia; y tercero, alentar la virtud cooperativa de la vida política, estimulando con ello la razonabilidad y el sentido de justicia, el espíritu de compromiso y el respeto a los procedimientos pluralistas.

Lo anterior propicia un espectro de virtudes cívicas, razonabilidad, espíritu de compromiso y un sentido de equidad política y de reciprocidad que sientan las condiciones mínimas de deliberación pública necesarias para la etapa subsiguiente, la etapa del consenso entrecruzado. El segundo momento corresponde, entonces, al consenso de consensos, etapa en la que se fijará el contenido de la concepción pública de justicia que determinará el carácter de la estructura básica de la sociedad. Fruto de la más amplia deliberación ciudadana, incluye para su proyección la consideración de un mínimo de bienes sociales primarios, y no solo de libertades políticas, por lo cual los grupos políticos deben plantear alternativas que cubran la estructura básica y explicar su punto de vista en una forma consistente y coherente ante toda la sociedad.

El espacio del *consenso entrecruzado* es el foro público de la discusión política, donde los diferentes grupos políticos rivales y sujetos colectivos presentan sus correspondientes perspectivas. Ello supone la superación del estrecho círculo de sus concepciones específicas para desarrollar su concepción política como justificación pública de sus posturas. Al hacer ello, deben formular puntos de discusión sobre la concepción política de la justicia, lo cual permite la generalización del debate y la difusión de los supuestos básicos de sus propuestas.

Para Rawls, la prioridad de la justicia sobre la eficacia y el bienestar es esencial para toda democracia consensual. Tal prioridad significa que la concepción política de justicia impone límites a los modelos de vida permisibles y que los planes de vida ciudadanos que los transgredan no son moralmente justificables ni políticamente legítimos. También supone una noción de neutralidad consensual sin acudir a valores morales para su legitimación y sin ser ella misma procedimentalmente neutra (Rawls, 2002).

La razón pública no es una razón abstracta, y en ello reside la diferencia con la noción ilustrada de razón. Posee cuestiones y foros concretos donde se expresa y manifiesta. En una sociedad compleja su expresión es, primero que todo, una razón ciudadana donde sus miembros, como sujetos colectivos, son quienes ejercen un poder político y coercitivo en tanto ciudadanos, promulgando leyes y enmendando su Constitución cuando fuere necesario.

La razón pública no se circunscribe al foro legislativo, sino que es asumida por la ciudadanía como criterio de legitimación de la estructura básica de la sociedad en general, es decir, de sus instituciones económicas, políticas y sociales, incluyendo un índice de bienes sociales primarios consensualmente concertado. El contenido de la razón pública es, pues, el contenido de los principios fijados por la concepción de justicia públicamente concertada, y aunque su principal

expresión, en un régimen democrático, es el tribunal constitucional, los esenciales constitucionales que este debe preservar y defender son los derivados del consenso político de los diferentes sujetos colectivos que componen la ciudadanía (Mejía Quintana, 1996).

La principal expresión de la razón pública es, en todo régimen democrático, la Corte Suprema de Justicia. Es allí donde se defienden los esenciales constitucionales, a saber, (i) los principios fundamentales que especifican la estructura general del gobierno y de los procesos políticos, es decir, la de poderes legislativo, ejecutivo y judicial, así como el alcance moral y efectivo de la regla mayoritaria; y (ii) los derechos básicos iguales y libertades ciudadanas que deben ser respetados por la mayoría en cualquier circunstancia, tales como el voto y la participación política, las libertades de conciencia, pensamiento y asociación y el derecho a la protección de la ley. La razón pública es ante todo, aunque no exclusivamente, la razón de su Corte Suprema de Justicia como la máxima instancia de interpretación judicial, sin ser la máxima representación de la ley.

El papel de la Corte Suprema no es solamente defensivo, sino que su rol hace parte del rasgo de publicidad que debe connotar la razón pública y, por tanto, de la implicación educativa y pedagógica que conlleva, lo que la somete al escrutinio público y garantiza su relación estructural con la ciudadanía. La Corte Suprema confiere, con ello, vitalidad y respetabilidad a la razón pública, a través de la autoridad de sus sentencias. Las enmiendas a la Constitución constituyen ajustes de los esenciales constitucionales a las nuevas circunstancias, y la razón pública debe conciliar la ruptura histórica de la enmienda con la fidelidad a la promesa original. Sus límites, por supuesto, están dados por el rechazo a todo tipo de consideraciones doctrinarias omnicomprendivas en sus deliberaciones.

1.3. La esfera pública: públicos y contrapúblicos

La necesidad de explorar formas híbridas de esferas públicas y la articulación de públicos débiles y públicos fuertes, en los que la opinión y la decisión puedan encontrar formas de negociar y recombinar sus relaciones, queda expresada en el planteamiento de Nancy Fraser (1997). Esta autora introduce el concepto de “contrapúblicos subalternos” para referirse a los

[...] espacios discursivos paralelos donde los miembros de los grupos sociales subordinados inventan y hacen circular contradiscursos, lo que a su vez les permite formular interpretaciones opuestas de sus identidades, intereses y necesidades [...]. En las sociedades estratificadas, los contrapúblicos subal-

ternos tienen un doble carácter. Por un lado, funcionan como espacios de retiro y reagrupamiento; por el otro funcionan también como bases y campos de entrenamiento para actividades de agitación dirigidas a públicos más amplios. Es precisamente en la dialéctica entre estas dos funciones donde reside su potencial emancipatorio. (Fraser, 1997, pp. 115, 117)

En última instancia, tal exploración sobre los contrapúblicos conduce a una esfera pública posburguesa, que no debe identificarse necesariamente con el Estado. Hoy podemos reconocer síntomas de la aparición de esferas públicas no estatales surgidas de iniciativas de la sociedad civil. De tal rechazo a una concepción consensual de los públicos aparece un modelo pedagógico en relación con la cultura orientado hacia la experimentación de formas de autoorganización y autoaprendizaje. El objetivo de tal método es producir nuevas estructuras que puedan dar lugar a formas inéditas (en red, desjerarquizadas, descentralizadas, deslocalizadas) de articulación de procesos culturales y procesos sociales. Se trata de dar *agencia* a los públicos, de favorecer su capacidad de acción y superar las limitaciones de las divisiones tradicionales de actor y espectador, de productor y consumidor.

Fraser (1997) comienza haciendo el análisis del triunfo relativo de la democracia liberal en 1989, cuando se comienza a hablar del fin de la historia. Sin embargo, afirma que hay que construir una teoría crítica de la democracia, más aún cuando teniendo como referencia aquellos países antes socialistas o que tenían dictaduras o regímenes con formas de dominación racial. Fraser reconstruye críticamente el concepto de esfera pública y muestra la confusión que se generó en el socialismo con relación a los movimientos sociales y la delimitación del Estado, los espacios públicos y las asociaciones ciudadanas, confusión que impulsó formas estatistas autoritarias en el socialismo en lugar de formas democráticas participativas.

Para Fraser, el concepto de esfera pública de Habermas supera las anteriores dificultades y designa el foro de las sociedades donde se lleva a cabo la participación a través del habla. Es un espacio institucionalizado de interacción discursiva, distinto al Estado, donde se producen y circulan discursos, y diferente a la economía oficial, porque hay relaciones discursivas donde se debate y delibera. Este concepto delimita el aparato del Estado, los mercados económicos y las asociaciones democráticas, esenciales para la teoría democrática.

Al realizar el estudio sobre la esfera pública, Habermas persigue dos objetivos: primero, aborda el surgimiento y decadencia históricos de la esfera pública y, segundo, se pregunta sobre el modelo normativo de la esfera pública burguesa.

Este segundo punto tiene un doble propósito: identificar las condiciones que hicieron posible la esfera pública y evaluar la viabilidad del modelo liberal. El resultado parece ser que, en las conflictivas condiciones de la democracia masiva del Estado de bienestar, no es factible la esfera pública burguesa en su modelo liberal; es necesaria una nueva esfera pública que salve la función crítica e institucionalice la democracia.

Para Fraser, Habermas no logró desarrollar un nuevo modelo posburgués, por lo cual no se dispone de una concepción diferente a la liberal sobre la esfera pública burguesa que resuelva las necesidades actuales de la teoría crítica. Para Habermas, la esfera pública se refiere a un grupo de personas privadas que se reúnen para discutir asuntos de interés común: esta idea fue el contrapeso a los Estados absolutistas, pues buscaba una mediación entre sociedad y Estado. Ello generó la exigencia de exponer el funcionamiento del Estado al escrutinio de la opinión pública, la cual se construyó sobre la idea de interés general de la sociedad burguesa, a través de la libre expresión, la libertad de prensa y la libertad de asociación con la institución parlamentaria de un gobierno representativo.

En esa línea, la esfera pública designó un mecanismo institucional que racionalizó la dominación política al hacer responsable al Estado frente a los ciudadanos, así como un tipo específico de interacción discursiva cuyas características eran las de ser abierta, estar al alcance de todos, rechazar los intereses privados, poner entre paréntesis la desigualdad de condición, excluir el poder excesivo e introducir la deliberación entre pares: el resultado fue la opinión pública acerca del bien común. Para Habermas, este potencial de la esfera pública del modelo burgués nunca se materializó, dada la conquista del Estado por la burguesía, con lo cual no hubo diferenciación del modelo con la esfera económica, pues ello suponía una discusión pública que excluía intereses privados. Posteriormente, con la democracia de masas del Estado de bienestar, se superpusieron sociedad y Estado, y la publicidad como análisis crítico fue remplazada por las relaciones públicas (Fraser, 1997).

Apoyándose en la historiografía, Fraser propone una alternativa matizada para una concepción específica de la esfera pública, que complementa el planteamiento habermasiano. De la problematización de Fraser se concluye que el modelo de opinión pública burgués-liberal no es el adecuado para sociedades complejas, y de ahí la necesidad de concebir y propender por un modelo posburgués de esfera pública que piense en públicos fuertes y débiles, así como en sus eventuales formas híbridas, conceptualizando las posibles relaciones de públicos y contrapúblicos con el fin de concebir una democracia deliberativa más allá de la democracia liberal existente.

2. LA CONSTITUCIÓN COMO UN PROYECTO FALIBLE

Para Habermas, la sociedad se concibe sobre un modelo de esferas concéntricas, comunicadas a través de un sistema de esclusas que permiten que la presión que se da en las esferas más alejadas del centro se pueda transmitir a este. De igual manera, las reacciones y respuestas que el centro produce se comunican a la periferia. Dentro del modelo, el Estado está ubicado en el centro, rodeado por sucesivos círculos que comprenden la sociedad civil kantiana —periferia interna—, con toda la formalización que posee, y la sociedad civil hegeliana —periferia externa—, compuesta por las diferentes formas de vida, donde se generan las posiciones propias de los sujetos colectivos particulares.

De esto se infieren el tipo de estrategias de iniciativa exógena frente a lo político que aplica cualquier grupo fuera de la estructura de gobierno y que, reivindicando lo que eventualmente se presente como una vulneración de sus intereses, propendan por involucrar en el problema a otros actores para introducir el tema en la agenda pública, creando una presión sobre quienes toman las decisiones (Habermas, 1998).

La sociedad civil periférica posee mayor sensibilidad ante los problemas porque está imbuida de ellos. Por su parte, quienes actúan en el escenario político deben su influencia al público en general, y aunque los temas, sostiene Habermas, cobran importancia solo cuando los medios de comunicación los propagan al público, eventualmente son también necesarias acciones de protesta masiva para que los temas sean reconocidos en el ámbito político. De esta manera, se genera una conciencia de crisis vehiculizada a través de movilizaciones ciudadanas que, por medio de una comunicación pública informal, se mueve por vías que impiden la formación de masas adoctrinadas, reforzando así los potenciales críticos del público.

La apuesta de Habermas es que el juez constitucional deje de adoptar, la mayoría de veces de manera no explícita, los modelos de democracia que en últimas viene asumiendo, el liberal de democracia formal y el republicano de democracia directa, y que reconozca, de acuerdo con este tercer modelo sociológico, que la democracia hoy por hoy discurre en términos de lo que podemos denominar una democracia deliberativa o de opinión pública. El *alter ego* del tribunal constitucional no son los meros procedimientos democráticos (democracia formal) ni la voluntad de las mayorías (democracia directa), sino la deliberación ciudadana, que se manifiesta en la dinámica comunicativa de la esfera pública. Es así, según Fraser, que la decisión del juez constitucional debe considerar dos elementos estructurales: primero, la deliberación entre públicos y contrapúblicos, que le permita formarse un juicio integral sobre los discursos e interpretaciones en discusión en la esfera pública; y segundo, debe tener en cuenta especialmente

la voz de los contrapúblicos como públicos débiles a los que tiene que escuchar y favorecer como minorías.

En el primer factor no se trata, por tanto, ni de recoger la mera voz procedimental de las mayorías formales, legislativas o electorales (democracia formal) ni tampoco la voz activa de supuestas mayorías sociales, militantes y beligerantes por alguna causa (democracia directa). Se trata de escuchar (segundo factor), en la medida en que la esfera pública, como caja de resonancia, hace eco de sus voces, a los que no tienen voz, a los públicos débiles, a los públicos subalternos, a los públicos minoritarios. Solo al escucharlos y tenerlos en cuenta puede el juez constitucional garantizar una defensa de sus derechos y expectativas frente a meros procedimientos formales o al activismo de las mayorías y, de esa manera, garantizar decisiones justas para todos y no solo buenas para algunos, en este último caso a favor de las mayorías formales o hegemónicas.

El juez constitucional es intérprete de textos jurídicos y de contextos sociopolíticos. Habermas retoma a Häberle (2002) para poner de presente que los ciudadanos son también intérpretes constitucionales y que sus reivindicaciones, sus reclamos al Estado, sus voces de protesta, no solo deben ser tenidos en cuenta por las autoridades, sino que son, en su expresión política, interpretaciones sobre sus derechos, sobre el ordenamiento jurídico-político, sobre la Constitución que los rige, y por tanto los tribunales constitucionales deben considerar también estas expresiones como posiciones legítimas y exigencias *de facto* sobre sus derechos.

Además, debe considerarse que la Constitución no es solo un texto abierto, sino también un texto falible, y que el juez constitucional y los ciudadanos, en sus expresiones de confrontación o apoyo diarios, la complementan y reescriben día tras día (Estévez, 1994). El presupuesto formalista de que la Constitución es un texto intocable por ser la voluntad prístina de un constituyente sin conflictos ni tensiones simplemente hipostasia la voluntad popular en una letra muerta que ahoga el espíritu innovador que le dio vida, como lo retoma Habermas en texto “La soberanía popular como procedimiento” (1990).

2.1. El patriotismo de la Constitución

En “Patriotismo y cosmopolitismo”, publicado originalmente en la *Boston Review* (1994)², Martha Nussbaum (1999) confronta la modalidad de patriotismo nacionalista que rescata no pocas veces valores fundacionales y tradiciones gastadas, oponiendo un cosmopolitismo de raíces estoicas que reivindica el ideal antiguo

2 En este documento, Nussbaum confronta el argumento de Richard Rorty y su defensa del patriotismo, un interesante debate al que más tarde se vincula lo más granado de la intelectualidad norteamericana y cuyos ensayos finalmente son recopilados en *Los límites del patriotismo* (Nussbaum, 1999).

de un ciudadano universal de sólida educación y formación cívicas (Trueba, 2009). Para Nussbaum, el orgullo patriótico subvierte los ideales de justicia e igualdad al imponer esquemas de justicia desigual. El nacionalismo reprime la deliberación abierta, pues impone prejuicios sobre el análisis desapasionado. De ahí que la política nacionalista, basada en la exaltación de la identidad nacional, tenga que ser confrontada a través de una política fundada en ideales cosmopolitas, asentada en una formación universal.

Lo anterior permite tomar distancia del patriotismo y reexaminar la vida desde los ideales universales del bien y la justicia. Nussbaum rescata la noción kantiana de *reino de los fines* para sostener que, hoy por hoy, son las ONG las que permiten practicar ese ideal de ciudadanía mundial en la medida en que tales organismos confrontan los contextos locales autoritarios o que violentan el DIH. A partir de Sócrates, Nussbaum sostiene una defensa de la democracia en tanto representa un juicio meditado sobre el bien común, que incentiva una educación liberal, entendida como aquella que libera la mente de la esclavitud de los hábitos y costumbres y que se fundamenta en cuatro enunciados: educación para todos los seres humanos, adaptación a las circunstancias concretas de estos, necesidad de ser pluralistas y, finalmente, la consideración de que la autoridad no debe derivar en autoritarismo.

Por su parte, el cosmopolitismo antiguo es asumido desde la interpretación de Diógenes el Cínico y su concepto de *kosmou polites* (ciudadano del mundo). Nussbaum resimboliza esto en términos de un imperativo de educación cívica que eduque para la ciudadanía mundial, lo cual supone la asunción crítica de valores y tradiciones, sin que ello implique negar la importancia de estos. Solo una perspectiva cosmopolita garantiza el pluralismo e incentiva la democracia, en sentido socrático, sin imponer un parámetro único, posibilitando sobrevivir en un mundo complejo, diverso y globalizado.

De esta forma, Nussbaum proyecta su crítica a un patriotismo nacionalista que, recurriendo a la exaltación acrítica y sentimental de valores y tradiciones propias, termina justificando posturas sesgadas de intolerancia y exclusión, no solo frente al mundo, sino en especial contra minorías internas que intenten disentir, cultural, política o socialmente, de las posiciones mayoritarias. En este sentido, Habermas, por su parte, pone de presente que la única forma de cohesión e integración social en sociedades complejas o estratificadas no puede ser sino posconvencional, es decir, fundada en principios concertados constitucionalmente, por las diferentes formas de vida que comparten una territorialidad, siendo esto lo que denomino el *patriotismo de la Constitución* (Habermas y Ratzinger, 2008).

A raíz de las discusiones sobre la conciencia histórica y la identidad nacional, Habermas reflexiona en torno de los elementos comunes que pueden identificar a una colectividad cohesionada por un territorio común pero fragmentada y polarizada por los elementos de su ser nacional e, incluso, por la interpretación de su propia historia (Habermas y Ratzinger, 2008; Habermas, 1989; 1996). La conciencia histórica y la identidad nacional no pueden seguir definiéndose desde las proyecciones de un “yo nacional” aparente que eventualmente mimetiza la autoconciencia, sea de una minoría dominante o de una mayoría totalitaria, reivindicando tradiciones contextuales que se imponen como comunes o una identidad excluyente que no considere las minorías existentes (Prieto, 2003).

Habermas (1989) muestra cómo la modernidad tardía se resuelve, primero, desde expresiones postradicionales de conciencia y, segundo, desde formas posnacionales de identidad. En el primer caso, la referencia a una tradición común da paso, no solo a la tolerancia y al pluralismo de múltiples formas de vida, sino al reconocimiento institucional de las mismas en el marco de un Estado democrático de derecho. En el segundo, a identidades que desbordan los estrechos marcos de una nacionalidad ficticia, consagrando y garantizando la convivencia democrática de las diferentes formas de vida que coexisten en un territorio dado. Es en este punto que se ambienta la figura del patriotismo de la Constitución como las formas de conciencia, identidad y asociación históricas posconvencionales, es decir, basadas en los únicos principios que pueden ser comunes, los derivados consensualmente de un pacto constitucional donde la multiplicidad de formas de vida que se dan el orden jurídico-político se concilian en el marco de procesos constituyentes o constitucionales vinculantes (Velasco, 2003).

Esta constituye la única forma de solidaridad social que las sociedades complejas pueden admitir hoy en día, acudiendo, ya no a tradiciones comunes (estadio preconvencional) o a intereses generales (estadio convencional), sino a la determinación consensual de principios normativos, morales, jurídicos y políticos que posibiliten la convivencia de las diferentes etnicidades y sujetos colectivos que buscan compartir un mismo territorio y constituir una organización societaria común (Habermas, 1996).

2.2. Eticidad democrática

Es a partir de la ejecución del soberano absolutista —Revolución francesa—, como ocupante ilegítimo del espacio del poder, que el trono del poder queda vacío en el plano simbólico (Dubiel, 1997). En adelante, ninguna persona ni grupo puede formular frente a la sociedad civil una exigencia legítima de personificar y perpetuarse en el poder. En ello reside la esencia de la cuestión democrática: la democracia moderna es la forma de gobierno donde ni el príncipe ni un grupo

cualquiera se pueden adueñar del poder. Su carácter reside en la fortaleza de su institucionalidad. Así, los procesos constituyentes republicano-democráticos representan históricamente el primer acto de autoinstitución explícita de la sociedad civil:

El dispositivo simbólico de la democracia reconoce a todos los miembros de la sociedad civil el derecho a acceder al espacio público y participar en la resolución de los conflictos sociales para reivindicar la perenne lucha por el acceso a lo público y por el derecho fundamental a tener derechos. Esta lucha extrae sus energías de una idea de autodeterminación que pone en movimiento la imaginación política y la praxis reivindicativa que se opone a los privilegios y jerarquías sociales tradicionales de un orden social heterónimo. (Dubiel, 1997, p. 169)

Los regímenes totalitarios, contrario al dispositivo simbólico de la democracia, desembocan en la destrucción del dispositivo simbólico y la pretensión de sometimiento de la sociedad por la violencia a una ideología determinada. Con la idea de una sociedad sin clases, por encima de la libertad y la igualdad de las personas, se instaura un interés general homogéneo que, si bien proporciona criterios para la justicia, intenta legitimar el poder del partido, suprimiendo la representación simbólica de una sociedad civil.

La línea de separación entre Estado y sociedad civil se desvanece, como también la línea que separa el poder político del administrativo; el poder deja de estar vacío y se presenta como un órgano personificado, capaz de reunir todas las fuerzas de la sociedad. La fusión simbólica de sociedad y poder político origina la instrumentalización de la sociedad como objeto en procura de lograr objetivos de desarrollo social; por su parte, el dispositivo simbólico de la democracia queda sometido a una razón instrumental que se apodera del lugar vacío del poder (Dubiel, 1997).

El capitalismo tardío acelera la desacralización de la cuestión democrática y, en su exacerbación procedimentalista, logra en su inercia despersonalizar el poder, sometiéndolo —como tiene que ser— a la alternancia partidista. El lugar vacío del poder se recupera, pero al costo de una liturgia procedimental fría y distante que parece clamar por ser colmada. La pregunta es, entonces, ¿quién puede llenar, en términos posmetafísicos y posconvencionales, el trono vacío del poder?

Una primera respuesta la dará Axel Honneth (1997), cuya perspectiva se sustenta en los modelos de reconocimiento hegelianos, de acuerdo con los cuales la construcción del sentido personal que permite generar lazos comunitarios se aleja del individualismo liberal, puesto que la autorrealización tiene como

condición *sine qua non* la experiencia del reconocimiento. Las formas claves de reconocimiento, “[...] el amor, el derecho y la solidaridad, se constituyen en los preparativos intersubjetivos de protección que aseguran la libertad interior y exterior” (Honneth, 1997, p. 210). La libertad, siguiendo a Honneth, no queda reducida a ausencia de obstáculos externos, como lo pregona el ideario liberal, sino que adquiere relevancia también la idea de libertad interior, para la cual el reconocimiento constituye un factor central.

El tránsito a una eticidad postradicional, que se sustenta a su vez en un reconocimiento postradicional fundado intersubjetivamente en las experiencias del amor y la solidaridad, en la medida en que estas experiencias representan, “[...] cualquiera sea la forma que históricamente haya[n] adoptado, el núcleo más profundo de cualquier forma de vida que se califique de ética” (Honneth, 1997, p. 213), permite que el derecho quede anclado a condiciones intersubjetivas para su realización, sin las cuales se convertiría en lo que ha derivado por su ausencia: una simple consagración procedimental de reconocimiento.

Solo gracias a un derecho sustentado en términos postradicionales, que catalice los flujos de reconocimiento fundados en las experiencias previas de amor y solidaridad que soportan el tejido social primario, se puede consagrar la valoración simétrica entre ciudadanos jurídicamente iguales. El lugar vacío del poder empieza a ser llenado por una eticidad postradicional capaz de articular estas tres condiciones (amor, derecho, solidaridad) en el marco de una democracia que logra balancear los fríos procedimientos formales con la tibieza de una solidaridad entre extraños (Honneth, 1997).

Pero la mediación política no es suficientemente explícita en Honneth. La alternativa puede encontrarse mejor en el concepto de eticidad democrática que Wellmer (1993) reconstruye en la discusión entre liberales y comunitaristas. Para Wellmer, las dos corrientes subrayan elementos complementarios de una misma tradición. Para los liberales, los derechos individuales de libertad constituyen el núcleo normativo de la tradición liberal y de la democracia moderna. Los comunitaristas reivindican los presupuestos olvidados, en los cuales los derechos de libertad son producidos en formas de vida comunitaria: los primeros protegen los derechos fundamentales individuales, mientras que los segundos, la primacía de la vida comunitaria y el derecho de autodeterminación colectiva.

Para Wellmer, la idea de democracia es una forma de praxis comunitaria que no puede desligarse de los derechos fundamentales liberales. De tal forma, la democracia es un proyecto liberal y comunitario necesariamente sustentado en una expresión postradicional de eticidad democrática que, como tal, tiene que ser concebida procedimentalmente. El trono vacío del poder solo puede

ser llenado por una eticidad democrática que procedimentalmente garantiza la alteridad del poder.

La democracia es un proyecto liberal a la vez que comunitario: ambos presuponen [...] la ruptura histórica con formas de vida sustanciales [...] En la sociedad [...] democrática no hay idea de la vida buena, no hay orientaciones valorativas o identidades culturales de tipo sustancial que puedan quedar abstraídas a la revisión y a la crítica, ni siquiera las interpretaciones de ese consenso liberal y democrático, que es el único fundamento posible de eticidad democrática. En ese sentido la democracia moderna es esencialmente transgresiva y sin ningún suelo firme [...] Lo que en el concepto de una eticidad democrática aparece paradójico es que habría que definirlo no en términos “sustanciales” [...] sino [...] “procedimentales” [...] un núcleo procedimental de la eticidad democrática. (Wellmer, 1993, p. 90).

Pero esta eticidad democrática, para quedar plenamente fundamentada, requiere una mediación concreta. Esa mediación la proporcionará Habermas con su propuesta de una soberanía popular procedimentalizada, con la cual la eticidad democrática, cuyo núcleo normativo Wellmer había declarado procedimental, queda procedimentalizada democráticamente, es decir, a través de mecanismos institucionales jurídicamente normados, lo que además refuerza la relación derecho-razón pública.

En este sentido, Habermas asumirá esa labor conceptual en tres momentos: primero, desmitificando la noción liberal-burguesa de soberanía popular, jurídicamente fijada en la convicción de que esta es una sola y se manifiesta exclusivamente en la voz unificada del legislador como fuente monolítica del derecho. Segundo, mostrando su noción de patriotismo de la Constitución como el único sustrato normativo con que las diferentes formas de vida pueden convivir y coexistir en el marco de un Estado democrático de derecho en las sociedades complejas contemporáneas. Y tercero, en una significativa polémica que adelanta Habermas con el entonces cardenal Ratzinger antes de que fuera nombrado Papa, donde argumenta que es precisamente este patriotismo, fundado en una Constitución consensuada por todos los sujetos colectivos de una nación, el único lazo de relacionamiento intersubjetivo posible en las sociedades pos-seculares donde ya no existe una tradición única vinculante entre todos.

3. EL PROYECTO DEMOCRÁTICO DELIBERATIVO PENDIENTE

Pese a representar una alternativa de solución a la triple guerra por la que atravesaba Colombia (la guerra de guerrillas, la de los traficantes de drogas y la de los paramilitares), la dinámica del proceso constituyente no logró representar

a los actores en conflicto (Hurtado, 2006) y pronto terminó por remitir a la figura del acuerdo de mayorías antes que a la del consenso. El Partido Liberal, Salvación Nacional, el Movimiento Democrático M-19 y el gobierno de César Gaviria, impusieron a la Constituyente, algo más de un mes antes del final, un acuerdo sobre el texto básico de la Constitución. Finalmente, más del 85 % del texto de la Constitución correspondió a propuestas incluidas en el proyecto del acto reformativo de la Constitución del entonces presidente César Gaviria (Cepeda, 1993).

El acuerdo recogía gran parte de lo concertado en las deliberaciones previas, pero imponía una disposición institucional que no era gratuita y que los artículos transitorios revelaron en toda su extensión (Ahumada, 1996; Cepeda, 1993). Aunque se trató de una participación histórica de fuerzas políticas externas al bipartidismo, el alto abstencionismo en la elección de los delegatarios (74 %), el hecho de que algunos grupos, como el Ejército Popular de Liberación y el Partido Revolucionario de los Trabajadores, tuviesen voz pero no voto, y la no participación de otros actores del conflicto en el proceso, como las FARC y el ELN, cuestionaron la legitimidad de la ANC (Hurtado, 2006).

La Constituyente creyó que estatuyendo un esquema ideal de participación resolvía el problema del conflicto armado sin acudir a los actores armados protagonistas de este. Pero el problema del conflicto tenía que ser resuelto directamente con los actores de este. Al no hacerlo así, la Constitución del 91 se convirtió en un recurso ideológico de las élites para justificar un nuevo esquema de dominación que ofrecía, en lugar de la paz, una democracia participativa sin la participación de los actores disidentes y un Estado social sin los sectores sociales que reclamaban la inclusión. En este sentido, la categoría de eticidad democrática se proyecta sobre el contexto colombiano, haciendo énfasis en poderes abiertos a la alternancia de las diferentes colectividades políticas o sociales frente a la eventual perpetuación en el poder de unas mayorías consolidadas que en su inercia se cierran a la posibilidad de dejar el poder.

En este contexto se proyecta la propuesta rawlsiana de un proceso constituyente moderno, que puede conferirle estabilidad al ordenamiento jurídico-político en tanto debe partir de un consenso mínimo que determine políticamente los principios de justicia social sobre los que todos los sectores sociales puedan converger a partir de los cuales las instituciones se conciban y se construyan desde un carácter consensual. La ingeniería constitucional, que no es sino técnica constitucional, se vuelve impotente si no hay un pacto político sólido que la respalde (Sartori, 1996). Al no existir un consenso político amplio que le diera sustento a la Constitución del 91, y al imponerse en su interior un acuerdo de mayorías, el pacto que pretende convalidarla está doblemente golpeado y esa es parte de la debilidad de la Constitución.

La Constitución de 1991 posee grandes fortalezas que no pueden ser desconocidas. La creación de nuevas instituciones como la Defensoría del Pueblo y la Corte Constitucional, la defensa y el desarrollo de derechos fundamentales consagrados por el nuevo texto constitucional sin duda configuran logros rescatables por mantener, consolidar y profundizar (Gaviria, 2001). Pero también hay que reconocer que la nueva Carta constitucional, precisamente por el acuerdo de mayorías impuesto al constituyente de entonces, violó su soberanía, pues aquella no fue refrendada por la ciudadanía.

En este sentido, se revela que la opinión pública no puede entenderse como una serie de instituciones u organizaciones que operan sistémicamente, sino que debe ser comprendida, en un sentido habermasiano, como una red comunicacional espontánea de contenidos y opiniones vinculada a temas específicos, dirigida hacia cuestiones políticamente relevantes y que se caracteriza por poseer un horizonte abierto. La voluntad general no puede ser impuesta con el argumento de que al ser mayoritaria es moralmente legítima: tiene que ser subsumida libremente por el individuo, en todo tiempo y lugar.

El contrato social debe tener la posibilidad de ser legitimado permanentemente, no solo desde el impulso del consenso mayoritario sino, primero que todo, desde la conciencia individual del ciudadano que pueda disentir del orden jurídico existente (Schmidt, 1992). Si la Constitución del 91 no recogió todas las perspectivas ciudadanas o todas las eticidades, se impone la necesidad ineludible de explorar y definir cuál es el modelo de poder constituyente que mejor se adapta a la idiosincrasia, a la identidad y al *ethos* colombiano, para no repetir el error de concebir constituciones ideales que no se adapten al ser de la población y a la realidad del país.

Las constantes reformas políticas a la Carta del 91 se orientan a fortalecer sus eventuales proyecciones antidemocráticas y a recortar el marco político y legal de las reivindicaciones sociales. En sus veinticinco años de vigencia, la Constitución ha sufrido más de treinta reformas; algunas no afectan su espíritu democrático y pluralista, en tanto que otras, por el contrario, han resquebrajado su balance y redistribución de poder y han terminado por utilizar la democracia participativa como instrumento de un *Estado de opinión* (Paredes, 2008; Novoa, 2011).

El Estado de opinión no es razón pública sino la opinión de las mayorías que soportan pero no toleran minorías que busquen ponerse en contravía de sus designios; es la opinión plebiscitaria de la mayoría contra la institucionalidad democrática (Garay, 2008). Con ello, claramente se buscaba convalidar ese sitio que se le quiso hacer al Estado de derecho acudiendo a una supuesta *opinión pública*, que es simplemente el eco de una mayoría ideologizada que, aunque

supuestamente pública, en nada es opinión ilustrada ni mucho menos democrática o pluralista.

El concepto de opinión pública supone una dinámica de públicos y contrapúblicos, hegemónicos y contrahegemónicos, que constituyen la dialéctica propia de la esfera pública y que, como tal, no puede ser asimilada a la voz de las mayorías como quiso presentarse en Colombia con la gaseosa noción de Estado de opinión. La opinión pública, más cuando es considerada por los tribunales constitucionales en términos de justicia constitucional, supone la consideración estructural de la voz de las minorías en la toma de decisiones institucionales.

En Colombia, la Corte Constitucional no posee más que su propio criterio, a veces arbitrario debido a la pluralidad de concepciones dominantes en su interior, para decidir. No cuenta con sensores adecuados para considerar la opinión pública al tomar decisiones sobre las cuales la sociedad civil no puede pronunciarse, como primera afectada por estas. De allí que sea necesario plantear los términos de una reflexión sobre el papel del tribunal constitucional en un Estado democrático de derecho, y sobre su rol conciliador entre Constitución y ciudadanía (Mejía Quintana, 2002).

La guarda de la Constitución queda garantizada al mismo precio de la soberanía popular, cuya perspectiva deliberativa no es tenida en cuenta plenamente por el encargado de velar el proceso de adecuación entre ambas instancias. Es así como el juez constitucional no logra traducir el espíritu participativo de la Constitución de 1991 a los requerimientos y necesidades de la ciudadanía, constituyéndose en actor de un perverso cierre del sistema jurídico. Es imperativo avanzar en una legislación que garantice libertades de conciencia y pensamiento, y no solo libertades políticas. La legislación debe entonces proteger un mínimo de bienes, entrenamiento y educación sin los cuales los individuos no pueden tomar parte de la sociedad como ciudadanos y, por tanto, los grupos políticos deben plantear propuestas que cubran la estructura básica y explicar su punto de vista en una forma consistente y coherente ante toda la sociedad.

Aunque la Constitución del 91 se reveló como un proyecto democrático de nación que confrontó el espíritu autoritario, excluyente y parroquial derivado de la Constitución de 1886, durante su vigencia se ha agudizado cualitativamente la violencia (política, guerrillera, paramilitar y delincencial), lo cual pone en entredicho su eficacia como mecanismo de conciliación y consolidación nacional, razón por la cual las élites colombianas terminaron aglutinándose alrededor de un proyecto autoritario tanto a nivel económico como político, reeditando y profundizando el esquema histórico de exclusión estructural que ha impedido concretar un proyecto de nación basado en un modelo incluyente de democracia constitucional consensual.

Es indispensable reconocer que en Colombia el texto constitucional está, en muchos puntos, en contravía de su espíritu participativo, y que la soberanía popular fue restringida y maniatada en la ambigüedad de muchos de sus artículos, estableciendo formalismos que la cercenan y la hacen imposible de aplicar en toda su extensión. El juez constitucional se ve, pues, imposibilitado para conciliar Constitución y soberanía popular, al quedar preso en esas dicotomías que su propio reglamento interno no logra equilibrar (Angarita, 1992). De lo anterior se infiere, siguiendo a Habermas, la necesidad de concebir normativamente (en términos político-morales) el texto constitucional como un proceso falible, abierto y en construcción (sobre la Constitución como proceso inacabado v. Habermas, 1990; 1998).

Al tener que ser refrendado popularmente, este proceso le impone a la ciudadanía el reto de mantenerlo abierto, haciendo de la Constitución un pacto por la paz y la reconciliación, sentimiento por el cual fue originalmente convocada la Constituyente. De ahí que la opción de una Asamblea Constitucional que reforme la Constitución es una posibilidad plausible para cerrar el proceso inacabado de la Constitución de 1991 y garantizarla como un pacto de paz en el actual proceso que se desarrolla en La Habana entre el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC (Gargarella, 1996; Nino, 1997). Lo anterior pasa por considerar que una Constitución Política tiene que ser ratificada por el pueblo para adquirir legitimidad definitiva y conferir a las instituciones que ha creado la estabilidad que la sociedad requiere y le reclama, como se infiere claramente de la lectura política del equilibrio reflexivo en la teoría de Rawls.

Los anteriores presupuestos tienen dos consecuencias para consolidar una paz duradera y estable en el posconflicto: la primera, reconocer la legitimidad de las diversas expresiones de desobediencia civil, que tendrían que ser interpretadas por el tribunal constitucional como una defensa activa de los derechos fundamentales. En segundo lugar, se impone la necesidad ineludible de explorar y definir cuál es el modelo de poder constituyente que mejor se adapta a la idiosincrasia, a la identidad, al *ethos* colombiano para no repetir la concepción de constituciones ideales que no se adaptan al ser de la población y a su realidad.

CONCLUSIONES

Quisiéramos terminar el artículo haciendo referencia a cómo en Colombia se ha popularizado la noción de *patria*, en mayúsculas y con énfasis, en un arranque sentimental por una identidad nacional que los colombianos no han logrado definir, ante la falta de un *mito-nación* homogéneo y consistente (Anderson, 2005). Se trata de una patria como sinónimo de verticalidad política, con sesgos muchas veces de intransigencia, que se escuda en una *democracia electoral de*

mayorías, las cuales se traducen en unas mayorías legislativas deslegitimadas y no pocas veces *sub judice*, con sesgos cuasitotalitarios en el sentido de discriminar y estigmatizar toda crítica, de justificar toda ilegalidad por parte de su propio gobierno, de bendecir toda práctica autocrática y nepotista, así sea antiética. Es una patria absoluta y absolutista que recuerda esa categoría terrible y escalofriante que Deleuze y Guattari describen en *El Antiedipo*, la figura arcaica, primitiva y omnipresente del *Urstaat*, el *Estado de Ur*.

Esa falta de identidad colombiana, que se comprende por la ausencia de un mito consistente de Estado nación, como Miguel Ángel Urrego (2004) lo plantea, y que en las últimas décadas se ha deslizado hacia una identidad que gravita en torno a los (des)valores de la narcocultura, por un lado, o del patriarcalismo rural, por el otro, fue catalizada por la figura de un presidente carismático y autócrata para rescatar un sentido de patria aunado a las costumbres más arcaicas del país, reivindicando, como un siglo antes la Regeneración, expresiones de autoridad y autoritarismo, emblemas religiosos en contravía del pluralismo y la libertad de cultos constitucionalmente consagrados y simbologías de fuerza e inflexibilidad, que se aproximan a posturas de intolerancia y exclusión social, que han calado en las mayorías de una sociedad que todavía se define desde tipologías tradicional-carismáticas propias de una sociedad rural y muchas veces primitiva, más modernizada que moderna.

Esta *patria del corazón* se ha convertido en el concepto catalizador de una identidad nacional artificial, que confunde tradiciones constitutivas auténticas con un tradicionalismo forzado, valores autóctonos con folclorismo para el consumo, símbolos de reconocimiento social con estigmatizaciones ideologizadas excluyentes, todo en procura de afianzar una dicotomía *amigo-enemigo* en favor de posiciones políticas e intereses económicos más cercanos al latifundio, el narcoparamilitarismo y al gran capital nacional y transnacional, que a la defensa y ampliación de la institucionalidad democrática.

Ese *patriotismo de mano en pecho*, que no vacila en echar por la borda el Estado de derecho para afianzar su hegemonía, se vio complementado además en el último año por la noción, amorfa y asistemática pero reiterativa del *Estado de opinión*, eco de las mayorías ideologizadas. La opinión pública se reduce en Colombia, en palabras de Habermas, a potenciales corrientes de opinión que son usufructuadas por mayorías legislativas, clientelizadas por el ejecutivo, medios de comunicación preponderantemente apologeticos y acriticos y empresas encuestadoras en su mayoría con nexos económicos y políticos poco transparentes con el Estado y el gobierno.

Es así como, frente a la noción de *patria* fundada en sentimientos que mimetizan posturas tradicional-carismáticas, el concepto de patriotismo constitucional es

la única forma de vinculatoriedad política en sociedades complejas o en conflicto. Esto se articula con la figura de opinión pública de Habermas y Fraser, que ha tenido desarrollos claves para precisar el papel crítico que aquella puede asumir en contextos internos, catalizando procesos de defensa democrática de la Constitución, lo cual se relaciona con la posibilidad de un cosmopolitismo contestatario que vehiculice procesos de opinión pública poswesfaliana como un mecanismo de defensa constitucional frente a imposiciones autoritarias locales.

REFERENCIAS

- Ahumada, C. (1996). El autoritarismo neoliberal: de la Asamblea Constituyente a la nueva Constitución. En: *El modelo neoliberal* (pp. 175-218). Bogotá: Áncora Editores.
- Anderson, B. (2005). *Comunidades imaginadas*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- Angarita, C. (1992). Aclaración de voto al Reglamento Interno de la Corte Constitucional. Acuerdo 002 de 1992.
- Buchanan, J. (1975). *The Limits of Liberty*. Chicago: University of Chicago Press.
- Bushnell, D. (2007). *Colombia: Una nación a pesar de sí misma*. Bogotá: Planeta.
- Cepeda, M. (1993). *La constituyente por dentro: mitos y realidades*. Bogotá: Presidencia de la República, Consejería para el Desarrollo de la Constitución.
- Dubiel, H. (1997). *La cuestión democrática*. Madrid: Huerga y Fierro Editores.
- Dugas, J. (1993). El desarrollo de la Asamblea Nacional Constituyente. En: Dugas, J. (comp.). *La Constitución del 91: ¿Un pacto político viable?* (pp. 15-40). Bogotá: Universidad de Los Andes, Departamento de Ciencia Política.
- Estévez Araujo, J. (1994). *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Trotta.
- Fraser, N. (1997). *Iustitia Interrupta*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- Garay, L. J. (2008). A los colombianos se nos corrió la frontera moral. *Revista Semana*, 31 de marzo de 2008.
- Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Ariel.

- Gaviria, C. (2001). Un enfoque positivo de la Constitución del 91. En: Moncayo et ál. *El debate a la Constitución* (pp. 19-28). Bogotá: ILSA-UNC.
- Häberle, P. (2002). *Constitución como cultura*. Bogotá: Universidad Externado.
- Habermas, J. (1989). *Identidades nacionales y postnacionales*. Madrid: Tecnos.
- Habermas, J. (1990). La soberanía popular como procedimiento. *Revista Foro*, 12, 53-69.
- Habermas, J. (1996). *La necesidad de revisión de la izquierda*. Madrid: Tecnos.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. y Ratzinger, J. (2008). *Entre razón y religión*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- Hernández, J. A. (2013). La Constitución de Colombia de 1991 y sus enemigos. El fracaso del consenso constitucional. *Colombia Internacional*, 79, 49-76.
- Honneth, A. (1997). *La lucha por el reconocimiento*. Barcelona: Crítica.
- Hurtado, M. (2006). Proceso de reforma constitucional y resolución de conflictos en Colombia: el Frente Nacional de 1957 y la Constituyente de 1991. *Revista de Estudios Sociales*, 23, 97-104.
- López Vergara, J. D. y García Jaramillo, S. (2011). La Constitución de 1991: de un siglo de liberalismo clásico a dos décadas de un utópico Estado social de derecho. *Vniversitas Estudiantes*, 8, 259-278.
- Mejía Quintana, Ó. (1996). El paradigma consensual del derecho en la teoría de la justicia de John Rawls. En: Rawls, J. *El derecho de los pueblos* (pp. 1-83). Bogotá: Universidad de Los Andes.
- Mejía Quintana, Ó. (2002). *El otro derecho*. Bogotá: ILSA.
- Nino, C. (1997). *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Novoa, A. (2011). En 20 años de la Constitución se han hecho 29 reformas. *El Tiempo*, 16 de junio de 2011.
- Nussbaum, M. (1999). *Los límites del patriotismo*. Barcelona: Paidós.

- Paredes, C. (2008). Las 26 reformas de la Constitución. *Revista Semana*, 8 de julio de 2008. Recuperado de <http://www.semana.com/on-line/articulo/las-26-reformas-constitucion/93808-3>
- Prieto, E. (2003). *Jürgen Habermas: acción comunicativa e identidad política*. Madrid: CEC.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Rawls, J. (2001). *El derecho de gentes*. Barcelona: Paidós.
- Rawls, J. (2002). *Justicia como equidad: una reformulación*. Barcelona: Paidós.
- Sartori, G. (1996). La ingeniería constitucional. En: *Ingeniería constitucional comparada* (pp. 211-219). México DF: Fondo de Cultura Económica.
- Schmidt, J. (1992). La *original position* y el equilibrio reflexivo. En: Kern, L. y Müller, H. P. (eds.). *La justicia: ¿discurso o mercado?* (pp. 82-115). Gedisa: Barcelona.
- Trueba, C. (2009). Una aproximación al cosmopolitismo de M. C. Nussbaum. En: Granja Castro, D. y Leyva, G. (eds.). *Cosmopolitismo* (pp. 181-204). Barcelona: Anthropos.
- Urrego, M. A. (2004). *La crisis del Estado nacional en Colombia*. Morelia: Universidad Michoacana de Hidalgo.
- Velasco, J. C. (2003). *Para leer a Habermas*. Madrid: Alianza.
- Wellmer, A. (1993). Condiciones de una cultura democrática. En: *Finales de partida: la modernidad irreconciliable* (pp. 77-101). Valencia: Fronesis.

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

Nº
47

Restitución de tierras: la realidad tras la fantasía

Restitution of lands: reality behind fantasy

*John Arturo Cárdenas Mesa**

Fecha de recepción: 13 de julio de 2015

Fecha de aceptación: 24 de agosto de 2015

RESUMEN

Colombia ha tenido grandes avances legislativos y jurisprudenciales en materia de reparación a víctimas del conflicto armado interno. De la Ley 387 de 1997 a la Ley 1448 de 2011, ha habido un cambio de paradigma jurídico-cultural en el cual la reparación por medio de medidas de restitución ha ido cobrando tanta importancia como las reparaciones económicas. Sin embargo, la nueva ley afronta grandes retos para que sea una realidad, como el enorme costo fiscal, la armonización de su normatividad con la Constitución Nacional y el gran desafío de obtener la anhelada reconciliación nacional.

El tema de restitución de tierras, que ha causado profundas divisiones en el país, es objeto de serios reproches debido a una deficiente regulación en muchos tópicos y a una inadecuada estructura de las instituciones que tendrán que afrontar este desafío. De no ser corregidos, estos aspectos posiblemente conducirán a una bola de nieve de procesos inútiles.

Palabras clave: Ley de Víctimas; restitución de tierras; debido proceso; dificultades jurídicas; dificultades prácticas.

ABSTRACT

Colombia has made great progress in legislation and jurisprudence on compensation to victims of internal armed conflict, the Act 387 of 1997 and Act 1448 of 2011, has been a paradigm shift in legal culture in which redress through measures restitution has gained much importance as economic reparations. However, the new law imposes new challenges to make it as a reality, as the huge fiscal costs, harmonization of regulations with the Constitution and the great challenge of obtaining the desired national reconciliation.

The issue of land restitution has caused deep divisions in the country suffers from serious reproach due to poor regulation in many topics and inadequate institutional structure that will face this challenge, if these issues are not corrected may lead us to a snowball useless process.

Keywords: Law of Victims; land restitution; due process; legal difficulties; practical difficulties.

* Abogado litigante en responsabilidad del Estado, magíster en Literatura Colombiana de la Universidad de Antioquia y especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: johnarturo70@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

Con la expedición de la Ley 1448 de 2011 se ha dado un gran paso en el reconocimiento de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos y su derecho a la reparación *lato sensu*; sin embargo, es apenas el embrión que dará vía al desarrollo de una política de Estado acorde con los derechos consagrados en la Carta Política y con la tendencia universal en la materia.

La ley reconoce los avances que ya se habían obtenido en casos contenciosos litigados ante el sistema interamericano de derechos humanos y que habían sido parcialmente plasmados en la Ley de Justicia y Paz; aunque, según el artículo 3º, ello solo se aplica cuando hay infracciones al derecho internacional humanitario o al derecho internacional de los derechos humanos, cometidas con ocasión del conflicto armado interno. Esta calificación especial excluye todas las manifestaciones de violencia común, los hechos de agentes del Estado que no se cometan con ocasión del conflicto armado y, en principio, los hechos cometidos por las hoy denominadas bandas criminales emergentes al servicio del narcotráfico (Bacrim).

En relación con las víctimas de las Bacrim, la Corte Constitucional colombiana, mediante Sentencia C-253A del 29 de marzo de 2012¹, con ponencia del doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, estableció que:

Como se ha dicho, existen elementos objetivos que permiten encuadrar ciertas conductas dentro del conflicto, y hay extremos en los que, por el contrario, también resulta claro que se está frente a actos de delincuencia común no cubiertos por las previsiones de la ley. En el medio existen zonas grises, que no es posible predeterminedar de antemano, pero en relación con las cuales sí es posible señalar que no cabe una exclusión a priori, con base en una calificación meramente formal, y que en el análisis de cada caso debe procederse, a tono con el objetivo mismo de la ley, con un criterio que tienda a proteger a las víctimas. Esto es, probada la existencia de una afectación grave de derechos humanos o de una infracción de las normas del derecho humanitario, en caso de duda sobre la inserción de la conducta lesiva en el marco del conflicto, debe darse prevalencia a la interpretación en favor de la víctima.

Por otra parte, la Ley de Víctimas y Restitución reconoce los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, los cuales se hacen realidad por medio de diversas medidas que, en general, pueden dividirse en dos grandes grupos: compensa-

1 Esta sentencia declaró exequible el parágrafo 3º del artículo 3º de la Ley 1448 de 2011, el cual excluye a las víctimas de la delincuencia común del ámbito de aplicación de la ley.

torias de carácter económico (reparación por vía administrativa, restitución de tierras y vivienda en las modalidades de equivalencia o compensación, planes de condonación de impuestos y créditos, etc.) y reparaciones sin prestación económica (sanción penal a los responsables de los hechos, desmantelamiento de grupos armados, búsqueda de la convivencia nacional, esclarecimiento de la verdad histórica, actos de dignificación de la memoria de las víctimas y reparaciones simbólicas en general). Este segundo grupo se ha subdividido en garantías de no repetición y medidas de satisfacción, aunque muchas de ellas comparten esa doble dimensión².

Sin embargo, estas medidas son complementarias o incluso accesorias a la que, en el sistema interamericano de derechos humanos, se ha denominado la *restitutio in integrum*, esto es, que la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere siempre que sea posible el restablecimiento de la situación anterior a la violación. Por ello la normatividad sobre restitución de tierras despojadas y abandonadas forzosamente se constituye, en nuestro sentir, en uno de los mayores avances que se han obtenido a favor de las víctimas del conflicto, específicamente en tratándose de la modalidad de restitución material y jurídica de los predios.

La ley también regula los derechos de las víctimas dentro de los procesos judiciales y el derecho que tienen a recibir ayuda humanitaria de emergencia, así como atención y asistencia social, las cuales, aunque no son consideradas medidas de reparación, se les reconoce un carácter reparador, siempre y cuando se implementen de manera adicional a la política general del Estado. Se ubican aquí el derecho al auxilio funerario, la ayuda para alimentación, los utensilios de aseo y albergue, el derecho que tienen las víctimas a ser informadas de sus derechos y la ruta de acceso a ellos, la prevalencia en materia de educación, salud y vivienda, entre otras.

No obstante, en el caso de graves violaciones a los derechos humanos, sea o no en el marco del conflicto interno, la sanción penal efectiva es el mecanismo idóneo para obtener una reparación. Lastimosamente, la impunidad se constituye en una de las fallas estructurales de nuestro sistema penal, situación que ha facilitado la proliferación de formas de justicia privada y que ha producido en la sociedad colombiana una extendida sensación de desconfianza.

En la última década, los derechos de las víctimas se han ido ampliando de manera progresiva, especialmente en materia de restitución de derechos, gracias no

2 La Corte Interamericana, por su parte, clasifica actualmente las medidas de reparación en tres clases: medidas de restitución, las cuales se ordenan cuando esta es posible; medidas de satisfacción, unas de contenido económico y otras con carácter simbólico; y, finalmente, garantías de no repetición, que buscan tener repercusión pública para que los hechos cometidos no vuelvan a repetirse.

solo a los estatutos de procedimiento penal que existen en nuestro país, sino a múltiples decisiones de las altas corporaciones judiciales.

Por ejemplo, la Ley 906 de 2004, que instauró el sistema penal acusatorio y sustituyó el Código de Procedimiento Penal (que continúa vigente en lo tocante a delitos cometidos hasta el 31 de diciembre de 2004), consagró el recurso de revisión de los fallos cuando el Estado colombiano es condenado en una instancia internacional por no haber investigado seria e imparcialmente a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario.

La Ley 975 de 2005, Ley de Justicia y Paz, expedida para buscar la desmovilización de grupos armados al margen de la ley que quieran acogerse a sus beneficios a cambio de verdad, justicia y reparación para las víctimas del conflicto interno, ha tenido ya varias reformas mediante las leyes 1151 de 2007, 1448 de 2011 y 1592 de 2012. Con esto se buscó corregir problemas como la ineficacia y lentitud del sistema, su concepción restringida de las víctimas, el hecho de que la facultad de retirar a los postulados de los beneficios legales recaía en el Gobierno y no en la rama judicial, y la inexistencia de reglas para la priorización de casos y para garantizar la reparación económica de las víctimas.

Las decisiones de las altas corporaciones judiciales son numerosas y han servido de soporte al cambio de paradigma que se viene gestando. A partir de la Sentencia C-228 de 2002 de la Corte Constitucional, la parte civil en un proceso penal puede pedir reparaciones diferentes a las económicas. En efecto, la normatividad establecía la posibilidad de hacer las peticiones de reparación mediante lo que se conoce como constitución en parte civil, la cual podía darse dentro del proceso penal o por fuera de él. En el primer evento, se exigía la obligación de prestar juramento en el sentido de que no se había acudido a la otra vía en demanda civil. Esta situación ponía a las víctimas en una disyuntiva y, en ocasiones, cuando los regímenes de responsabilidad civil eran objetivos, era más fácil y exitoso en relación a la indemnización de perjuicios acudir a la vía civil por fuera del proceso penal, pero sacrificando la participación en estos procesos y, por lo tanto, los derechos a la verdad y a la justicia.

Dijo la Corte Constitucional colombiana en aquella ocasión:

De lo anterior surge que tanto en el derecho internacional, como en el derecho comparado y en nuestro ordenamiento constitucional, los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia —no restringida exclusivamente a una reparación económica— fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela

judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello solo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

La misma corporación, mediante la Sentencia C-014 de 2004, abrió la posibilidad de revocatoria de las decisiones de archivo de la investigación y de los fallos absolutorios en los procesos disciplinarios cuando las faltas que originan la investigación disciplinaria son de aquellas que constituyen violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Antes de dicho fallo, la facultad de las víctimas en los procesos disciplinarios se limitaba a presentar la queja, a pedir pruebas e interponer los recursos frente al auto de archivo del proceso o frente a la sentencia. No podían participar del debate probatorio de manera activa ni hacer otro tipo de alegaciones o actuaciones en defensa de su interés; ello porque se concebía la potestad disciplinaria como una actividad del Estado en defensa de la función pública y nunca de intereses particulares.

Por otra parte, la Sentencia C-370 de 1996 de la Corte Constitucional cambió la orientación de la Ley de Justicia y Paz, poniendo a las víctimas como eje de la ley, en lugar de los paramilitares. Para ello, amplió el concepto mismo de víctima, incluyendo en él a todos los parientes que pudieran haber recibido un perjuicio por el hecho dañoso, y no simplemente a los del primer grado de consanguinidad; impuso la obligación a los postulados de responder con sus bienes, obtenidos lícita o ilícitamente, por hechos cometidos por ellos o por otros miembros del grupo armado al cual pertenecieron; estableció la obligación de devolver las propiedades de las cuales habían sido desposeídas las víctimas, quitando la morigeración de *ser posible* que traía la norma; también declaró inexecutable lo estipulado en los artículos 70 y 71 de la Ley 975, donde se establecía la posibilidad de acumular otras rebajas de penas y se calificaba la pertenencia a grupos paramilitares como delito de sedición, contrario a la realidad histórica y fáctica.

En materia contencioso-administrativa, el cambio de paradigma ha sido profuso. Hasta hace muy pocos años, era común ver fallos de la justicia administrativa que, ante la ausencia de un registro civil de defunción, negaban la declaración de responsabilidad del Estado porque no era posible demostrar la muerte, aunque fuera palmaria y evidente la responsabilidad administrativa y que las víctimas de violaciones a los derechos humanos estaban en condiciones de imposibilidad tanto fáctica como jurídica para realizar las gestiones que de suyo eran una obligación que debía asumir de manera oficiosa el Estado, el

cual se veía favorecido por el incumplimiento de sus deberes. La institución de la caducidad, por su parte, se constituía como una barrera infranqueable para acceder a la justicia; era imposible pensar siquiera en medidas que encarnaran obligaciones de hacer para el Estado, pues ello se consideraba una intromisión del poder judicial en el ejecutivo.

Frente a esta situación absurda, el Consejo de Estado se ha puesto a tono con el devenir histórico y ha proferido varias decisiones paradigmáticas. Por ejemplo, ha relativizado el concepto de caducidad cuando se trata de delitos de lesa humanidad³; ha decretado medidas de justicia restaurativa de manera oficiosa aunque la entidad demandada sea apelante único; en casos de violaciones a los derechos humanos, ha aceptado que el tope indemnizatorio del perjuicio moral no es de 100 salarios mínimos legales mensuales, como se ha reconocido desde 2001, sino de 300 salarios y hasta de 1000, en caso de existir sentencia penal condenatoria en firme en contra de servidores públicos⁴. Adicionalmente, se ha empezado a plantear una nueva forma de reconocer los perjuicios a partir de derechos convencionales o constitucionales, lo que tiene efecto en las tipologías del perjuicio a reconocer.

No obstante los avances esbozados, subsisten aspectos que deberán ser corregidos, verbigracia, el alcance de los preacuerdos que consagra el sistema acusatorio, el cual puede ir en desmedro de los intereses de las víctimas y de la verdad material. También el nuevo Código Penal Militar (Ley 1407 de 2010) mantuvo en el artículo 171 el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por delitos comunes, desconociendo la *ratio decidendi* de la Sentencia C-878 de 2000, que declaró condicionalmente exequible la norma que regulaba este aspecto en la Ley 522 de 1999, bajo el entendido que:

La jurisdicción penal militar solo tendrá competencia para conocer de los delitos comunes que llegue a cometer el miembro de la fuerza pública, cuando estos delitos tengan relación directa con el marco de las actividades asignadas a la fuerza pública por la Constitución. Si la mencionada relación no existe, la competencia para conocer de la comisión de un delito de esta naturaleza será privativamente de la jurisdicción ordinaria.

- 3 Puede consultarse el auto admisorio del 17 de septiembre de 2013, con ponencia del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en el proceso radicado con el número 25000-23-26-000-2012-00537-01(45092), mediante el cual se admitió una demanda por la muerte de un ciudadano en la toma y retoma del Palacio de Justicia, hecho ocurrido en noviembre de 1985.
- 4 Puede consultarse la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 25 de septiembre de 2013, Radicado 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460), con ponencia del doctor Enrique Gil Botero.

La Ley de Víctimas y Restitución regula los derechos de las víctimas del conflicto armado dentro de los procesos judiciales e irradia todos los estatutos procesales penales, reforzando de paso los derechos de los niños, niñas, adolescentes, personas agredidas sexualmente, grupos indígenas, comunidades negras y, en general, de las personas más desvalidas.

Colombia se encuentra ante grandes desafíos para implementar esta ley, no solo por el enorme reto fiscal, dadas las indemnizaciones por vía administrativa que habrá que pagar a millones de víctimas y los costos para la adecuación de personal y tecnológicas en muchas instituciones del Estado, sino por el gran desafío de obtener la anhelada reconciliación nacional sin que la insurgencia tenga, al parecer, intención sincera de iniciar dicho camino y cuando el otro gran actor del conflicto ha mutado en bandas criminales que conservan las viejas estructuras y estrategias paramilitares. Adicionalmente, no podemos dejar de lado que se requiere una estructuración y consolidación definitiva de la misma ley, ajustándola a la Carta Política, lo que ya se ha iniciado gracias a varias sentencias de constitucionalidad y de unificación de jurisprudencia⁵.

El tema de restitución de tierras es especialmente problemático; primero, porque ha causado profundas divisiones en el país; segundo, porque el Estado y la sociedad en general deberán afrontar el desafío de grupos armados que desde ya se preparan para evitar que sea una realidad. No podemos desconocer la gran cantidad de asesinatos de quienes han tomado la bandera de la restitución y que las amenazas de muerte son constantes, principalmente en zonas como el Urabá antioqueño, Sucre y Bolívar⁶. En tercer lugar, porque adolece, como el resto de la ley, de una deficiente regulación en muchos tópicos, que de no ser corregidos posiblemente conducirán a un sinnúmero de procesos sin objeto.

En este trabajo, nos centraremos en el tercer aspecto problemático, para lo cual plantearemos algunos problemas que nacen de una inadecuada regulación y de algunas dificultades prácticas para la aplicación de la ley de restitución de tierras.

- 5 La Sentencia SU-254 del 24 de abril de 2013 de la Corte Constitucional retomó los avances de la jurisprudencia nacional e internacional en relación con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación; concluyó que estos derechos guardan una inescindible relación entre sí y que la reparación económica de los desplazados, denominada reparación administrativa, hace parte de sus derechos fundamentales.
- 6 “Van más de 50 líderes de restitución de tierras asesinados en 3 años” (*El Tiempo*, 3 de noviembre de 2013). La Defensoría del Pueblo, por su parte, afirma que entre 2006 y 2011, esto es, desde la expedición de la Ley de Justicia y Paz hasta la expedición de la Ley de Víctimas y Restitución, fueron asesinados 71 líderes de tierras (*Semana*, 9 de abril de 2012). De enero a mayo de 2015, fueron asesinados ocho líderes más (*El Tiempo*, 16 de mayo de 2015).

1. PRESENTACIÓN DE LA RESTITUCIÓN DE TIERRAS EN LA LEY 1448 DE 2011

El derecho a la restitución tiene su fundamento principalmente en el artículo 2º de la Constitución Política, dado que es un fin esencial del Estado la protección de los ciudadanos en la vida, honra, bienes y derechos consagrados legalmente. Adicional a ello, los artículos 8º y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consagran el derecho a tener el recurso judicial efectivo para la protección de los derechos. Además, los Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas (Principios Pinheiro) y los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos (Principios Deng) reivindican el derecho a la restitución de tierras y viviendas en un marco de igualdad, protección contra el desplazamiento, derecho de circulación, de regreso o retorno y, en general, en un marco de dignidad.

La jurisprudencia constitucional ha concebido el derecho a la restitución como un derecho fundamental y de aplicación inmediata que guarda estricta conexidad con los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral en general. En nuestro concepto, la restitución toca con la finalidad esencial de toda acción reparatoria, cual es la restitución plena, pero también toca con las garantías de no repetición, en la medida que los usurpadores se ven despojados de los bienes obtenidos de manera ilícita. Esta sanción de tipo económico se convierte en un mensaje que desmotiva la repetición de este tipo de conductas criminales y hace que terceros se abstengan de negociar con estas personas los predios usurpados.

La Corte Constitucional, retomando la normatividad nacional e internacional, ha definido que la restitución debe entenderse como el medio preferente y principal para la reparación de las víctimas, que debe complementarse con medidas compensatorias que incluyan el pago de bienes muebles y otros daños, y que es independiente del retorno, el cual siempre debe ser voluntario y, en caso de que las víctimas decidan no retornar o les sea imposible hacerlo, el Estado debe garantizar una indemnización adecuada. También ha dicho la Corte que se deben respetar los derechos de terceros ocupantes de buena fe, quienes, de ser necesario, también podrán acceder a medidas compensatorias⁷.

No obstante la claridad normativa y jurisprudencial que rige en este tema, la restitución de tierras fue uno de los puntos de mayor discrepancia entre el

7 Sentencia c-715 del 13 de septiembre de 2012 de la Corte Constitucional colombiana, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

expresidente Uribe y el presidente Santos, al igual que el reconocimiento de las víctimas de Estado y de la existencia del conflicto armado interno en Colombia.

La Ley 1448 de 2011 desarrolla especialmente el tema de la restitución de tierras y vivienda, consagrando las acciones pertinentes para lograrla, los principios que la rigen, los conceptos de despojo y abandono forzado, y los procedimientos de restitución. Así mismo, crea la institución que asumirá el reto: la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas y Abandonadas.

Ello dentro del marco general conformado por el Sistema Nacional de Atención y Reparación a las Víctimas, con participación de entidades del orden nacional, territorial y los programas presidenciales para las minas antipersonales y para la atención en derechos humanos y derecho internacional humanitario. Este sistema cuenta con el Comité Ejecutivo para la Atención y Reparación a las Víctimas, encargado de diseñar y adoptar la política pública en materia de atención, asistencia y reparación a víctimas, y la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, encargada de coordinar la ejecución de la política pública.

El Decreto 4800 de 2011, reglamentario de la ley, desarrolla ampliamente los elementos de prevención y protección, los cuales cobran una relevancia excepcional en el álgido tema de la restitución. Además, consagra, entre otras, medidas para garantizar la seguridad en los retornos y reubicaciones, como también los planes de contingencia, el *mapa de riesgo*, la Red de Observatorios de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el Sistema de Información del Sistema de Alertas Tempranas, el fortalecimiento del programa de defensores comunitarios, la capacitación de funcionarios públicos y miembros de la fuerza pública, la pedagogía social para la reconciliación y construcción de paz y las medidas de protección individual y colectiva.

La Ley 1592 de 2012 estableció normas sobre la destinación de los bienes ofrecidos, entregados, detectados oficiosamente o denunciados por los postulados en el marco del proceso penal establecido en la Ley 975 de 2005 (Ley de Justicia y Paz). Por ello, dispuso un conjunto de normas destinadas a organizar el sistema de alistamiento, recepción, transferencia y administración de bienes entre las autoridades encargadas de la ejecución de la Ley 1448 de 2011 y la Ley 975 de 2005.

A su vez, el Decreto 3011 de 2013, reglamentario de las leyes de Justicia y Paz y de Restitución de Tierras —además de la Ley 1592 de 2012—, estableció que el procedimiento para la restitución de los predios debe llevarse a cabo en virtud de la Ley 1448 de 2011. Por ello, dispuso que los expedientes que estuviesen en poder de la Fiscalía General de la Nación con fines de restitución fuesen remitidos

a la Unidad Administrativa Especial creada para tal fin, salvo aquellos que a 31 de diciembre de 2012 tuvieran medida cautelar debido a su ofrecimiento con fines de restitución, cuyo gestión sigue siendo competencia del magistrado con funciones de control de garantías, el cual, mediante trámite incidental decidirá sobre la entrega del bien, la compensación de terceros con buena fe exenta de culpa y todos los aspectos relacionados con la propiedad, posesión u ocupación del bien, en caso de baldíos.

La Ley de Víctimas y Restitución se aplica a las víctimas del conflicto armado interno en el periodo comprendido entre el primero de enero de 1985 hasta el 10 de junio de 2021, pero solo tienen derecho a la restitución de tierras y vivienda quienes hayan sido despojados u obligados al abandono de sus predios con posterioridad al primero de enero de 1991. Las víctimas de hechos anteriores al primero de enero de 1985 tienen derecho a conocer la verdad de los hechos, a la reparación simbólica y a las garantías de no repetición, pero no podrán acceder en principio a la indemnización administrativa, a las medidas de restitución de tierras y vivienda, ni a las de rehabilitación y de satisfacción⁸.

En resumen, si una persona resultó afectada por el conflicto en 1984, no tendría derecho a la restitución de sus predios en caso de haberlos perdido o abandonado, como tampoco a las medidas de asistencia psicosocial; si fue despojada en 1990, tendría derecho al acompañamiento psicosocial, mas no a la restitución de sus tierras; si fue despojada en 1992, tendría todos los derechos que establece la ley; pero si el despojo se produce después del 10 de junio de 2021, nuevamente perdería la acción para obtener no solo la restitución de sus tierras, sino las demás medidas de reparación, lo que es un problema que nace porque la ley parte de un anhelo de posconflicto en medio del conflicto. Consideramos que la ley se prorrogará en la medida que vaya evolucionando el conflicto, como ha venido aconteciendo con la Ley 418 de 1997, que creó mecanismos para la convivencia y la eficacia de la justicia, y, aunque su vigencia inicial era de cuatro años, ha sido prorrogada en varias oportunidades.

Los artículos 3º y 75 de la ley fueron objeto de varias demandas ante la Corte Constitucional, dado que en el sentir de algunos se establecen diferenciaciones arbitrarias entre las víctimas y por ello una clasificación que vulnera la cláusula de no discriminación que consagra la Carta Política. Esas discriminaciones se plantearon en relación con el ámbito temporal de aplicación de la ley y en relación con los derechos de las víctimas del conflicto armado y de aquellas que no lo son.

8 Sin embargo, más allá de lo estipulado por la ley, el artículo 155 del Decreto 4800 de 2011, estableció que aunque no se incluye en el Registro Único de Víctimas a aquellas personas afectadas por hechos cometidos antes de 1985, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación de Víctimas podrá concederles la reparación individual por vía administrativa, siempre y cuando cumplan con los requisitos del Decreto 1290 de 2008. También estableció para estas personas, en el artículo 171, parágrafo 1º, medidas de satisfacción genéricas.

Mediante Sentencia C-250 de marzo 28 de 2012, con ponencia del doctor Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte Constitucional consideró que las estipulaciones temporales de los artículos 3º y 75 de la ley eran razonables, pues se basaban en estudios históricos objetivos del conflicto armado y en criterios de sostenibilidad fiscal:

Ahora bien, el criterio de distinción de naturaleza temporal empleado en el artículo tercero demandado es idóneo para garantizar la sostenibilidad fiscal, pues delimita el conjunto de víctimas beneficiarias de las medidas de reparación de índole patrimonial.

Finalmente la limitación temporal no resulta desproporcionada respecto de los derechos de las víctimas pues, por una parte, la fecha del primero de enero de 1985 precisamente cubre el periodo histórico en el cual se produce el mayor número de víctimas y se agravan las violaciones al derecho internacional humanitario y en las normas internacionales de derechos humanos, por otra parte las víctimas anteriores a ese periodo resultan cobijadas por otro tipo de medidas de reparación, señaladas en el párrafo cuarto del artículo tercero de la ley, a saber: el derecho a la verdad, medidas de reparación simbólica y a las garantías de no repetición previstas en la presente ley, como parte del conglomerado social y sin necesidad de que sean individualizadas.

Además, la misma corporación, mediante Sentencia C-781, proferida el 10 de octubre de 2012, con ponencia de la doctora María Victoria Calle Correa, declaró exequible el artículo 3º de la Ley 1448 de 2011, en relación con la distinción entre víctimas del conflicto armado y víctimas de la delincuencia común:

Para la Corte la expresión “con ocasión del conflicto armado”, inserta en la definición operativa de “víctima” establecida en el artículo 3º de la Ley 1448 de 2011, delimita el universo de víctimas beneficiarias de la ley de manera constitucional y compatible con el principio de igualdad, como quiera que quienes lleguen a ser consideradas como tales por hechos ilícitos ajenos al contexto del conflicto armado, aun cuando no sean beneficiarios de la Ley 1448 de 2011, pueden acudir a la totalidad de las herramientas y procedimientos ordinarios de defensa y garantía de sus derechos provistos por el Estado colombiano y su sistema jurídico. La expresión “con ocasión del conflicto armado”, tiene un sentido amplio que cubre situaciones ocurridas en el contexto del conflicto armado. A esta conclusión se arriba principalmente siguiendo la ratio decidendi de la Sentencia C-253A de 2012, en el sentido de declarar que la expresión “con ocasión de” alude a “una relación cercana y suficiente con el desarrollo del conflicto armado”.

El fin de la Ley 1448 de 2011 es la restitución tanto jurídica como material de los bienes despojados y abandonados forzosamente. Para ello se crean trámites e instancias administrativas y judiciales, estas últimas con poderes exorbitantes. También proceden la restitución por equivalencia y la compensación económica, esta última solamente en caso de no ser posibles las dos primeras. La restitución por equivalencia es viable cuando el inmueble a restituir se encuentre en zona de alto riesgo de inundación o de desastre natural; cuando haya sido restituido a otra víctima despojada del mismo bien; cuando la restitución efectiva implique riesgo para la vida o la integridad personal o familiar del despojado; y cuando a raíz de la destrucción parcial o total del bien sea imposible su reconstrucción en condiciones similares a las que tenía antes del despojo.

El despojo es la privación arbitraria de la propiedad, posesión u ocupación, mediante aprovechamiento de la situación de violencia, ya sea de hecho, por medio de negocio jurídico, acto administrativo, sentencia, o mediante la comisión de delitos asociados a la situación de violencia.

Ha sido una práctica frecuente en el conflicto colombiano la adquisición de tierras mediante compraventas forzadas, pero el hecho de que se incluyan las decisiones administrativas y aun judiciales es un gran paso que se constituye en una excepción a la tradición jurídica del país, en la cual se otorga una presunción de legalidad a este tipo de actos.

Se entiende por abandono forzado de tierras la situación temporal o permanente a la que se ve abocada una persona, quien es forzada a desplazarse y por ello se ve impedida para ejercer la administración y explotación de su predio, o simplemente cuando por esta circunstancia pierde el contacto directo con dicho predio.

El tiempo que dure el despojo o la imposibilidad de ejercer el derecho de posesión no se tendrá en cuenta para interrumpir la prescripción adquisitiva en el caso de los poseedores, o el tiempo de explotación económica necesaria, en el caso de adjudicación de bienes baldíos.

Pasando al tema de la legitimación, obviamente podrán demandar en el trámite de restitución quienes hayan sido propietarios o poseedores de los predios o explotadores de baldíos; adicionalmente, el artículo 81 otorga legitimación al cónyuge, compañero o compañera permanente, y esta debe entenderse también extensible a las parejas del mismo sexo. Además, el inciso tercero de este artículo establece que:

Cuando el despojado, o su cónyuge o compañero o compañera permanente hubieran fallecido, o estuvieren desaparecidos podrán iniciar la acción los

llamados a sucederlos, de conformidad con el Código Civil, y en relación con el cónyuge o el compañero o compañera permanente se tendrá en cuenta la convivencia marital o de hecho al momento en que ocurrieron los hechos.

Consideramos que hay un gran avance en la hipótesis de la desaparición, pues las víctimas no tendrán que iniciar largos y costosos procesos de presunción de muerte, los cuales en muchos casos son tan complicados por las publicaciones en la prensa y radio, y la competencia territorial que estipula la normatividad colombiana, que ello desestimula enormemente el ejercicio de este derecho, aunque dicho asunto debe mirarse con especial cuidado, como veremos más adelante.

La acreditación de la muerte se hará mediante el respectivo registro civil de defunción o, en su defecto, conforme a la jurisprudencia sentada por el Consejo de Estado, con las pruebas supletorias pertinentes⁹.

Adicionalmente, cuando los sucesores sean menores de edad o personas incapaces, o vivan con el despojado y dependan económicamente de él, al momento de la victimización, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas ejercerá la acción en su favor. Sin embargo, creemos que debe haber un acompañamiento obligatorio por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el caso de los menores. En el evento de personas que dependan económicamente del despojado y sean mayores de edad y capaces, consideramos que para ejercer la acción deben contar con la autorización y voluntad de la víctima.

En algunas de sus normas, la ley hizo referencia a los tenedores de los inmuebles, como podrían ser los arrendatarios, aparceros, locatarios, etcétera, lo que dio lugar a pensar que estas personas, que ejercían su derecho reconociendo el dominio o posesión de otro, también tendrían legitimación para iniciar el trámite de restitución cuando hubiesen sido obligadas a desplazarse o a perder la tenencia del bien; sin embargo, la Corte Constitucional aclaró este punto, de manera correcta en nuestros sentir, señalando que estas personas no eran

9 La Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia del 22 de marzo de 2012, Radicado 23001-23-31-000-1997-08445-01(22206), con ponencia del doctor Danilo Rojas Betancourth, ordenó indemnizar a los familiares de una víctima civil que falleció en medio de un enfrentamiento entre la fuerza pública y la guerrilla, aunque no se aportó al proceso el respectivo registro civil de defunción. Dicha posición es un cambio frente a la jurisprudencia tradicional y se debió a que se tuvieron en cuenta las siguientes consideraciones: 1) la exigencia de dicha formalidad afectaría el derecho de los demandantes a la reparación del daño sufrido, al debido proceso y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; 2) la inexistencia de dicho documento no es imputable a los demandantes; 3) puede admitirse como prueba de la muerte alguno de los siguientes documentos: (i) acta del levantamiento del cadáver; (ii) constancia de defunción suscrita por el médico tratante; (iii) informe oficial elaborado por una autoridad pública; 4) hay que tener en cuenta la complejidad de la situación de los derechos humanos en Colombia y la dificultad en ciertas zonas del país para acceder a las oficinas que cumplen la función de registro civil.

titulares de la acción de restitución, pero podían obtener la reparación de sus derechos mediante los otros mecanismos que trae la ley, verbigracia, la reparación administrativa o la indemnización¹⁰.

La acción es independiente del retorno del despojado y de la responsabilidad penal, administrativa, disciplinaria o civil de las personas involucradas en la desposesión del inmueble, así como de quienes realizaron las amenazas o los actos de violencia. Otra de las características es que la acción es supremamente informal, puesto que la demanda puede ser interpuesta de forma escrita u oral, con o sin apoderado, por intermedio de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, de manera individual o colectiva, cuando se dé uniformidad con respecto a la vecindad de los bienes despojados o abandonados, el tiempo y la causa del desplazamiento. Por otra parte, las notificaciones se surtirán por el medio que el juez o magistrado considere más eficaz.

Los magistrados de los tribunales superiores de distrito judicial especializados en restitución de tierras decidirán en única instancia los procesos en que se reconozcan opositores. Así mismo, conocerán de las consultas de las sentencias desfavorables a las víctimas dictadas por los jueces civiles del circuito especializados en restitución de tierras. Estos últimos también conocerán y decidirán en única instancia los procesos en que no se reconozcan opositores y los tramitarán hasta antes del fallo cuando haya opositores.

El auto que admita la solicitud dispondrá su inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos, la sustracción provisional del comercio del predio cuya restitución se solicita, y la suspensión de absolutamente toda clase de procesos judiciales, notariales y administrativos sobre el predio, salvo los procesos de expropiación, pues se entiende que prima el interés general sobre el particular.

Del inicio del proceso deberán ser notificados el representante legal del municipio donde esté ubicado el predio y el Ministerio Público. Se ordenará la publicación de la admisión de la solicitud en un diario de amplia circulación nacional, para el ejercicio del derecho de defensa y comparecencia de personas determinadas e indeterminadas que pretendan tener derechos legítimos relacionados con el predio. Se dará traslado de la solicitud a quienes figuren inscritos como titulares de derechos y a la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, cuando la solicitud no haya sido tramitada con su intervención, y se designará un representante judicial para representar los intereses de los terceros indeterminados, en caso de que estos no se presenten.

10 Sentencia c-715 de septiembre 13 de 2012, magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Ahora bien, faltó precisión conceptual cuando la ley dispuso, en su artículo 88, que las oposiciones deberán presentarse ante el juez dentro de los quince (15) días siguientes a la solicitud, cuando el término, de manera obvia, debe contarse a partir de las notificaciones efectivas o de las publicaciones¹¹. Consideramos que hay que empezar a garantizar los derechos de contradicción de los opositores en el marco del debido proceso, si no queremos dar al traste con estos procesos e incurrir en un sinnúmero de nulidades y procesos inocuos. Aunque la ley no lo dice, pensamos que debe intentarse la notificación personal a las personas determinadas que tengan derechos inscritos en el predio objeto de litigio. En este aspecto, sostenemos que, además de la publicación en un diario de amplia circulación nacional, se debió disponer la fijación de un aviso en el predio mismo.

Como excepciones de fondo, solamente pueden admitirse la buena fe exenta de culpa, el justo título del derecho y las referentes al valor del derecho, o la tacha de la calidad de despojado de la persona o grupo en cuyo favor se solicitó la restitución. Consideramos que esta limitación es abiertamente inconstitucional y que pueden surgir otras excepciones que no se pueden desconocer, verbigracia, la identidad jurídica y material del predio cuando haya sido englobado o desenglobado de otro.

Se concentrarán en este trámite especial de restitución todos los actos judiciales, administrativos, notariales o de cualquier otra naturaleza que adelanten autoridades públicas o privadas que ejerzan funciones públicas en los cuales se hallen comprometidos derechos sobre el predio objeto de la acción. También se acumularán las demandas en las que varios sujetos reclamen inmuebles colindantes o inmuebles que estén ubicados en la misma vecindad, así como las impugnaciones de los registros de predios en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente. Estamos, pues, ante la presencia de una nueva y generosa concepción de acumulación procesal, en la que prima lo sustancial sobre lo formal.

Los funcionarios que sean informados sobre el inicio de un proceso de restitución por parte del magistrado que conoce del asunto perderán la competencia sobre los trámites que adelanten y procederán a remitírselos a este de manera inmediata.

Para evitar decisiones contradictorias, las entidades públicas que tengan alguna función en relación con este trámite deberán poner al tanto a los funcionarios judiciales, a las oficinas de registro de instrumentos públicos y a las notarías, sobre requerimientos de los procesos de restitución, para lo cual se integrarán sus sistemas de información con el de la rama judicial.

11 La Corte Constitucional efectivamente corrigió este yerro mediante Sentencia C-438 de 2013, con ponencia del magistrado Alberto Rojas Ríos.

El fallo se dictará dentro de los cuatro meses siguientes a la solicitud, término cuyo incumplimiento constituirá falta gravísima, y en él se hará pronunciamiento sobre absolutamente todos los aspectos relativos a la propiedad, posesión u ocupación —en caso de baldíos— del predio objeto de la demanda; se decretarán las compensaciones a que hubiera lugar, a favor solo de los opositores que prueben buena fe exenta de culpa; se ordenará que la restitución o compensación se efectúe a favor de la víctima y su cónyuge, compañero o compañera permanente, aunque uno de ellos no hubiere comparecido al proceso y así no estuvieren unidos por vínculo legal al momento de dictarse el pronunciamiento; se ordenará a la oficina de registro de instrumentos públicos la cancelación de todo antecedente registral posterior al despojo o abandono; se incluirán las órdenes para que los inmuebles restituidos queden protegidos en los términos de la Ley 387 de 1997, si los sujetos a quienes se les restituya el bien están de acuerdo; se pronunciará sobre la declaración de pertenencia o adjudicación de baldíos y sobre la transferencia del bien despojado al fondo de la unidad administrativa, cuando sea imposible restituirlo al demandante; y se decidirá sobre la declaratoria de nulidad de las decisiones judiciales y de los actos administrativos que por efectos de la sentencia pierdan validez jurídica.

Finalmente, se mantiene la competencia de los jueces de restitución para adoptar las medidas necesarias para la protección del bien restituido y la seguridad de los demandantes y sus familias.

Este es, de manera muy general, el espectro de la normativa que rige el trámite de restitución de tierras. Ahora entraremos a analizar algunos aspectos que consideramos especialmente problemáticos, dado que por el afán de ahondar en garantías para las víctimas, se descuidaron muchos aspectos, se regularon mal otros y se obviaron algunos principios constitucionales. Esto sin dejar de lado que no tiene mucho sentido desconocer el proceso de violencia que se vivió en la década de los años ochenta, cuyas víctimas quedaron definitivamente por fuera de la posibilidad de obtener la restitución de sus propiedades. A su vez, quienes perdieron o pierdan sus predios en el marco de violencia generalizada por el narcotráfico o por las hoy denominadas bandas criminales emergentes (Bacrim), posiblemente tanguen que afrontar procesos de tutela o contencioso administrativos cuando sus perspectivas no coincidan con las de la Unidad Administrativa Especial para la Gestión y Restitución de Tierras, dado que, como se explicó anteriormente, aunque la Corte Constitucional no excluyó a priori a estos grupos de la conceptualización como actores del conflicto armado, tampoco fue lo suficientemente clara, pues no delimitó los conceptos de conflicto armado y de delincuencia común.

Una deficiente regulación y aplicación de la ley no hará más que dilatar los procesos y propiciar un sinnúmero de decisiones no solo viciadas de nulidad,

sino injustas e inútiles a la postre para el fin de la reconciliación nacional. Será deber de los jueces de restitución y de la Corte Constitucional ajustar la ley a la Constitución Nacional.

2. ALGUNAS DEFICIENCIAS EN LA REGULACIÓN DE LA LEY 1448 DE 2011

2.1. Deficiencias en la regulación probatoria

El juez de restitución de tierras tiene facultades que ningún otro juez ha tenido en la tradición jurídica colombiana. Así, el artículo 89 de la ley dispone que tan pronto llegue al convencimiento respecto de la situación litigiosa, podrá proferir el fallo sin necesidad de decretar o practicar las pruebas solicitadas, lo que claramente consideramos violatorio de la Constitución Política. En efecto, la ley consagra prerrogativas procesales, sustanciales y probatorias para las víctimas, pero no puede agregarse a esto la limitación al derecho de contradicción, de defensa y el debido proceso de las personas contra quienes se instaura la acción de restitución, más aún cuando pueden resultar afectados terceros de buena fe, los cuales, a su vez, tienen que probar, en un grado más alto de exigencia, que su buena fe está exenta de culpa. Las sentencias deben estar sustentadas no en convicciones personales, sino en pruebas objetivamente decretadas, practicadas y controvertidas. Cosa diferente es que el juez pueda negar el decreto de una prueba por considerarla inconducente o impertinente o negar la práctica de una ya decretada si se dan criterios objetivos para hacerlo. Además, no podemos soslayar que la ley no establece recursos cuando se niega la práctica o el decreto de una prueba, y no podría, en estricto sentido, sostenerse que este vacío se llena con la regulación en procedimiento civil, porque, al observar la estructura de la regulación en materia de restitución, vemos que, según el artículo 79, los magistrados de restitución conocen del proceso en única instancia cuando hay opositores, lo que excluye el recurso de apelación, no solo para la sentencia, sino para todos los autos que se dicten en el trámite.

En nuestros estatutos procesales, se ha acudido normalmente a la libre apreciación de la prueba conforme a los criterios de la sana crítica y la experiencia, y excepcionalmente se exige la tarifa legal, como ocurre para probar el derecho a la propiedad y el estado civil, entre otros.

En nuestra legislación, no existe el sistema de la íntima convicción, en el cual, al proferir la decisión, el juzgador no está obligado a dar las motivaciones que lo llevan a ella, como ocurre con los jurados de conciencia. Sin embargo, aunque la norma en comentario no faculta al juez de restitución para no motivar el fallo,

va más allá al autorizarlo para fallar sin practicar las pruebas pedidas o incluso decretadas, lo que, en nuestro sentir, excede las facultades del legislador en la materia.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-203 de 2011, dijo en relación con el poder de regulación del legislador en materia probatoria:

En cuanto a los alcances del poder, conforme el recuento jurisprudencial de la Sentencia C-738 de 2006, en desarrollo de dicha facultad, el legislador tiene las siguientes potestades: [...] iii) La regulación de los medios de prueba, ingrediente consustancial al debido proceso y al derecho de defensa, reconocible en los siguientes derechos: a) “el derecho para presentarlas y solicitarlas”; b) “el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra”; c) “el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción”; d) “el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de este”; e) “el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos”; y f) “el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso”.

Como se observa, la regulación de la actividad probatoria toca con el derecho al debido proceso, el cual es considerado fundamental de manera unánime, no solo en nuestra jurisprudencia, sino en la tradición del sistema interamericano de derechos humanos.

Adicionalmente, la ley establece la inversión de la carga probatoria a favor de las víctimas de despojo o abandono, lo que es un avance importante, dado que nuestro ordenamiento procesal civil parte, por regla general, del principio según el cual quien afirma un hecho debe probarlo, salvo en el caso de negaciones indefinidas, hechos notorios y ciertos indicadores económicos¹². En efecto, el artículo 78 dispone que les bastará probar sumariamente la propiedad, posesión u ocupación, y el reconocimiento como desplazados en el proceso judicial, o, en su defecto, aportar prueba sumaria del despojo, para trasladar la carga de la prueba al demandado o a quienes se opongan a la pretensión de la víctima en el curso del proceso de restitución, salvo que estos también hayan sido reconocidos como desplazados o despojados del mismo predio.

12 El nuevo Estatuto General del Proceso, que entró a regir el primero de enero de 2014, parte del mismo principio reseñado, pero además da al juez la facultad de distribuir la carga probatoria en caso de indefensión o incapacidad de una de las partes o cuando una de ellas tenga más cercanía a la prueba o conocimientos técnicos, entre otras circunstancias. Con esto acoge la jurisprudencia que desarrolló la teoría de la carga dinámica de la prueba.

Existe una falta de técnica jurídica en lo que toca con la prueba sumaria de la propiedad, dado que, según la legislación civil, esta solamente puede demostrarse con la escritura pública otorgada ante notario y con la correspondiente nota de registro en la oficina de registro de instrumentos públicos. Entonces, debe entenderse que la propiedad habrá de demostrarse según la legislación civil, y, de no hacerse así, de todas formas se podrá acudir a la acción de restitución, no como dueño, sino como poseedor del inmueble u ocupante, en el caso de baldíos. También debe tenerse en cuenta que el artículo 84 de la ley exige que con la solicitud de restitución se presente el certificado de tradición y libertad del inmueble cuya restitución se pretende, lo cual no solo sirve para demostrar la propiedad en la época del despojo o abandono, sino para garantizar los derechos reales de terceros sujetos a registro.

Por otra parte, se establecen presunciones cuando un predio es inscrito en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas, verbigracia, se presume de derecho que existe ausencia de consentimiento o causa ilícita en los actos jurídicos que afecten derechos reales, la posesión u ocupación respecto de inmuebles objeto de restitución, si fueron celebrados entre primero de enero de 1991 y la fecha de vigencia de la ley, sea directamente por la víctima o por quienes tienen legitimación para instaurar la acción, con las personas que hayan sido condenadas por cualquier tipo de relación con grupos armados al margen de la ley, o por narcotráfico o delitos conexos, hayan actuado por sí mismas o por medio de terceros.

Como sabemos, la presunción de derecho no admite prueba en contrario y en este punto la ley debió haber exceptuado del beneficio de restitución a quienes se logre demostrar que se dedicaban a actividades ilegales o utilizaban sus predios para tal fin.

Además, la ley establece otras presunciones, que admiten prueba en contrario, de la ausencia de consentimiento o causa lícita en actos jurídicos que afecten inmuebles en cuya colindancia hayan ocurrido actos de violencia generalizados, fenómenos de desplazamiento forzado colectivo o violaciones graves a los derechos humanos en la época en que ocurrieron las amenazas o hechos de violencia que se alega causaron el despojo o abandono; también respecto de inmuebles vecinos de aquellos donde se hubieran producido alteraciones significativas de los usos de la tierra, como la sustitución de agricultura de consumo y sostenimiento por monocultivos, ganadería extensiva o minería industrial, con posterioridad a la época en que ocurrieron las amenazas, los hechos de violencia o el despojo.

Cuando no se logre desvirtuar la ausencia de consentimiento en los actos jurídicos cobijados con las presunciones legales, se declarará la inexistencia de estos

y todos los actos posteriores que se hayan celebrado sobre la totalidad o parte del bien estarán viciados de nulidad absoluta.

A esto hay que darle un contenido razonable, pues la norma prevé una consecuencia jurídica sancionatoria que puede afectar a terceros de buena fe, como ocurriría en el caso de una persona que adquirió en segundo o tercer grado un predio que fue despojado o abandonado según la presunción establecida en el artículo 77. La víctima inicial puede pedir la restitución del predio frente al actual propietario, poseedor u ocupante, que bien puede ignorar totalmente las circunstancias específicas en las que se realizó el negocio jurídico inicial. Incluso el solo hecho de no tener información sobre el acto jurídico va a imposibilitar su defensa, pues el consentimiento es totalmente personal, y en principio solo pueden tener acceso a dicha información las partes que intervinieron en el negocio, quedándole como única posibilidad de defensa al tercero probar su buena fe exenta de culpa para recibir las compensaciones a que hubiere lugar.

Esta forma de regulación pone en entredicho miles de negocios jurídicos que, aunque se realizaron en zonas de violencia generalizada, cumplieron con todos los requisitos de validez.

No se puede soslayar que zonas como el Urabá antioqueño, Córdoba y Sucre estuvieron bajo absoluto dominio de los paramilitares por muchos años, llegando estos incluso a sustituir al Estado en las labores de seguridad y administración de justicia.

Llama la atención la causal que establece esta presunción en los casos en los que el valor formalmente consagrado en el contrato o el valor efectivamente pagado sean inferiores al 50 % del valor real de la transacción. Evidentemente, la norma tiene sentido cuando se trata del valor efectivamente pagado, no así en la primera hipótesis, pues es costumbre, no solo en el campo, sino en todo el país, firmar los contratos de compraventa con el valor del avalúo catastral, el cual en muchas zonas del país es considerablemente inferior al valor comercial de los bienes, ello con el fin de evitar mayores gastos notariales y de registro, sin que ello implique ningún tipo de ilegalidad que tenga relación con el tema que regula la ley. La norma, entendida literalmente, establece una causal objetiva de restitución, en la cual no importaría realmente si la persona que pretende la restitución recibió un justo precio por su inmueble.

Compartimos las presunciones de derecho que establece la norma, pues de todas formas si el predio ha sido adquirido por terceros de buena fe exenta de culpa, estos tendrán derecho a sus compensaciones, aunque debe inaplicarse cuando se demuestre que quien solicita la restitución se dedicaba a actividades

ilícitas¹³. Pero quedan dudas en relación con la justeza de la norma en la segunda hipótesis referida a los hechos de violencia generalizados, pues el adquirente del predio puede ser perfectamente un tercero de buena fe sin relación con los hechos de violencia y que lo haya adquirido a un precio comercial al momento de la negociación, resultando a la postre sancionado por una situación que se escapa a su responsabilidad y frente a la cual la prueba para oponerse resultaría prácticamente imposible.

No debemos olvidar que los Principios Pinheiro sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas también parten del respeto de los derechos de los ocupantes secundarios, al establecer que:

17.1. Los Estados deben velar por que los ocupantes secundarios estén protegidos contra el desalojo forzoso arbitrario o ilegal. En los casos en que su desplazamiento se considere justificable e inevitable a los efectos de la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio, los Estados garantizarán que el desalojo se lleve a cabo de una manera compatible con los instrumentos y las normas internacionales de derechos humanos, proporcionando a los ocupantes secundarios las debidas garantías procesales, incluida la posibilidad de efectuar consultas auténticas, el derecho a recibir una notificación previa adecuada y razonable, y el acceso a recursos jurídicos, como la posibilidad de obtener una reparación. (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2007)

Sea esto un argumento para considerar que la restitución de tierras y viviendas para personas despojadas y obligadas al abandono forzado debe primar ante todo, pero el derecho a la reparación o compensación de los ocupantes secundarios debería depender de la demostración de la simple buena fe, no de la buena fe exenta de culpa, como lo exige la ley.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-740 de 28 de agosto de 2003, diferenció entre ambos conceptos:

La buena fe creadora o buena fe cualificada, interpreta adecuadamente una máxima legada por el antiguo derecho al moderno, error communis facit jus y, que ha sido desarrollada en nuestro país por la doctrina desde hace más de cuarenta años, precisando que “tal máxima indica que si alguien en la adquisición de un derecho o una situación comete un error o equivocación, y creyendo adquirir un derecho o colocarse en una situación jurídica protegida por la ley, resulta que tal derecho o situación no existe por ser meramente aparentes, normalmente y con lo que se dijo al exponer el con-

13 En nuestro concepto, sería posible para los jueces aplicar el control difuso de constitucionalidad, el cual permitiría solucionar este problema en caso de que no haya una reforma legislativa en la materia.

cepto de buena fe simple, tal derecho no resultará adquirido. Pero si el error es de tal naturaleza que cualquier persona prudente o diligente también lo hubiera cometido, por tratarse de un derecho o situación aparentes, pero en donde es imposible descubrir la falsedad o no existencia, nos encontramos forzosamente ante la buena fe cualificada o buena fe exenta de culpa.

Esta diferenciación cobrará mayor sentido cuando analicemos el tema de la perspectiva parcial de la ley en el acápite de dificultades prácticas para la implementación de esta.

2.2. El principio de cosa juzgada

Históricamente, siempre ha habido una tensión entre los conceptos de seguridad jurídica y justicia, la cual se ha solucionado por medio de diversas instituciones, como la prescripción, la caducidad y el principio de cosa juzgada, entre otras. Pero estas instituciones, que encarnaban el justo medio en un momento histórico determinado, han cedido ante el avance del reconocimiento de las víctimas de violaciones a los derechos humanos.

Entonces, hay que armonizar esa tendencia que se proyecta desde hace más de una década, en la cual se va ampliando el abanico de los derechos de las víctimas, con estos principios constitucionales y ver si la Ley de Víctimas y Restitución los regula de manera adecuada.

Las bases para solucionar esta tensión las encontramos en la Sentencia C-014 de 2004 de la Corte Constitucional¹⁴:

Ni el principio de seguridad jurídica, ni el principio de justicia material tienen valor absoluto. El primero, porque la imposibilidad absoluta de remover del mundo jurídico un fallo disciplinario, conduciría en muchos supuestos al sacrificio de la justicia material. Piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad de revocar un fallo sancionatorio que se sabe, a buen seguro, fue proferido con manifiesto desconocimiento de la Constitución. Y el segundo, porque en aras de la promoción de un orden justo, a la administración no le está dado desconocer el efecto vinculante de sus propios fallos disciplinarios pues ello desconocería el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos y vulneraría el principio de seguridad jurídica. Piénsese, en este

14 En esta sentencia, la Corte Constitucional sostuvo que es exequible la norma del Código Disciplinario Único que permite la revocatoria de los fallos sancionatorios, mas no de los absolutorios, pero aclaró que si la falta disciplinaria es de aquellas que implican la vulneración de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, sería procedente la revocatoria del fallo absolutorio.

caso, en la incertidumbre generada por la revocatoria generalizada de los fallos disciplinarios.

En ese marco, ya que la Carta Política constituye un sistema armónico de mandatos de optimización, la tarea de regular de una manera u otra las distintas tensiones que se presentan entre tales mandatos le incumben a la instancia legislativa del poder público. Este centro de poder es el legitimado para tomar las decisiones políticas requeridas para compatibilizar las tensiones que surgen ante el valor relativo de los principios constitucionales y ante la necesidad de armonizarlos de tal manera que se promueva la pacífica convivencia.

La Ley de Víctimas y Restitución toma resueltamente partido por el principio de justicia material. En efecto, en relación con las decisiones judiciales, el artículo 77, numeral 4º, dispone que si el solicitante prueba la propiedad, posesión u ocupación, y el posterior despojo de un bien inmueble, “no podrá negársele su restitución con fundamento en que una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada otorgó, transfirió, expropió, extinguió o declaró la propiedad a favor de un tercero, o que dicho bien fue objeto de diligencia de remate”.

En relación con los actos administrativos, se vislumbra la misma situación, pues no podrá negarse la restitución del bien con fundamento en que un acto administrativo posterior legalizó una situación jurídica contraria a los derechos de la víctima. Se presume legalmente que tales actos son nulos y se produce el decaimiento de todos los actos administrativos posteriores y la nulidad de todos los actos y negocios jurídicos privados que recaigan sobre la totalidad del bien o sobre parte de él.

Esto es un cambio no solo normativo sino del paradigma del principio de legalidad, consagrado en los artículos 6º, 29, 121, 122 y 209 de la Carta Política. Históricamente, se han concebido mecanismos como la vía gubernativa y la revocatoria directa de los actos administrativos, además de controles judiciales, no para enervar el principio de legalidad, sino para afianzarlo.

En efecto, los artículos 69 a 74 del Código Contencioso Administrativo anterior, Decreto 01 de 1984, reglamentaban la revocatoria directa de los actos administrativos de contenido particular y concreto, la cual se basaba en la protección constitucional de los derechos adquiridos y el principio de seguridad jurídica. Para modificar estas situaciones subjetivas se requería el consentimiento expreso del afectado, salvo si se trataba de un acto presunto positivo o era evidente que el acto ocurrió por medios ilegales. Adicionalmente, los artículos 85 y 136 regulaban la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, para enervar, esta vez en la instancia judicial, la validez de dichos actos. El Código de Proce-

dimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), Ley 1437 de 2011, que entró a regir el 2 de julio de 2012, regula la materia, reiterando en el artículo 88 la presunción de legalidad, y en los artículos 93 a 97, la revocatoria directa de dichos actos, contemplando en líneas generales la misma filosofía de la normatividad anterior.

Queda la duda respecto de la facultad del legislador para asignar a estos jueces decisiones que tocan con la anulación de actos administrativos, cuando por expreso mandato constitucional hay una clara división entre la justicia ordinaria y la contencioso-administrativa, según los artículos 235 a 238 de la Carta.

Corresponderá a la Corte Constitucional ponderar todos estos aspectos, cuestión compleja porque, en el marco de justicia transicional que pretende la anhelada paz en Colombia, los derechos de las víctimas han ido tomando una posición privilegiada y, a su vez, se han ido relativizando otros derechos que otrora eran considerados casi absolutos.

La ley aplicada en su tenor literal puede ser un instrumento para propiciar una nueva forma de despojo de la cual serían víctimas los terceros de buena fe que hubiesen adquirido estos predios. Creemos que debió delimitarse la acción de restitución efectiva o material a aquellos bienes que están aún en cabeza de los despojadores, de sus causahabientes, de sus testaferros o de personas naturales o jurídicas respecto de las cuales se pueda probar o colegir razonablemente su relación con el victimario. Ello sin desconocer que la víctima debería tener el derecho de optar a voluntad por la restitución por equivalencia o por compensación. En los casos en que la acción se impetre contra terceros de buena fe, la restitución efectiva debe operar solo en aquellos casos en los que indefectiblemente la víctima de despojo o abandono forzado opte por la restitución material, pero reconociendo a los terceros afectados una compensación material o por equivalencia independientemente de que su buena fe sea simple o exenta de culpa.

La regulación actual de la ley de restitución hace posibles situaciones absurdas e injustas, como el que una víctima de despojo o abandono forzado quiera acceder a una restitución por compensación, porque simplemente no le interesa volver al sitio de los hechos o los herederos de la víctima directa han perdido su nexo con la región, pero ello no es posible porque la ley no les torga la facultad de escoger la modalidad de restitución. Por otra parte, el tercero de buena fe que ocupa el mismo predio puede verse obligado a restituirlo a cambio de una compensación, o en el peor de los casos sin compensación alguna, si no logra probar que su buena fe es exenta de culpa o por el simple hecho de no tener una defensa técnica adecuada en el proceso. Esta última hipótesis no va a ser extraña, pues, como veremos en el siguiente acápite, la perspectiva parcial de

la ley puede crear situaciones injustas y difíciles en zonas donde el despojo fue propiciado por los grupos subversivos, cuya dinámica es diferente de lo sucedido en las regiones donde el despojo se produjo por grupos paramilitares.

2.3. La ley limita la autonomía de la voluntad del despojado

El artículo 72, inciso quinto, de la ley establece que en los casos en los cuales la restitución jurídica y material del inmueble despojado sea imposible o cuando el despojado no pueda retornar por peligro para su vida e integridad personal, se le ofrecerá la modalidad de restitución por equivalencia, esto es, con terrenos de características similares a los que tenía. Solo en caso de ser imposibles los dos eventos anteriores, se optará por la compensación.

A su vez, el artículo 97 determina, al parecer de manera taxativa, los casos en los que se considera imposible la restitución jurídica y material del bien: 1) cuando el bien está localizado en zona de alto riesgo de inundación, derrumbe o catástrofe; b) cuando ha sido restituido a otra víctima de despojo; c) cuando la restitución implica riesgo para la vida e integridad del solicitante o de su familia; y d) cuando haya destrucción total o parcial del inmueble y sea imposible su reconstrucción.

Es claro entonces que el despojado o la persona obligada al abandono forzado de sus tierras no puede optar a voluntad por la compensación o por la restitución por equivalencia.

Consideramos que todo condicionamiento en la materia es arbitrario y, aunque hay un margen de configuración para el legislador, la misma Corte Constitucional ha definido reglas para la restitución y específicamente ha dicho que:

(i) La restitución debe establecerse como el medio preferente para la reparación de las víctimas al ser un elemento esencial de la justicia restaurativa

(ii) La restitución es un derecho en sí mismo y es independiente de que las víctimas despojadas, usurpadas o que hayan abandonado forzosamente sus territorios retornen o no de manera efectiva.

(iii) El Estado debe garantizar el acceso a una compensación o indemnización adecuada para aquellos casos en que la restitución fuere materialmente

imposible o cuando la víctima de manera consciente y voluntaria optare por ello¹⁵ (*destacado fuera del texto original*).

Adicionalmente, los Principios Pinheiro sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas establecen:

21.1. Todos los refugiados y desplazados tienen derecho a una indemnización plena y efectiva como componente integrante del proceso de restitución. La indemnización puede ser monetaria o en especie. Para cumplir el principio de la justicia retributiva, los Estados velarán por que el recurso de indemnización solo se utilice cuando el de restitución resulte de hecho imposible, cuando la parte perjudicada acepte la indemnización en lugar de la restitución con conocimiento de causa y de forma voluntaria, o cuando en las condiciones de un acuerdo de paz negociado se prevea una combinación de restitución e indemnización.

De la posición de la Corte Constitucional y de los Principios Pinheiro se colige claramente que optar por la compensación económica o por equivalencia, aunque sea posible la restitución material de los bienes, es un derecho de las víctimas: primero, porque por regla general debe darse prevalencia a las interpretaciones extensivas en materia de derechos, principio aplicable en virtud del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁶, en concordancia con el artículo 93 de la Constitución Nacional; en segundo lugar, porque muchas de las personas legitimadas para el trámite de restitución son los hijos de las víctimas directas que fueron asesinadas; estas personas se educaron en un entorno social diferente, posiblemente en barrios marginados de las ciudades, y tal vez tienen proyectos de vida ajenos a trabajar o vivir en el campo; y en tercer lugar, porque simplemente las personas legitimadas para iniciar el trámite de restitución pueden haber perdido el interés en retornar a aquellos sitios en donde fueron despojadas.

Hemos tenido conocimiento de algunos casos en los cuales los jueces de restitución han tomado una decisión y, posteriormente, acudiendo al control pos-fallo que debe ejercerse para garantizar la efectividad de la sentencia, la han cambiado, lo que de suyo suena extraño en nuestra tradición jurídica, pues las sentencias por regla general hacen tránsito a cosa juzgada y solo la ley establece las excepciones.

15 Sentencia c-715 de 2012, con ponencia del doctor Luis Ernesto Vargas Silva. En esta misma sentencia se aclaró que, aunque el artículo 72 de la ley solo se refiere a las acciones jurídicas que pueden instaurar las personas despojadas, la norma era aplicable de igual manera a favor de quienes sufrieron el abandono forzado de sus bienes.

16 Este artículo establece las normas de interpretación del articulado que compone la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido de que todos los derechos y garantías reconocidos en ella deben interpretarse de manera extensiva.

Por ejemplo, en un caso del Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Ibagué se había ordenado la restitución jurídica y material de un predio, negando la pretensión de compensación que había instaurado el demandante. No obstante, un año después de emitido el fallo, dictó una “sentencia complementaria”, en la que sustituyó la restitución por la compensación, dado que concluyó que cumplir la decisión anterior implicaba un riesgo para la vida o la integridad personal de aquella persona¹⁷.

Consideramos que desde un principio debió respetarse la pretensión del demandante, que optaba por la compensación económica. Sin embargo, creemos que la única hipótesis en la que debe soslayarse la autonomía de la voluntad del demandante se da en aquellos casos en los que su petición ponga en peligro su vida, la de su familia o haga nugatorio su derecho, supuestos estos respecto de los cuales debe haber prueba suficiente.

2.4. Algunas dudas frente a la legitimación por activa

El artículo 75 de la ley otorga legitimación para demandar a los dueños, poseedores o explotadores de baldíos que han sido despojados o se ha visto en la obligación de abandonarlos por los motivos relacionados con el conflicto armado; de igual manera, el artículo 81 le da la misma facultad al cónyuge y compañero o compañera permanente, y en el inciso tercero establece que:

Cuando el despojado, o su cónyuge o compañero o compañera permanente hubieran fallecido, o estuvieren desaparecidos podrán iniciar la acción los llamados a sucederlos, de conformidad con el Código Civil, y en relación con el cónyuge o el compañero o compañera permanente se tendrá en cuenta la convivencia marital o de hecho al momento en que ocurrieron los hechos.

Parece que tanto el despojado directo como su cónyuge o compañero(a) permanente al momento del despojo tienen legitimación de manera autónoma para intentar la demanda. Pero ¿qué sucede en el evento en que ambos intenten la acción con pretensiones contrarias?, verbigracia, el caso en que la esposa pretenda una restitución material, y el despojado directo, una restitución por equivalencia.

Podría pensarse que debe primar la petición de quien aparecía como dueño o poseedor del bien, pero, en la filosofía de la restitución, se concibe el despojo como una afectación no solo al derecho a la propiedad, al trabajo y a fijar de

17 Dicho caso está reseñado en el Primer Informe al Congreso de la República 2013-2014, elaborado por la Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Ley 1448 de 2011 (p. 210). En dicho informe se hace alusión a otros 13 casos similares.

manera libre el lugar de residencia, sino a la familia en sí y a la estabilidad que para ella da tener un lugar de asentamiento con arraigo, lo que en términos civiles llamamos domicilio.

Esta contradicción entre quienes tienen derecho a la restitución puede solucionarse con las facultades superlativas del juez, quien, en un caso como estos, posiblemente se vería compelido a acceder a ambas pretensiones disponiendo de una restitución en parte material y en parte por compensación, lo que en principio no sería tan complejo, si la misma ley diera campo a la voluntad de quienes pretenden la restitución.

No es tan sencillo en la hipótesis del inciso tercero del artículo 81, la cual puede operar de varias formas: 1) cuando muere o desaparece el despojado directo y le sobrevive el cónyuge o compañero(a) permanente; 2) cuando muere o desaparece el cónyuge o compañero(a) permanente y sobrevive el despojado directo; y 3) cuando ambos mueren o desaparecen.

En estos tres casos, estaríamos frente al ejercicio de una acción hereditaria en caso de muerte¹⁸, la cual eventualmente podría confluir de manera simultánea con la acción personal en las dos primeras hipótesis, y el heredero podrá pedir, en principio, la restitución del predio para la sucesión y el cónyuge o despojado directo para sí, dado que, como se dijo, la ley les otorga legitimación de manera autónoma. Esto tiene la misma solución que ya planteamos para el caso en que el despojado directo y su cónyuge o compañero(a) tienen pretensiones contrarias.

Sin embargo, en la hipótesis de desaparición, la norma es verdaderamente novedosa, pues bastará probar la desaparición con la respectiva denuncia penal o la prueba testimonial bajo el principio de buena fe de las víctimas. Pero ¿para quién se debe pedir?, ¿para el desaparecido?, ¿para el llamado a suceder a quien ha desaparecido?, ¿para la sucesión de quien no se sabe si ha muerto?

Podría pensarse que se trata de una acción hereditaria especial, y en tal caso se aplicaría el artículo 2342 del Código Civil¹⁹. Sin embargo, desde el punto de vista de la lógica jurídica, sería difícil concebir que los herederos del desapare-

18 El tratadista Javier Tamayo Jaramillo (1986, p. 415) se ha referido a esta acción en los siguientes términos: “Como su nombre lo indica, la acción hereditaria está encaminada a que los herederos del fallecido cobren, en su condición de tales, los perjuicios sufridos por la víctima directa del daño, poco importa que esta hubiera iniciado o no la demanda de responsabilidad. Para el ejercicio de la acción hereditaria ha de tenerse en cuenta que la herencia es una comunidad sobre una masa de bienes, y, como tal, cada heredero puede ejercer a favor de la herencia todas las acciones pertinentes sin que sea necesaria la concurrencia de todos los herederos; pueden demandar: uno solo, todos, o solo algunos”.

19 Artículo 2342. Legitimación para solicitar la indemnización. Puede pedir esta indemnización no solo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla, en otros casos, el que tiene la cosa, con obligación de responder de ella; pero solo en ausencia del dueño.

cido actúan a favor (no en representación) de una sucesión que posiblemente no existe, sobre todo si tenemos en cuenta que el patrimonio es un atributo de la personalidad, potencial, inseparable e inalienable que solo termina con la muerte de la persona, al menos desde el punto de vista de las tesis subjetivistas.

Por otra parte, podría afirmarse que, en virtud de la ley, opera una especie de representación en cabeza de los llamados a suceder a quien está ausente mientras dure su ausencia. Sin embargo, esto no se ajustaría al fin de la ley, cual es solucionar definitivamente la situación de los inmuebles objeto de despojo y abandono, pues los representantes herederos no tendrían facultad de disposición mientras no asuman un proceso de presunción de muerte.

¿Qué pasaría, además, si el despojado directo llega a aparecer? Creemos que, tal como se ha venido haciendo en algunos casos ya reseñados, habría que acudir al control posfallo y emitir una sentencia complementaria que disponga la restitución en favor de esta persona.

3. DIFICULTADES PRÁCTICAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY

3.1. Morosidad en el trámite de restitución

Como se dijo, el juez de restitución tiene competencia para solucionar absolutamente todos los aspectos jurídicos del predio, incluso los relacionados con trámites administrativos o notariales que lo afecten. Para ello, en la sentencia que ponga fin al proceso, se pronunciará sobre la declaración de pertenencia o adjudicación de baldíos, según corresponda, de acuerdo con la normatividad referente a la propiedad, la posesión u ocupación (en caso de baldíos), y decretará las compensaciones a que hubiere lugar a favor de los opositores que prueben buena fe exenta de culpa. También se pronunciará sobre la transferencia del bien despojado al Fondo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas cuando sea imposible restituirlo al demandante, y decidirá sobre la declaratoria de nulidad de las decisiones judiciales y de los actos administrativos que por efectos de la sentencia pierdan validez jurídica, entre otros aspectos.

Esta regulación, sin duda, dará origen a múltiples conflictos, pues podríamos pensar en un caso en que una persona adquirió de buena fe un predio que había sido despojado con anterioridad y lo afectó con garantía real para el pago de un crédito. Al momento de salir vencida, y probando su buena fe exenta de culpa, tendrá derecho a la compensación económica y el magistrado de conocimiento deberá ordenar las acciones necesarias para garantizar el pago de los créditos.

Pero ¿qué pasará, por ejemplo, con los intereses del crédito que se generen durante el trámite del proceso de restitución, el cual, dada la situación de congestión de la justicia en Colombia, podría durar tanto tiempo que subsuma el valor de la compensación? Y también podría pensarse en bienes por fuera del comercio durante años. Otro panorama no muy claro se daría si el demandado no logra probar la buena fe exenta de culpa, pues al perder el derecho a la compensación, el juez no podría, en sana lógica, ordenar el pago del crédito de un tercero acreedor del opositor con cargo a esta, pues estaría extinguiendo la obligación de quien no tiene derecho a compensación.

Es cierto que ha habido ingentes esfuerzos para paliar el problema de la congestión judicial en Colombia, pero los antecedentes que tenemos nos hacen ser realistas. Por ejemplo, los jueces administrativos fueron creados en virtud de la Ley 270 de 1996, y a su vez la Ley 446 de 1998 los reiteró, pero esto solo fue posible después de haber transcurrido 10 años, gracias a la interposición de una acción popular para el cumplimiento de la ley²⁰.

En los procesos laborales, se implementó la oralidad a partir del Decreto-Ley 2158 de 1948 (Código de Procedimiento Laboral), pero solo desde la promulgación de la Ley 1149 de 2007 se impuso el trámite oral para las actuaciones y diligencias judiciales y la práctica de pruebas como medida de descongestión de la justicia. No obstante, aunque los procesos tienen un trámite relativamente ágil en primera instancia, entran a una lista de espera interminable al llegar a la segunda, por lo que el proceso de descongestión laboral ha sido un fracaso hasta ahora.

En la jurisdicción civil, el problema es más que caótico: miles de procesos van a los juzgados de descongestión donde los usuarios de la justicia se ven obligados a hacer largas filas para averiguar por sus procesos.

Aunque la rama judicial ha tratado de ponerse al día con la implementación efectiva de los jueces especializados de tierras, habrá que esperar que la práctica sea ágil y oportuna en procesos de alta complejidad, más aún dada la avalancha de inscripciones de predios despojados que se inició a raíz de la expedición del Decreto Reglamentario 4829 de 2011, que reguló el trámite previo de registro de tierras ante la Unidad Administrativa Especial creada para tal fin.

Según información del Consejo Superior de la Judicatura, en febrero de 2012 se crearon 22 jueces de restitución que funcionarán en las principales ciudades y

20 La acción popular n.º AP 503 del 18 de julio de 2002 dispuso la protección del derecho al acceso a la administración de justicia de manera eficiente y oportuna. Para ello se ordenó disponer de los recursos necesarios para el funcionamiento de dichos despachos judiciales, la creación de circuitos judiciales administrativos (Decreto 3321 de 2006) y la implementación de los juzgados administrativos (Decreto 3345 de 2006), entre otras medidas.

que se sumarán a cinco que ya venían trabajando desde enero de 2012, además de cinco tribunales de restitución, conformados por tres magistrados, todo esto con un costo de 38 mil millones de pesos.

Desde mayo de 2015, vienen funcionando en el país 41 jueces de restitución, siendo Antioquia la que cuenta con mayor cantidad, ocho en total, seguida por Sucre y Valle del Cauca, con cuatro respectivamente. A su vez, funcionan seis tribunales de restitución en Antioquia, Bolívar, Casanare, Cundinamarca, Norte de Santander y Valle del Cauca.

Por su parte, la Comisión de Seguimiento a la Política Pública de Desplazamiento Forzado verificó que en Colombia existían aproximadamente 6,6 millones de hectáreas de tierras despojadas entre 1980 y julio de 2010, sin contar los territorios colectivos. De esta cifra, solo el 15,4 % de las tierras despojadas lo fueron entre 1980 y 1997, lo que da a entender que el grueso del problema se ubica en el ámbito de aplicación temporal de la Ley de Víctimas y Restitución. Otras cifras menos pesimistas tampoco son muy halagadoras, pues el mismo presidente Santos se ha referido a aproximadamente dos millones de hectáreas, y otros han calculado entre tres y cuatro millones de hectáreas despojadas.

El proceso de restitución no comprende solo el trámite judicial, sino toda la gestión previa ante la Unidad de Restitución, que, como se dijo, es un requisito de procedibilidad obligatorio para instaurar la demanda. Es aquí precisamente donde empiezan las demoras, pues, para que el predio sea inscrito, es necesario que la zona esté micro-focalizada, lo que implica que haya una situación de seguridad consolidada, lo cual ocurre solo con el 2 % del territorio del país donde hay solicitudes de restitución. Adicionalmente, se han creado trámites repetitivos que más bien se han erigido en obstáculo que en garantía.

Las mismas entidades de control, Defensoría, Procuraduría y Contraloría, advirtieron esta situación²¹:

[...] El artículo 76 de la Ley 1448 de 2011 establece un plazo de 60 días “a partir del momento en que acometa el estudio” y en este punto remite al inciso dos del mismo artículo en el que se precisa que “el registro se implementará en forma gradual y progresiva, de conformidad con el reglamento, teniendo en cuenta la situación de seguridad, la densidad histórica del despojo y la existencia de condiciones para el retorno”. Con base en esas disposiciones, el reglamento (Decreto 4829 de 2011), creó una etapa precedente al “estudio” que denominó “análisis previo”, a la que le concedió un término de 20 días, cuyos objetivos son “establecer las condiciones de procedibilidad del

21 Ver el Primer Informe de Seguimiento y Monitoreo de los Órganos de Control a la Ley 1448 de 2011 de Víctimas y Restitución de Tierras (2012, pp. 10-12).

registro, descartar de plano aquellos casos que no cumplen los requisitos legales para la inscripción en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente y evitar que se incluyan predios o personas que no cumplen con los requisitos previstos en la ley". Dado que esos objetivos no son sustancialmente distintos a aquellos que podrían indicarse para el "estudio" (que no son explícitos en el reglamento), el lapso concedido al "análisis previo" aparece como una forma de ampliar el plazo de 60 días fijado legalmente. Esta apreciación se fundamenta en que el artículo 13 del Decreto 4829, invoca el inciso cuarto del artículo 76 de la Ley 1448 que es el que fija los 60 días, para establecer como regla la expedición de la resolución que determina el "inicio del estudio". Así, para la UAE-GRTD el plazo de 60 días comienza a contar a partir de la fecha de expedición de esta resolución, que es posterior y, además, resultado del "análisis previo". De manera que el plazo se aumenta a ochenta (80) días y si se llegase a autorizar las dos prórrogas por treinta (30) días adicionales cada una, permitidas por la ley, el proceso administrativo puede extenderse a ciento cuarenta (140) días. Si se tiene en cuenta que las causales de exclusión de la solicitud, después del "estudio" son las mismas establecidas para la exclusión producto del "análisis previo" (inciso 2, artículo 17, DR 4829/2011), se evidencia que las dos etapas no son sustancialmente distintas (destacado fuera del texto original).

Reiteramos: desde ahora se vislumbran largos y tediosos trámites de restitución, los cuales encontrarán su primer obstáculo en la consolidación de seguridad en las zonas de despojo, amén de las dificultades que tendrán que salvarse para poner a tono en materia tecnológica todas las instituciones del Estado que se relacionan con este procedimiento, además de la necesidad de crear mecanismos eficientes de coordinación entre ellas.

3.2. Perspectiva parcial de la ley

En materia de restitución de predios, se pensó mucho en las zonas de influencia paramilitar y poco en las zonas de influencia guerrillera, donde la dinámica del despojo opera de manera diferente. En efecto, en las primeras, los territorios despojados presentaron una economía creciente, se hicieron inversiones en amplios monocultivos, ganadería extensiva y grandes proyectos, dándose por regla general una gran valorización de la tierra, mientras que en las segundas se consolidaron comunidades campesinas que se dedicaron a la agricultura a pequeña escala y en muchas ocasiones al cultivo de la hoja de coca, dándose por lo general el proceso de desvalorización de la tierra.

La Comisión de Seguimiento a la Política Pública de Desplazamiento Forzado determinó que, para 2010, aproximadamente el 25 % del territorio despojado a los campesinos fue por cuenta de los grupos subversivos, aproximadamente 2,4 millones de hectáreas, y según los cálculos más optimistas del Gobierno, 500 mil hectáreas.

Muchas comunidades campesinas han ocupado y explotado durante años predios abandonados por sus propietarios, explotadores o poseedores a raíz de las amenazas o hechos de violencia de la guerrilla; muchas de ellas obtuvieron en ocasiones títulos de manera legal con ayuda del Estado dentro de la política pública de legalización de tierras, y otras, después de dedicarse a actividades al margen de la ley, se acogieron a los planes de sustitución de cultivos ilícitos.

No olvidemos que la normatividad en materia agraria, desde la Ley 200 de 1936, pasando por la Ley 4ª de 1973, el Decreto 508 de 1974, la Ley 1152 de 2007 —o Estatuto de Desarrollo Rural (mientras no fue declarado inexecutable)— y las demás modificaciones reguladas incluso en el Plan Nacional de Desarrollo, tocan con el tema de facilitar el acceso a la propiedad de las tierras que son explotadas económicamente por la población campesina, considerada como una parte débil en el contorno social. Con la Ley de Víctimas, estas personas perderían un sinnúmero de prerrogativas que les habían sido concedidas, al ser la parte contra la cual operan todas las presunciones y la carga probatoria.

Al observar la información sobre los trámites de restitución iniciados, vemos que en los departamentos del sur del país, de mayor influencia guerrillera, el número de solicitudes es mucho menor al de los departamentos de fuerte influencia paramilitar, pero el número de hectáreas cuya restitución se solicita es mucho mayor. Ello se debe a que la dinámica del conflicto en esas zonas posiblemente haya afectado a grandes empresarios de la tierra y finqueros, que igualmente tienen su derecho a la restitución.

A diciembre de 2013, se habían realizado 54 830 solicitudes de inscripción de tierras despojadas y abandonadas. Antioquia se consolidó como el departamento con mayor número de solicitudes, con 9797 (17,87 % del total), y le siguen en orden Tolima, Bolívar, Meta y Magdalena, que en conjunto suman el 50 % de las solicitudes del país²².

El departamento del Vichada presentaba el 0,93 % de las peticiones (510); Casanare, el 0,73 % (402); y Meta, el 7,18 % (3935). Estos departamentos, con Amazonas, Arauca, Guainía, Putumayo, Vaupés, Guaviare y Caquetá, suman

22 Datos tomados del Primer Informe al Congreso de la República 2013-2014, elaborado por la Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Ley 1448 de 2011, de agosto de 2014.

apenas el 17,64 % de las peticiones de restitución, pero el número de hectáreas reclamadas asciende a un poco más del 50 % del total del país²³.

En Vichada, a febrero de 2013, solo había 298 solicitudes de restitución, las cuales recaían sobre 183 009 hectáreas de tierra, más de la mitad de lo que se pretende recuperar en Antioquia; en el Casanare, con 229 peticiones, se pretenden restituir 142 735 hectáreas; y en el Meta, 2299 peticiones recaen sobre 615 717 hectáreas²⁴.

De igual forma, para finales de 2012, más de la mitad de solicitudes de restitución en el país se endilgaba a despojos de las Farc, 12 106 en total, mientras a los grupos paramilitares se atribuían 10 880 despojos²⁵.

Incluso en departamentos como Antioquia, el segundo en número de hectáreas reclamadas, puede decirse que los despojos y abandonos forzados ocasionados por la guerrilla y los generados por los grupos paramilitares están a la par, lo cual implica de todas formas un tratamiento diferencial.

El artículo 88 de la ley regula las oposiciones que pueden proponerse en el proceso de restitución, como son: la buena fe exenta de culpa, la calidad de despojado del mismo predio (lo que en nuestro concepto operaría en el caso de un despojo anterior al que se alega en el proceso de restitución), el justo título del derecho, las relativas al valor del predio y la tacha de la calidad del despojado de quien solicita la restitución.

Aunque la ley no lo dice, deben admitirse otro tipo de oposiciones, como las relativas a la identidad jurídica del predio, sobre todo cuando ha habido englobes, desenglobes o, simplemente, cuando hay falencias en la demarcación técnica de los predios, pues en nuestro país aún se utilizan linderos determinados con nombres de personas, árboles o puntos que al momento de la restitución pueden no existir. No debe olvidarse tampoco que la identificación catastral del predio hace referencia a una identificación física y jurídica, pero no necesariamente coincide con la relación poseedor-predio, la cual es meramente fáctica.

Consideramos que también podrían proponerse aquellas oposiciones que hubieran impedido el registro del predio ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, como son: la falta de temporalidad, cuando se narran hechos falsos, cuando no se ostenta la calidad suficiente

23 Ver Primer Informe al Congreso de la República 2013-2014 (pp. 165-166).

24 Información tomada en noviembre 29 de 2014 correspondiente a las estadísticas a febrero 4 de 2013 de la página del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural https://www.restituciondetierras.gov.co/manuales/-/document_library_display/gDtRnDP4kufo/view/244446

25 Información tomada de *Semana* (3 de marzo de 2013).

para pedir la restitución, como puede suceder en el caso de un arrendatario, y cuando la causa de la pérdida del predio es diferente a la contemplada en la ley.

Pero el tema que más preocupa y sobre el cual recabamos es el de la buena fe exenta de culpa, pues, si se inicia un proceso de restitución en un predio de gran extensión ocupado por familias campesinas, les resultaría muy difícil probarla, porque posiblemente no cumplirían con el supuesto de la norma para proponer tal excepción, pues recordemos que en los lugares donde operan las guerrillas, además de ejercer su acción armada, en la práctica se han convertido en el sustituto de la administración de justicia, y son estos grupos quienes ordenan o autorizan a los campesinos entrar a explotar los predios abandonados. Adicionalmente, muchas de estas personas estarían ante la imposibilidad económica de contratar un abogado para la defensa de sus intereses y, en general, su situación sería muy desfavorable. No olvidemos que el artículo 91 establece que en el fallo se declararán las compensaciones a favor de quienes probaron la buena fe exenta de culpa, *contrario sensu*, quienes solamente prueben la buena fe simple no tendrán derecho a compensación alguna, o qué pensar de aquellas personas que simplemente no acuden al proceso, sea por ignorancia o por falta de recursos.

Como explicamos anteriormente, la buena fe exenta de culpa va mucho más allá de tener la conciencia de haber actuado de manera legítima en la adquisición del predio; exige, además de ese aspecto subjetivo, la prueba de que se hicieron las averiguaciones o comprobaciones de que quien transfería un derecho era verdaderamente el dueño o que lo había adquirido de manera legítima.

En el informe de la Comisión de Seguimiento al Congreso de la República (p. 204), podemos leer:

Ahora bien, a partir del conocimiento y cercanía que se ha tenido frente a la fase judicial, en especial por la PGN que realiza intervención judicial en los procesos de restitución, se ha podido identificar que los “oposidores”, no siempre corresponden al perfil considerado por el legislador al momento de diseñar la Ley 1448 de 2011, es decir, poderosos empresarios o personas naturales con alto nivel adquisitivo, narcotraficantes o testaferros. Los opositores en muchas ocasiones, son víctimas del conflicto armado o campesinos vulnerables que no cuentan con los recursos suficientes para contratar un abogado que los represente, situación que constituye un desequilibrio procesal, que desemboca en la vulneración de un derecho fundamental como es el del debido proceso.

Reiteramos que la ley debió regular de una manera diferente las oposiciones y darle un mayor alcance a la buena fe simple de los opositores, cuya prueba debería activar las compensaciones para ellos.

En nuestro concepto, la regulación se quedó corta al concebir la restitución solo desde el punto de vista de las desposesiones que los grupos paramilitares hicieron a la población campesina, pues no tuvo en cuenta las hipótesis en las cuales estas fueron ocasionadas en las zonas de influencia guerrillera a empresarios o personas pudientes, quienes obviamente tienen derecho a la restitución. Sin embargo, acceder a la restitución física y jurídica de estos predios podría crear más conflictos sociales que soluciones a la problemática del país, y tal vez miles de familias campesinas tendrían que salir de estos predios.

Mientras tanto, según la Unidad de Restitución de Tierras, en algunas zonas del país se están capacitando abogados de la Defensoría del Pueblo, quienes se encargarán de representar los intereses de los opositores de buena fe. Sin embargo, esto no puede constituirse en una solución aislada, sino más bien en una política pública y ser objeto de debate y soluciones legislativas y jurisprudenciales antes de que se cree una nueva forma de despojo.

3.3. Representación de las víctimas

La inscripción en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente, a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, será requisito de procedibilidad para iniciar la acción de restitución, y se comunicará a los que aparezcan con algún derecho en el predio, y al poseedor u ocupante de este.

El Decreto Reglamentario 4829 de 2011 estructuró la implementación gradual y progresiva de este registro, estableciendo los requisitos y la forma de hacerlo, el cual, en todo, caso es gratuito y no requiere de apoderado. También se ocupó de determinar la forma para el cálculo de las compensaciones y los avalúos de los predios a restituir, y, finalmente, cómo funcionará el fondo que se creó para pagar dichas compensaciones.

El artículo 12 del decreto reglamenta los casos en los cuales no se podrá registrar el predio para acceder al trámite de restitución, como sucede cuando el despojo fue antes del primero de enero de 1991; cuando se narran hechos falsos o no se es víctima conforme al artículo 3º de la ley; cuando la causa de la pérdida del predio es diferente a la contemplada en la ley; y cuando no se ostenta la

calidad suficiente para pedir la restitución, como puede suceder en el caso de un arrendatario o simple tenedor²⁶.

La ley trata de desincentivar que se acuda a abogados para hacer la gestión de inscripción del predio. En caso de llevarse ello a cabo, se establece la obligación del apoderado de explicar al cliente la gratuidad del trámite si se hace directamente por conducto de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas.

Creemos que la representación de las víctimas por esta unidad especializada puede generar inconvenientes, especialmente en aquellos casos en los que haya duda respecto del cumplimiento de los requisitos para acudir al trámite, pues la unidad estaría siendo juez y parte, al estar llamada a resolver el único recurso que procede frente a sus actos, el de reposición. La experiencia nos indica que la mayoría de estos recursos nacen con muy mala vocación de prosperidad, y ello resulta supremamente importante si se tiene en cuenta que la inscripción previa del predio ante la unidad especial es obligatoria para acudir al trámite judicial de restitución.

Según el informe de la Comisión de Seguimiento al Congreso de la República 2013-2014, de las 54 830 solicitudes de restitución presentadas a diciembre de 2013, solo 8359 (15,2 %) habían finalizado etapa administrativa; de estas, se negó la inscripción de 1325 solicitudes (el 15,9 % de las anteriores).

Esto nos puede dar una idea y marcar la tendencia del porcentaje de solicitudes que al final serán negadas por la misma unidad, suma no despreciable si tenemos en cuenta que en determinadas zonas, especialmente en el norte del país, los despojados son campesinos con pocos recursos económicos a quienes les resulta difícil el acceso a un abogado que represente sus intereses. Adicionalmente, el grueso de las peticiones sufre una demora injustificada en ocasiones en las cuales no habría representantes de los dolientes para hacer valer sus derechos frente a la Unidad de Restitución.

Esta no es una situación nimia, pues recordemos que la ley solo se aplica a las víctimas del conflicto armado interno y se excluye todo caso de violencia común. Desde la desmovilización de los grupos paramilitares en el año 2002, el gobierno ha sostenido que los reductos que quedaron o los grupos que emergieron de sus viejas estructuras son bandas criminales al servicio del narcotráfico, lo que excluye en principio toda posibilidad de restitución de bienes despojados

26 Inicialmente, el artículo 207 de la Ley 1448 contemplaba la pérdida de los derechos consagrados en la ley cuando el solicitante acudiese a vías de hecho para la recuperación de sus predios, pero esta norma fue declarada inexecutable mediante Sentencia C-715 de 2012, dado que resultaba una medida excesivamente gravosa y desproporcionada para las víctimas.

o abandonados por la acción de estas organizaciones. Sin embargo, muchas voces nacionales e internacionales sostienen lo contrario, por ejemplo, Human Rights Watch, en su informe de 2010 titulado “Herederos de los paramilitares. La nueva cara de la violencia en Colombia”, hace un análisis extenso del asunto y afirma que:

Si bien existen diferencias entre las AUC y los grupos sucesores, estos son en muchos sentidos una continuación de algunos de los “bloques” o grupos paramilitares. Según informó la policía, casi todos los líderes de los grupos sucesores son jefes de las AUC de rango medio que nunca se desmovilizaron o que continuaron participando en actividades delictivas pese a que aparentaron haberse sumado a la desmovilización. Los grupos se encuentran activos en muchas de las mismas regiones en las cuales tenían presencia las AUC, y operan en forma similar a estas: controlan territorios mediante amenazas y extorsión, participan en narcotráfico y otras actividades delictivas y cometen abusos generalizados contra civiles.

El surgimiento de los grupos sucesores era predecible, en gran parte debido a que el gobierno colombiano no desmanteló las estructuras criminales de las AUC, ni sus redes de apoyo económico y político durante las desmovilizaciones. (p. 11)

Además, como explicamos anteriormente, la Corte Constitucional no fue clara al determinar qué se entiende por conflicto armado interno, dejando un amplio margen de discrecionalidad para la valoración de las conductas cometidas por estos grupos, lo que a la postre va a redundar en un perjuicio para las víctimas, quienes tendrán que demostrar que ostentan la calidad de tales, pues la práctica nos ha enseñado que el principio de buena fe y la inversión de la carga de la prueba en su favor han sido prácticamente inaplicados por la otrora Acción Social, hoy Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, y la adscrita Unidad de Atención a Víctimas, situación que consideramos no va a cambiar en el trámite previo de restitución por parte de la unidad especial creada para tal fin.

Adicionalmente, dejar la carga de la representación de las víctimas a una entidad que deberá afrontar miles de procesos de inscripción previa y miles de procesos judiciales ya es de por sí un riesgo; tenemos el ejemplo de los defensores públicos en el caso de los procesos de Justicia y Paz, quienes soportan la responsabilidad de cientos y a veces miles de casos, lo que no ayuda en nada a la comunicación, la asesoría ni al apoyo a las víctimas en condiciones de dignidad, ni mucho menos a la calidad en la representación jurídica, más aún cuando, pese a las enormes garantías para ellas, sin duda alguna habrá procesos difíciles desde el punto de vista jurídico, procesal y probatorio.

La experiencia nos enseña que las instituciones del Estado han sido ineficientes en el manejo de la problemática de las víctimas del conflicto. No en vano, la Sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional llegó a la conclusión de que la población desplazada se encuentra en condiciones de vulnerabilidad extrema y manifiesta debido a la falta de una política de Estado coordinada y de recursos suficientes para financiar esta política, lo que hace que se violen sus derechos a una vida digna, a la integridad personal, a la igualdad, al trabajo, a la salud, a la seguridad social, a la educación, al mínimo vital y a la protección especial debida a las personas de la tercera edad, a la mujer cabeza de familia y a los niños. La ineficiencia de la Dirección Antinarcóticos en la administración de los bienes incautados al narcotráfico y la del Fondo de Reparación de Víctimas son también ejemplos palpables del asunto.

Muy posiblemente, nos veamos avocados a la misma situación que se presenta con la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, que, según la Defensoría del Pueblo, en el año 2013 fue la entidad más tutelada en el país, con 86 578 solicitudes de amparo, esto es, el 19,03 % del total nacional²⁷.

Este tema cobra especial relevancia cuando analizamos el parágrafo primero del artículo 44 de la ley, que dispone:

Parágrafo 1º. Cuando las víctimas voluntariamente decidan interponer recursos de tutela o acudir a la justicia contencioso administrativa, para obtener una reparación o indemnización por el daño sufrido, los apoderados o abogados que las representen en el proceso no podrán, en ningún caso, recibir, pactar o acordar honorarios que superen los dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el caso de las acciones de tutela, o de veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, en el caso de las acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa, incluyendo la suma que sea acordada como cuota de éxito, cuota litis, o porcentaje del monto decretado a favor de la víctima por la autoridad judicial. Lo anterior tendrá aplicación independientemente de que se trate de uno o varios apoderados e independientemente de que un proceso reúna a varias víctimas.

Mediante Sentencia C-609 de 2012, la Corte Constitucional declaró exequible esta norma. Para ello, tuvo en cuenta que las víctimas son en su mayoría las personas más vulnerables de la población, e hizo una ponderación del carácter transicional de la ley, su vigencia temporal de diez años, y los derechos y deberes de los abogados en un Estado social de derecho.

27 Información tomada de *El Espectador* (26 de agosto de 2014).

Algunos magistrados de la Corte advirtieron en sus salvamentos de voto una situación que ya se está presentando: en aras de proteger en exceso a las víctimas, se está propiciando su desprotección en la representación judicial cualificada. Muchos abogados que litigan en contencioso-administrativo prefieren abstenerse de iniciar este tipo de procesos, en los cuales la mayoría de las veces los gastos son asumidos por ellos dada la incapacidad económica de las víctimas, y los honorarios solo se fijan a cuota litis, la cual se hace efectiva solo cuando hay un resultado favorable en la gestión. Esta norma, pensada para las demandas en contra del Estado por graves violaciones a los derechos humanos, también tiene aplicación en los trámites de restitución de tierras en aquellos eventos en que haya una decisión de la Unidad Administrativa de Restitución contraria a los intereses de los peticionarios. Pensemos en un abandono forzado propiciado por las Bacrim en el que no se acepte la inscripción previa. Las decisiones de la unidad de restitución son actos administrativos que, como tales, estarían sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa o podrían atacarse por vía de tutela, considerando que la restitución y, en general, la reparación son derechos fundamentales. Sin embargo, dada la limitación a los honorarios profesionales, va a ser difícil conseguir los servicios de un abogado calificado que represente a la víctima. Quedaría la opción de acudir a la Defensoría del Pueblo, aunque habrá que esperar que esta entidad se estructure conforme a los objetivos, necesidades y responsabilidades que le endilga la ley.

CONCLUSIONES

La normatividad sobre restitución de tierras y vivienda de la Ley 1448 de 2011 se constituye en un avance paradigmático para lograr la *restitutio in integrum* de miles de víctimas del conflicto armado en Colombia.

Sin embargo, afronta grandes desafíos, como la conformación de ejércitos anti-restitución —herederos de los grupos paramilitares desmovilizados desde la expedición de la Ley de Justicia y Paz—, la influencia guerrillera en determinadas zonas del país, las exigentes adecuaciones fiscales e institucionales y, finalmente, el reto mejorar algunos aspectos regulatorios en la materia.

La Corte Constitucional ya definió, bien o mal, algunos puntos problemáticos, al considerar que es razonable que se aplique solo a víctimas del conflicto armado interno por hechos posteriores al primero de enero de 1991, dejando por fuera a las víctimas del proceso de violencia que se vivió en la década de los años ochenta.

Encontramos un gran inconveniente en que la ley no permite a la víctima optar a voluntad por la compensación económica, dado que la limita en cuanto a su

posibilidad de acceder a la restitución material o por equivalencia, lo que viola en principio sus derechos; igualmente, en que no hay claridad sobre la situación de quienes perdieron o pierdan sus bienes inmuebles a raíz de las acciones de las hoy denominadas Bacrim, pues, aunque la Corte Constitucional no las excluyó *a priori* del concepto de conflicto armado, tampoco fue clara en delimitar qué se entiende por conflicto; en tercer lugar, en que la estructura del Estado no sea suficiente y adecuada para representar a miles de víctimas que inicien sus procesos de restitución o que no le interese representarlos cuando sus perspectivas no coincidan con las de la Unidad Administrativa Especial para la Gestión y Restitución de Tierras Despojadas, todo esto unido a que la ley desincentiva el litigio en esta área, al limitar excesivamente los honorarios de los abogados, y a que existen situaciones que pueden ser especialmente problemáticas a raíz de la regulación un tanto confusa de la legitimación por activa de que tratan los artículos 75 y 81 de la ley. Finalmente, preocupa la situación de los terceros ocupantes de buena fe simple, quienes se verán desprotegidos y no recibirán las compensaciones a las que deberían tener derecho. Esta última situación se torna más preocupante ya que la regulación se quedó corta al concebir la restitución solo desde el punto de vista de las desposesiones que los grupos paramilitares hicieron a la población campesina, sin tener en cuenta que la dinámica del despojo y abandono ha sido históricamente diferente en las zonas de influencia guerrillera, donde acceder a la restitución física y jurídica podría crear más conflictos sociales que soluciones a la problemática del país.

REFERENCIAS

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur) (2007). *Principios sobre la restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas*. Bogotá, Acnur.
- Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Ley 1448 de 2011 (2014). *Primer Informe al Congreso de la República 2013-2014*. Recuperado de <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/informe%20al%20Congreso%20de%20la%20Republica%20CSML%202014.pdf>
- Consejo de Estado, Sección Tercera (22 de marzo de 2012). Sentencia 23001233100019970844501/22206 [MP Danilo Rojas Betancourth].
- Consejo de Estado, Sección Tercera (17 de septiembre de 2013). Auto admisorio del proceso radicado 25000-23-26-000-2012-00537-01/45092 [MP Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

- Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera (25 de septiembre de 2013). Sentencia 05001-23-31-000-2001-00799-01/36460 [MP Enrique Gil Botero].
- Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento, Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado (2010). *III Encuesta Nacional de Verificación de los Derechos de la Población Desplazada*. Recuperado de <http://www.codhes.org/>
- Contraloría General de la Nación, Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo (2012). *Primer Informe de Seguimiento y Monitoreo de los órganos de Control a la Ley 1448 de 2011 de Víctimas y Restitución de Tierras, 2012*. Recuperado de http://viva.org.co/attachments/article/195/INFORME_MONITOREO_Y_SEGUIMIENTO_LEY_1448_2011.pdf
- Corte Constitucional (12 de julio de 2000). Sentencia C-878 [MP Alfredo Beltrán Sierra].
- Corte Constitucional (31 de octubre de 2001). Sentencia C-1149 [MP Jaime Araújo Rentería].
- Corte Constitucional (3 de abril de 2002). Sentencia C-228 [MP Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynnet].
- Corte Constitucional (28 de agosto de 2003). Sentencia C-740 [MP Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional (20 de enero de 2004). Sentencia C-014 [MP Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional (22 de enero de 2004). Sentencia T-025 [MP Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional (18 de mayo de 2006). Sentencia C-370 [MP Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas].
- Corte Constitucional (24 de marzo de 2011). Sentencia C-203 [MP Juan Carlos Henao Pérez].
- Corte Constitucional (28 de marzo de 2012). Sentencia C-250 [MP Humberto Antonio Sierra Porto].

- Corte Constitucional (29 de marzo de 2012). Sentencia C-253a [MP Gabriel Eduardo Mendoza Mar].
- Corte Constitucional (1 de agosto de 2012). Sentencia C-609 [MP Jorge Iván Palacio Palacio].
- Corte Constitucional (13 de septiembre de 2012). Sentencia C-715 [MP Luis Ernesto Vargas Silva].
- Corte Constitucional (10 de octubre de 2012). Sentencia C-781 [MP María Victoria Calle Correa].
- Corte Constitucional (10 de julio de 2013). Sentencia C-438 [MP Alberto Rojas Ríos].
- Human Rigth Watch (2010). *Herederos de los paramilitares. La nueva cara de la violencia en Colombia*. Recuperado de <https://www.hrw.org/es/report/2010/02/03/herederos-de-los-paramilitares/la-nueva-cara-de-la-violencia-en-colombia>
- Organización de las Naciones Unidas (2007). Manual sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de Refugiados y Personas Desplazadas. Aplicación de los “Principios Pinheiro”. Recuperado de http://www.ohchr.org/Documents/Publications/pinheiro_principles_sp.pdf
- Redacción Economía (26 de agosto de 2014). Cada minuto se interpone una acción de tutela en Colombia. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/cada-minuto-se-interpone-una-accion-de-tutela-colombia-articulo-512870>
- Redacción Justicia (24 de marzo de 2011). Van más de 50 líderes de restitución de tierras asesinados en 3 años. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-9064506>
- Redacción Medellín (3 de febrero de 2014). Hay poca tierra devuelta y muchos muertos: líderes de restitución. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13449643>
- Semana* (4 de septiembre de 2012). Reina Impunidad en asesinatos de líderes de tierras. *Revista Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/reina-impunidad-asesinatos-lideres-tierras/256131-3>

Semana (3 de marzo de 2013). Restitución de tierras: se abrió la caja de Pandora. *Revista Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/especiales/restitucion-tierras/>

Tamayo, J. (1986). *De la responsabilidad civil. Tomo II: De los perjuicios y su indemnización*. Bogotá: Temis.

Diversidad sexual en la historia jurídica colombiana*

Sexual diversity in the Colombian legal history

*Yamid Enrique Cotrina Gulfo***

Fecha de recepción: 16 de enero de 2017

Fecha de aceptación: 20 de julio de 2017

RESUMEN

La diversidad sexual en Colombia ha adquirido múltiples categorías a lo largo de su historia jurídica, configurándose como delito en alguno de sus intervalos. Al momento de su despenalización definitiva, socialmente es considerada como conducta que se escapa de la moral católica predominante, y psiquiátricamente, como enfermedad siguiendo los parámetros de la OMS hasta 1990. Con la Constitución de 1991, se abrió la puerta para el surgimiento de activismos sociales y jurídicos que trajeron consigo la ampliación del régimen de protección en derechos para las personas sexualmente diversas como grupo poblacional.

Palabras clave: diversidad sexual; LGBT; activismo social; grupos poblacionales discriminados.

ABSTRACT

Sexual diversity in Colombia has acquired various categories throughout its legal history, being a crime in some of its intervals, being decriminalized definitely, socially is considered as conduct that escapes from predominantly Catholic morality and psychiatric as a disease following the parameters of WHO until 1990. The 1991 Constitution opened the door for the emergence of social and juridical activism that brought with it the extension of the regime of protection in rights for sexually diverse people as a population group.

Keywords: sexual diversity; LGBT; social activism; discriminated population groups.

* Artículo de revisión presentado como resultado parcial del proyecto de investigación “Análisis jurídico de los derechos de la población sexualmente diversa en Colombia”, iniciado en febrero de 2013.

** Abogado, miembro del Grupo de Investigación Invius, categoría A en Colciencias, adscrito al Centro de Investigaciones Sociojurídicas Luis Eduardo Nieto Arteta, de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Atlántico. Correo electrónico: yaecog@hotmail.com

1. ACTOS HOMOERÓTICOS COMO CONDUCTA DELICTIVA

Con la promulgación de la Constitución de 1886 y la consecuente puesta en marcha de la Regeneración como piedra angular del ordenamiento jurídico colombiano, no solo se pretendía revertir los efectos de la república federal de 1863, si no también establecer bases para la consolidación de un Estado centralista y de vocación confesional (Palacios, 2003). Reflejo del modelo de Estado unitario contemplado, se promulgó la consigna “una nación, una raza y un Dios” (Rojas, 2001).

El Código Penal de 1837, resultado inmediato del Estado federal de vocación eminentemente liberal, excluyó de las conductas típicas, antijurídicas y culpables la consumación de actos homoeróticos, que en las leyes penales heredadas de la Corona española así se contemplaban (Parada, 2009). Con el cambio de régimen jurídico, mediante la constituyente conservadora, sobrevino un consecuente cambio en la ley penal, con la expedición del Código de 1890 (Congreso de la República, 1890), en el que se penalizó por primera vez la realización de actos homoeróticos en Colombia como república, cuando estos se cometieran a título de abuso (Bustamante, 2004).

Tal conducta penal se mantuvo mediante la expedición del Código de 1936, en el que se consideraba como *abuso deshonesto* toda aquella actuación en la que medie violencia, en los mismos términos establecidos por la norma. “En la misma sanción incurrir los que consumen el acceso carnal homosexual, cualquiera que sea su edad” (Congreso de la República, 1936). Se mantuvo la vigencia de esta norma (Presidencia de la República, 1936) con la expedición del Código Penal que sustituyó al anterior, para el cual el Congreso de la República otorgó facultades al Presidente para subsanar las fallas que pudiera tener (Presidencia de la República, 1936).

Por el momento, no puede considerarse que en Colombia se penalizaba la consumación de actos homoeróticos que derivaban de la expresa voluntad de las partes. Se consideraba como bien jurídico tutelado la integridad ante el abuso que se pudiese tener en la formación sexual, por una persona del mismo o de diferente sexo. Es decir, se contemplaba a la persona homosexual como perpetradora del acto abusivo, cuando este se efectuaba ante mayor de 16 y menor de 21 años¹.

Posteriormente, el inciso que relacionaba a la persona homosexual como sujeto activo del delito de acceso abusivo fue derogado por el Decreto 1118 de 1970, en su artículo 70, de la siguiente manera: “Derógase el Decreto 1699 de 1964 y los artículos 123, inciso final, 236, 247, 250, 257, parcialmente, 260, 263, 266,

1 Mayoría de edad fijada por el Congreso de la República en la Ley 57 de 1887 —Código Civil—, artículo 34.

267,270, 271, 283, 284, 323 inciso 2º, 326, 329 y 418 del Código Penal” (Presidencia de la República, 1970) (destacado fuera del texto original).

Mediante el Decreto 522 de 1971, se restableció la vigencia de algunos artículos derogados por el Decreto 1118 de 1970 y se fijó la orientación a criminalizar en firme la consumación de actos homoeróticos cuando medie la libre voluntad de las partes, caso que no acontecía desde las normas penales impuestas por la Corona española (Albarracín, 2016), de la siguiente manera:

Restablézcase la vigencia de los siguientes artículos del Código Penal (Ley 95 de 1936), los cuales quedan así: [...]

Artículo 323, inciso final: En la misma sanción incurrirán os que consumas el acceso carnal homosexual, cualquiera que sea su edad. [...]

Artículo 329: El que destine casa o establecimiento para cometer allí actos homosexuales o autorice a otros para hacerlo, estará sujeto a la pena de uno a tres años de prisión. Esta sanción se aumentara hasta en una cuarta parte si el responsable se propusiere un fin lucrativo. (Presidencia de la República, 1971)

Luego de que el Congreso de la República facultara al Presidente para modificar la ley penal colombiana en tanto esta pudiera tener algunas deficiencias en su regulación, empezaron a ser modificadas tales disposiciones, de modo que se radicalizó la criminalización de los actos homoeróticos en Colombia, llegando esta situación a su punto más notorio con el Decreto 522 de 1971, que amplió su espectro regulatorio no solo a la criminalización del acto sexual como tal, sino a la de todas aquellas personas que pudieran propiciar su consumación, siendo el caso de quien destinaba cualquier lugar para que se cometieran —como la norma los definía— *actos homosexuales*, tomando como agravante la naturaleza onerosa del acto, tenida en cuenta a partir de la contraprestación económica en el uso del espacio.

Respecto a la penalización de la consumación de actos homoeróticos, dispuesta en el restablecimiento de la vigencia de los artículos derogados por el Decreto 1118 de 1970, la doctrina sostenía la siguiente interpretación de la norma:

[...] el inciso segundo del artículo 323 sanciona el acto carnal homosexual, cualquiera sea la edad de quien lo ejecuta. El criterio que informó a la Comisión redactora para erigir en delito esta aberración sexual no fue otro que el de afirmar, una vez más, que el Código de las sanciones implica una defensa para la sociedad, y como el homosexualismo ataca en sus bases fundamentales la moral pública y social, no puede negarse la necesidad

de su punición. Ahora, podrían aplicarse medidas de seguridad a estos delincuentes? [sic] No sería injurídico decirlo así, especialmente cuando se trata de sujetos con tendencia constitucional a esa anormal aberración. De esta manera serían sometidos a tratamiento adecuado y apartados de los establecimientos comunes de castigo, en los cuales, por razones por todos conocidas, aumentarían el grave problema de la sexualidad de los reclusos. (Vázquez, 1949, pp. 210-211)

Establecer el delito sexual de la *sodomía* (no enunciado propiamente de esta manera en la ley penal) se consideraba entonces la legitimación de una censura social, motivada por la protección de la moral pública como bien jurídico tutelado. Comprendiendo la necesidad de su *punición* en personas que se consideraban esencialmente anormales, de igual manera se contemplaba la reclusión en establecimientos de salud mental como pena alternativa a la prisión, teniendo en cuenta lo establecido por el autor, que considera una exposición al riesgo para la sexualidad de los reclusos, mas no para la integridad de los homosexuales condenados.

Al ser la moral pública ese bien jurídico que se tutelaba con la criminalización de los *actos homosexuales*, el Estado seguía en aquel entonces uno de sus fines principales: mantener el orden social. Por eso “la legislación criminal y, en general, todo el ordenamiento jurídico, tienen por objeto realizar el interés del Estado a la seguridad de la vida en común” (Arancibia, 1966, p. 55), de la mano de la censura absoluta que giraba en torno a las manifestaciones de la sexualidad diversas a la heterosexual y cuyo fin fuese distinto a la procreación, siendo entonces el objeto de los tipos penales consagrados en los artículos 323 y 329 “reprimir las aberraciones de los desviados sexuales: masturbadores, homosexuales, etc.” (Cortés, s.f.).

Para el mismo autor, la destinación de casa o establecimiento para la consumación de actos homoeróticos se castigaba porque con ello se explotaba económicamente la realización de aquellas conductas, que, aun estando en la ilegalidad, generaban lucro para quienes contaban con espacios para su consumación.

En efecto, en esta disposición se reprime, de manera singular con un fin prohibitivo especialmente, destinar la casa o establecimiento al ejercicio del homosexualismo. Lo que no dijo la ley con referencia a la unión normal de los sexos contrarios, lo estatuyó tratándose de esa degradante inversión sexual, aumentando en el inciso 2º la penalidad cuando no fuere un fin específicamente libidinoso el que se propusiese el agente, sino lucrativo, porque entonces el daño social se hace todavía más explícito. Ello se explica porque existe la explotación desvergonzada de vicios que requieren, como dice la Comisión redactora, una necesaria y severa represión del homose-

xualismo “que por lo menos peca contra la estética personal y ofende la virilidad verdadera que la legislación penal debe exigir a los asociados”. (Vázquez, 1949, p. 228)

Por ello el fundamento de la norma era castigar a aquellos que con ánimo de lucrarse propendían por la satisfacción de los derechos de aquellos quienes por *constitución* realizaban actos que iban en contravía de la moral pública y las buenas costumbres. Sin embargo, antes del restablecimiento de su vigencia, esta norma tenía por objeto proteger la identidad sexual del individuo, para que este no se viera inducido en el comercio carnal o prostitución de una persona que se le presumía honesta. Así, tales normas fueron enfocadas en reprimir las conductas homosexuales y a quienes las permitían.

No obstante, las disposiciones relacionadas con anterioridad solamente eran aplicables a los actos homoeróticos cometidos por dos hombres, excluyendo de plano a las mujeres, teniendo en cuenta el siguiente pronunciamiento acogido en la doctrina jurídica: “En la expresión acceso carnal se tenía en cuenta una acción muy específica la cual era la penetración, en esta consistía la consumación del acto punible en la introducción de un miembro genital masculino en la cavidad anal de otro hombre” (Martínez, 1972, p. 135).

Con la expedición del Decreto-Ley 2277 de 1979, los efectos de la penalización de los actos homosexuales en Colombia se trasladaron a la sanción del *homosexualismo* (Presidencia de la República, 1979) del docente, teniéndolo en cuenta como causal de mala conducta e ineficiencia personal. Esta norma permaneció vigente luego de que la homosexualidad dejara de ser considerada delito en Colombia y luego la Corte Constitucional, en el año 1998, la declaró inexecutable.

Con la expedición del Decreto-Ley 100 de 1980, fue despenalizada la consumación de actos homoeróticos voluntarios (Presidencia de la República, 1980). La homosexualidad, luego de la expedición de este decreto-ley, deja de ser un delito, pero sigue siendo considerada una enfermedad por la psiquiatría, un pecado por la Iglesia católica y, por consiguiente, una conducta aberrante y censurable por parte de la sociedad colombiana.

La doctrina sostenía: “el invertido² es tan responsable por su anormalidad como un diabético puede serlo por su glicosuria [...] en vez de condenación, un diagnóstico y el debido tratamiento. Sería más justo y más científico” (Arenas, 1947, p. 102). Partiendo del estado de enfermedad del homosexual como la fuente de la despenalización de su conducta, el caso colombiano contrasta con el europeo y

2 Entiéndase la expresión *invertido* como la referida a la persona que consuma actos homoeróticos.

norteamericano, pues aquí no medió un movimiento de liberación homosexual que impulsara tales luchas en el ámbito nacional.

En Colombia los homosexuales no se han organizado todavía (1980) en ningún tipo de movimiento de liberación propiamente dicho. La liberación en el campo penal ha ido progresando lentamente a lo largo del siglo XX por obra de eminentes juristas. La inmensa mayoría de aquellos juristas de avanzada fueron o son heterosexuales actualizados en la ciencia del derecho, influenciados indirectamente por los movimientos de liberación sexual europeos de los últimos cien años. (Botero, 1980, p. 228)

Es claro que el paradigma en el cual se aborda en este punto la homosexualidad se traslada de lo punitivo a lo psiquiátrico, conservando así el rótulo inmoral que la ha caracterizado socialmente. Como consecuencia de ello, “lejos de afirmarse hoy que el invertido es un delincuente, se precisa la búsqueda de interpretación científica a cuya luz aparece claro que el amor socrático y el amor sáfico no son actos delictivos, son hechos reveladores de trastornos constitucionales del sujeto” (Barrera, 1963, p. 28).

Respecto al travestismo, en Colombia no ha habido norma alguna en la legislación penal que lo regule; siempre ha tenido una sanción social que se ha caracterizado por su marginación en todos los ámbitos, al punto de ser relegado a las zonas de tolerancia, para el caso de quienes eran visibles y “transitaban por las calles exhibiéndose de manera ‘exótica’, generalmente por lugares proclives al delito o situaciones trágicas; sectores donde eran habituales personas de bajo rango social” (Bustamante, 2008, p. 135). Se consideraba entonces como una expresión transgresora del género, frente a su concepción hegemónica, por cuanto desafiaba la pretensión de naturalidad y originalidad de la heterosexualidad (Butler, 2002).

2. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 Y LA HOMOSEXUALIDAD EN COLOMBIA

Hacia junio del año 1969, se producía el estallido social de disidencias sexuales más grande y emblemático de todos los tiempos en pro de la liberación homosexual, teniendo como epicentro los Estados Unidos de América. Una revuelta en un *bar gay*, generada a causa del rechazo al acoso policial, fue el punto de partida de la alianza que se conoce por sus siglas LGBT. Tal evento logró concentrar a distintas personas que tenían un objeto en común, una causa que las unía: la liberación sexual y la construcción de una nueva ciudadanía (Serrano, 2012).

Pese a que ciertos autores afirmen que en Colombia, para la despenalización de los *actos homosexuales*, no existía una base sólida de un movimiento homosexual que hubiese promovido su exclusión de las conductas penales, desde la academia se orquestaban ya intenciones materializadas en la literatura, específicamente, en el tiraje de una publicación periódica, aunque irregular, denominada *El Otro*, cuya principal consigna era la liberación homosexual, empleando como medio simbólico el *salir del clóset*, mediante un discurso contrahegemónico, en oposición al imaginario regeneracionista aún vigente para la época —la publicación vio la luz entre los años 1977 y 1979— (Vargas, 2009).

León Zuleta, considerado el primer activista LGBT en Colombia, de clara influencia marxista, fue el promotor de la primera marcha gay en el país, llevada a cabo en 1982, en compañía de Manuel Antonio Velandia Mora y 32 homosexuales más, que tuvo su epicentro en la ciudad de Bogotá. El símbolo portado por los asistentes a la concentración era el triángulo rosado y el número de la cédula en la mejilla de cada quien, como recuerdo de lo sucedido a los homosexuales en la Alemania nazi (Colectivo León Zuleta, 2016).

La despenalización de los actos homosexuales en Colombia fue la antesala para la consolidación de un movimiento gay que se encontraba en la clandestinidad (Velandia, 1999) y que siguió el ejemplo, aunque de manera tardía, de las iniciativas de movilización social generadas desde los disturbios de Stonewall, en Nueva York, en 1969 (Ardila, 1999). Sin embargo, la consolidación del imaginario católico mediante el modelo de Estado centralista y regeneracionista generó en Colombia una represión del goce de la sexualidad para las personas sexualmente diversas, siendo más específicos, para el caso de los homosexuales (Altman, 1971, p. 155).

Lo anterior como reacción a las revoluciones sexuales generadas en otros países, las cuales fueron vistas como un factor que podría influir en la aparición de un movimiento de liberación homosexual, movimiento que efectivamente se gestaba en el plano académico y desde el *gueto homosexual*, pero enmarcado en el aislamiento generado por la censura social (Adam, Duyvendak y Krouwel, 1999). Aunque este cerco fue derribado con la exclusión de dichas conductas del Código Penal, las manifestaciones de diversidad sexual fueron consecuentes con el surgimiento y la consolidación política del movimiento LGBT en los Estados Unidos, fenómeno que se puede explicar desde el marco conceptual conocido como *relaciones coloniales del saber*, que hacen de las movilizaciones sociales generadas desde el descontento de las identidades marginadas y criminalizadas eventos consecuentes al norte global (Quijano, 2000).

Los once años de silencio normativo por parte del Estado respecto a la población sexualmente diversa, desde la expedición del Decreto-Ley 100 de 1980 hasta la promulgación de la Constitución Política de 1991, fueron acompañados de muestras académicas, activismo social y la construcción de un ciudadano LGBT, aunque bajo el estigma social del pecado y el estigma psiquiátrico de la enfermedad mental. La creación de espacios de homosocialización, comprendidos por bares principalmente, generó un escenario destinado no solo a departir para aquellos quienes en su plenitud desafiaban el imaginario heteronormativo desde la clandestinidad, sino la organización de espacios para la exigibilidad de los derechos de esta población y para su visibilización como actor político, acreándole el epíteto de *minoría*, junto a las consecuencias que esto trae consigo.

Con la Constitución de 1991, se abandonó el rótulo de Estado confesional, pasando de invocar a Dios como fuente de suprema autoridad (Colombia, 1886) a invocar su protección (Colombia, 1991). Todo ello tiene fundamento en lo dispuesto por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

La Constitución derogada establecía que Dios era la fuente suprema de toda autoridad y que la religión católica apostólica y romana era de la nación. Tales referencias fueron eliminadas por el preámbulo de la Constitución de 1991; en este, los delegatarios invocan la protección de Dios pero no le confieren ningún atributo con fuente de la autoridad o de dignidad, ni establecen ninguna referencia a una religión específica. Por ello la referencia que se mantuvo no establece la prevalencia de ningún credo religioso ni siquiera de tipo monoteísta; se trata entonces de una invocación a un Dios compatible con la pluralidad de creencias religiosas.

Por ello, al invocar la protección de Dios, los constituyentes no consagraron un estado confesional sino que simplemente quisieron expresar que las creencias religiosas constituían un valor constitucional protegido. (Corte Constitucional, 1994, p. 21)

Al declarar proscrita la posibilidad de incurrir de nuevo en la penalización de los *actos homosexuales* aludiendo a la protección de un bien jurídico como la moral pública sustentada en una religión que detentaba el consenso social, el nuevo paradigma de Estado dista considerablemente del regeneracionista, por garantizar la descentralización, aunque conserva su modelo de república unitaria, denominándose *participativa* y *pluralista*.

El fundamento de la República de Colombia en el respeto a la dignidad humana se relaciona con el reconocimiento del tratamiento de las personas en igualdad ante la Ley y las autoridades, desapareciendo así los motivos de discriminación

o preferencia entre las personas. Basta con la condición de ser humano para merecer del Estado y de sus autoridades el pleno reconocimiento de la dignidad de persona y la misma atención e igual protección que las otorgadas a los demás (Corte Constitucional, 1992, p. 73).

Siete años después de la promulgación de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional excluiría el *homosexualismo* como causal de mala conducta e ineficiencia profesional para el ejercicio docente en el sector público —conagrada en el literal b) del artículo 46 del Decreto-Ley 2277 de 1979— bajo el siguiente fundamento:

Normas como la acusada derivan entonces de la existencia de viejos y arraigados prejuicios contra la homosexualidad, que obstaculizan el desarrollo de una democracia pluralista y tolerante en nuestro país. Por ello, la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad fundada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas y en donde la diversidad de formas de vida no sea un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas. (Corte Constitucional, 1998, p. 52)

La Corte Constitucional, en el ejercicio de su control normativo, ha reconocido derechos a la población sexualmente diversa en múltiples ocasiones, mediante sentencias de tutela para casos específicos de vulneración de derechos que fueron enviados a revisión ante el alto tribunal y sentencias de constitucionalidad mediante las cuales se ha declarado exequibilidad plena o condicionada —y en algunos casos la inexequibilidad— de normas a fin de hacer efectiva la protección de los derechos de los ciudadanos, entre ellos los que hacen parte de poblaciones históricamente marginadas y discriminadas, como en el caso de la sexualmente diversa o, como es mayormente conocida, LGBT.

Con el reconocimiento de derechos fundamentales en la Carta Política, se generaron garantías para su goce efectivo, con fundamento en el respeto a la dignidad humana (art. 1º, CP) y siendo el libre desarrollo de la personalidad (art. 16, CP), la igualdad y la no discriminación (art. 13, CP) y el reconocimiento a la personalidad jurídica (art. 14, CP) los elementos que sirvieron de base para el reconocimiento de derechos a la población sexualmente diversa en Colombia en condiciones de igualdad, asumiendo la diversidad de todos los grupos sociales marginados como objeto para combatir las penurias sociales y las desventajas de grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección (Corte Constitucional, 1992, p. 7).

Actualmente, en Colombia, las personas sexualmente diversas cuentan con garantías jurídicas en su derecho a la igualdad y a la no discriminación, políticas públicas de orden departamental y municipal, la Ley Antidiscriminación, así como con los derechos de la población LGBT comprendida como grupo poblacional desde la perspectiva del activismo social y el uso de recursos y mecanismos para el resarcimiento de derechos vulnerados. Finalmente, las parejas del mismo sexo han adquirido, mediante la jurisprudencia constitucional, derechos en sus efectos tanto personales como patrimoniales, teniendo como fundamento la protección de la familia homoparental, conformada por lazos de crianza (Corte Constitucional, 2011).

3. ACTIVISMO LGBT EN COLOMBIA POSTERIOR A LA CONSTITUCIÓN DE 1991

En Colombia, la década de los noventa fue trascendental para el colectivo de sexualidades disidentes, el cual se manifestó inicialmente como elemento transgresor del imaginario heteronormativo regeneracionista. En 1980, cuando dejó de ser considerada como delito la consumación de actos homosexuales, se abordaba la homosexualidad desde la perspectiva psiquiátrica, hasta el 17 de mayo de 1990, fecha en que la Organización Mundial para la Salud (OMS) la excluyó de su listado de enfermedades mentales.

Un año más tarde, el 4 de julio, fue promulgada en la *Gaceta Constitucional* número 114 la Constitución Política de 1991. Bajo el mandato del liberal César Gaviria Trujillo, en una Asamblea Constituyente con mayoría liberal y de centro izquierda —la izquierda ejercida por la Alianza Democrática M-19—, se declaró proscrita la regeneración como paradigma de Estado en Colombia, y este se fundó en el respeto a la dignidad humana, teniendo como precepto la diversidad desde el pluralismo y la garantía de protección a las distintas formas de vida mediante el libre desarrollo de la personalidad.

Tales circunstancias propiciaron el surgimiento del movimiento LGBT en Colombia como actor político, el cual, en un inicio, se erigiría como rechazo a la censura social, aunque conservando su carácter masculino: un movimiento de hombres gais generado en la ciudad de Medellín, siendo mayormente visible en la organización de movilizaciones de esta población. Históricamente, se ha perfilado el Partido Liberal como aliado y el Partido Conservador como adversario de las causas defendidas por las minorías sexuales (Gámez, 2008, p. 18).

Con el surgimiento de la Corte Constitucional, se abre la puerta para la garantía de derechos por parte de un órgano de revisión de las decisiones judiciales y de

las normas jurídicas que puedan ir en contravía de los preceptos constitucionales y, entre otras cosas, afectar a la población sexualmente diversa.

El abogado Germán Humberto Rincón Perfetti procedió entonces a interponer tutelas ante el alto tribunal para las personas discriminadas por el hecho de ser homosexuales, no obstante, la respuesta obtenida en un principio fue un rechazo de plano a las pretensiones: constaba en la jurisprudencia que la homosexualidad era anormal, y se negaba la protección de los derechos invocados en razón de la prelación que tienen los derechos de los otros (Corte Constitucional, 1994).

Junto a la acción de tutela, fueron presentadas acciones públicas de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional para declarar respecto a la exequibidad o no de una norma (Mejía y Almanza, 2015). Se generó así un activismo judicial para que desde la institucionalidad se generaran acciones afirmativas en el reconocimiento de derechos a la población LGBT, en un principio desde la garantía de sus derechos reconocidos constitucionalmente (Lemaitre, 2005).

Muestra de ello es el primer pronunciamiento favorable para la población LGBT, el cual revocó la censura que la entonces Comisión Nacional de Televisión (ahora Autoridad Nacional de Televisión) había interpuesto a un comercial de prevención de VIH/sida, en el que se mostraba a dos hombres dándose muestras de afecto. Así, se limitó la gestión de la comisión a ser de carácter técnica, y los homosexuales vieron su interés jurídicamente protegido, siempre y cuando no lesionaran, con la exteriorización de su conducta, los intereses de otras personas ni se convirtieran en piedra de escándalo, principalmente de la niñez y la adolescencia (Corte Constitucional, 1994).

Desde la expedición de la Sentencia C-075 de 2007, se marcó un hito jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional en el reconocimiento de derechos patrimoniales a las parejas del mismo sexo. La sentencia condicionada amplió el régimen de protección contenido en las normas jurídicas colombianas referentes al régimen patrimonial de uniones maritales de hecho, en el entendido de que también son aplicables a las parejas homosexuales (Corte Constitucional, 2007).

El anterior precedente judicial fue implementado en las sentencias sucesivas que reconocieron derechos a las parejas del mismo sexo con base en la normatividad ya vigente, y sirvió para consolidar la línea jurisprudencial que ha manejado la Corte Constitucional en el reconocimiento de derechos para las parejas del mismo sexo: la Sentencia C-029 de 2009, que surgió como resultado de las acciones públicas de inconstitucionalidad impetradas por los demandantes, producto del activismo judicial generado desde las organizaciones sociales LGBT, por regla general.

Las organizaciones sociales LGBT han generado acciones afirmativas mediante la visibilización social por medio de marchas y movilizaciones cuyo objeto es la ciudadanía plena, y mediante la inclusión de la diversidad y la generación de procesos de activismo con escuelas de formación para propiciar el empoderamiento en la comunidad LGBT, proceso que tuvo como resultado la formación de activistas, que se convirtieron en agentes multiplicadores de los conocimientos adquiridos, y que fueron formados desde un enfoque de género, perspectiva de derechos y de vulnerabilidad, y que procuran la inclusión social desde las comunidades que habitan.

Las marchas del Orgullo Gay han adquirido un componente político mediante la denominación de Marcha por la Ciudadanía Plena LGBTI, desde la perspectiva del reconocimiento de derechos de las parejas del mismo sexo y de las personas sexualmente diversas. La diferencia principal radica en que los derechos de las personas LGBTI son aquellos que se adquieren por el simple hecho de tener la dignidad de persona, reconocida por la Constitución de 1991. Ello se resume en la garantía en el ejercicio de los derechos humanos y en el derecho a la no discriminación.

Cuando alguien sexualmente diverso decide establecer una comunidad de vida con otra persona, se configuran derechos adicionales que subsisten junto a los inherentes a la persona. Los derechos de la pareja del mismo sexo surgen posteriormente a la libre voluntad de conformar un vínculo entre dos personas, cuyos efectos pueden ser personales —la ayuda mutua, el socorro, la protección respecto a la violencia intrafamiliar, la afiliación a salud— y patrimoniales: aquellos relacionados con la sociedad conyugal para el caso del matrimonio o aquellos relacionados con la sociedad patrimonial en las uniones maritales de hecho. Igualmente, surgen derechos herenciales, de alimentos y demás conexos.

En la actualidad, las movilizaciones sociales LGBT en pro de la ciudadanía plena se llevan a cabo en las principales ciudades del país, resultado de las incidencias generadas por los reconocimientos de derechos a esta población y de los procesos de empoderamiento llevados a cabo por organizaciones sociales, en muchos casos con apoyo de fondos de cooperación internacional. En ellas también ha influido la formulación de lineamientos de políticas públicas LGBT, incluidas en los planes de desarrollo de los departamentos y municipios en los que se llevan a cabo estas movilizaciones.

La academia ha incursionado nuevamente en la garantía de derechos de la población LGBT, siendo más decisoria que deliberativa, como en los años ochenta. Desde los consultorios jurídicos, clínicas jurídicas y grupos de investigación, se instauran acciones de tutela y se realiza seguimiento a casos de vulneración de

derechos a la población sexualmente diversa, para generar garantías sociales en el goce efectivo de derechos, al igual que modificaciones en el ordenamiento jurídico, ofreciendo a esta población el disfrute de derechos que históricamente les han sido negados.

CONCLUSIONES

Los derechos de la población sexualmente diversa en Colombia se han ido reconociendo de manera escalonada, hasta alcanzar el actual régimen de protección. La gran mayoría de las normas que regulan lo atinente a estos derechos se encuentra consignada en providencias de constitucionalidad que imparten pautas en las que se cambia el sentido de ciertas normas, por medio de la sentencia condicionada, para ampliar la protección normativa y así cobijar a la población sexualmente diversa.

Este caso específico es más evidente en las decisiones sobre normas referentes a los derechos de las parejas del mismo sexo en sus efectos personales y patrimoniales, cuyo precedente más emblemático ha sido la Sentencia C-075 de 2007, en la que la sentencia condicionada se empleó de manera primigenia para el reconocimiento de estos derechos. Acto seguido, la Sentencia C-029 de 2009, que consolidó el mencionado precedente judicial, modificó 42 normas, contenidas en 20 disposiciones jurídicas, entre decretos y leyes vigentes en el ordenamiento colombiano.

La pugna por el reconocimiento de derechos para la población sexualmente diversa, motivante de la cohesión de los colectivos LGBTI, se basó en el reconocimiento de los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo, aunque estos se extendieran, mediante la exequibilidad de las uniones maritales de hecho, en el entendido de que el régimen de protección contenido en estas aplique a las parejas del mismo sexo. De este reconocimiento se derivan otros conexos, como los efectos personales de esta unión en parejas del mismo sexo, como la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud del compañero permanente.

La Corte Constitucional ha sido la corporación judicial que mayormente ha reconocido las facultades que integran el régimen de protección de derechos, ampliando sus efectos personales y patrimoniales a las parejas conformadas por dos personas del mismo sexo. Las uniones maritales de hecho son el medio de protección primigenia de sus derechos patrimoniales, nacientes a la vida jurídica mediante la sociedad patrimonial regulada en la Ley 54 de 1990, tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, declarada exequible por la Sentencia C-075 de 2007, y ampliada a las parejas homosexuales, aplicando también el fallo 261

de 2011 de la Corte Suprema de Justicia, en el que se le da efecto retrospectivo a la norma.

Posteriormente, el Congreso de la Republica expidió la Ley 1482 de 2011, modificada por la Ley 1752 de 2015, que incluye disposiciones para el Código Penal en las que se sancionan conductas discriminatorias de apología al odio por distintas razones, entre ellas la orientación sexual de la persona objeto de ultrajes, cuando esta sea el motivante del improprio. De igual manera, se encuentra vigente la Ley 1448 de 2011, en la que se contempla el enfoque diferencial y el principio de igualdad, así como la obligación de tener en cuenta la orientación sexual de la víctima del conflicto armado interno para determinar medidas de reparación. Estas son las únicas normas que incluyen de manera explícita a la población sexualmente diversa, aunque solamente desde la orientación sexual.

REFERENCIAS

- Adam, B., Duyvendak, J. y Krouwel, A. (1999). Gay and Lesbian Movements beyond Borders? En Adam, J., Krowel, A. y Duyvendak, J., *The Global Emergence of Gay and Lesbian Politics. National Imprints of a Worldwide Movement* (pp. 344-371). Filadelfia: Temple University Press.
- Albarracín, M. (2016). *La despenalización de los actos homosexuales: un cambio legal desde arriba*. Recuperado de https://docs.google.com/document/pub?id=1YgtP74Og2cyRDa-BlePyH4HjlZh8FK7V_FudKfLSrEk
- Altman, M. (1971). *Homosexual. Oppression and liberation*. Nueva York: Outerbridge.
- Arancibia, A. (1966). *La figura delictiva del artículo 365 del código penal. Seminario de Derecho Penal y Medicina Legal*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Ardila, R. (1999). *Homosexualidad y Psicología*. Bogotá: Manual Moderno.
- Arenas, A. (1947). *Comentarios al Código Penal Colombiano*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Barrera, H. (1963). *Delitos Sexuales*. Bogotá: Temis.
- Botero, E. (1980). *Homofilia y homofobia. Estudio sobre la homosexualidad, la bisexualidad y la represión de la conducta homosexual*. Medellín: Lealon.

- Bustamante, W. (2004). *Invisibles en Antioquia 1886-1936. Una arqueología sobre los discursos sobre la homosexualidad*. Medellín: La Carreta Editores.
- Bustamante, W. (2008). El delito de acceso carnal homosexual en Colombia: Entre la homofobia y la medicina psiquiátrica y el orden patriarcal legal. *Revista Co-herencia*, 5(9).
- Butler, J. (2002). *Cuerpos que importan. Sobre los límites materiales y discursivos del "sexo"*. Buenos Aires: Paidós.
- Código Penal [Código]. (1890). Recuperado de https://archive.org/details/codigo_penal_colombiano_1890
- Código Penal [Código]. (1936). Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1791348>
- Colectivo León Zuleta (s.f.). *Historia del Movimiento Gay en Colombia*. Recuperado de <http://cf.caribeafirmativo.lgbt/todo/ATT1379704196.pdf>
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1886). Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153>
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991). Editorial Leyer.
- Corte Constitucional (1992). Sentencia C-558 [MP Ciro Angarita Barón].
- Corte Constitucional (1992). Sentencia T-462 [MP Simón Rodríguez Rodríguez].
- Corte Constitucional (4 de agosto de 1994). Sentencia C-350-94 [MP Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional (30 de noviembre de 1994). Sentencia T-539-94 [MP Vladimiro Naranjo Mesa].
- Corte Constitucional (6 de febrero de 1995). Sentencia T-037-95 [MP José Gregorio Hernández Galindo].
- Corte Constitucional (9 de septiembre de 1998). Sentencia C-481-98 [MP Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional (7 de febrero de 2007). Sentencia C-057-07 [MP Rodrigo Escobar Gil].

- Corte Constitucional (22 de septiembre de 2011). Sentencia T-716-11 [MP Luis Ernesto Vargas Silva].
- Cortés, J. (s.f.). *El problema sexual a través de los códigos civil y penal colombianos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez, C. (2008). *Logros y desafíos del movimiento LGBT de Bogotá para el reconocimiento de sus derechos: Una mirada desde la acción colectiva, las estructuras de oportunidad y la política cultural*. (Trabajo de grado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia.
- Lemaitre, J. (2005). Los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso. En Iturralde, M. y Bonilla, D. (eds.), *Hacia un nuevo derecho constitucional* (pp. 181-217). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Martínez, L. (1972). *Derecho Penal Sexual*. Bogotá: Temis.
- Mejía, J. y Almanza, M. (2015). Comunidad LGBT: Historia y Reconocimientos Jurídicos. *Revista Justicia*, 17, 80-92.
- Palacios, M. (2003). *Entre la legitimidad y la violencia: Colombia 1875-1994*. Bogotá: Editorial Norma.
- Parada, G. (2009). Orden y revolución en la ley penal colombiana (1819-1837). Un debate historiográfico. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 36(2), 177-205.
- Presidencia de la República (24 de abril de 1936). Por el cual se adopta el texto definitivo del nuevo Código Penal. [Decreto-Ley 2300]. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1432899>
- Presidencia de la República (15 de julio de 1970). Estatuto de Contravenciones. [Decreto 1118]. DO: 33.118.
- Presidencia de la República (27 de marzo de 1971). Sobre contravenciones especiales, competencia y procedimiento. [Decreto 522]. Recuperado de http://www.descentralizadrogas.gov.co//pdfs/politicas/nacionales/Decreto_522_de_1971-Modifica_Dto_1355_de_1970.pdf
- Presidencia de la República (14 de septiembre de 1979). Estatuto Docente. [Decreto 2277]. Recuperado de https://www.mineducacion.gov.co/1621/articulos-103879_archivo_pdf.pdf

- Presidencia de la República (23 de enero de 1980). Código Penal. [Decreto-Ley 100]. DO: 35.461.
- Quijano, A. (2000). Coloniality of Power and Eurocentrism in Latin America. *International Sociology*, 215-232.
- Rojas, C. (2001). *Civilización y Violencia: La búsqueda de la identidad en la Colombia del Siglo XIX*. Bogotá: Editorial Norma.
- Serrano, J. (2012). El olvido recobrado: sexualidad y políticas radicales en el Movimiento de Liberación Homosexual en Colombia. *Revista CS*, (10), 19-54.
- Vargas, R. (2009). Ese desconocido. *Revista Arcadia*. Recuperado de <http://www.revistaarcadia.com/impresia/especial/articulo/ese-desconocido/28903>
- Vázquez, A. (1949). *Tratado de derecho penal colombiano*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Velandia, M. (1999). *Y si el cuerpo Grita... (Dejémonos de maricadas)*. Bogotá: Equiláteros.

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

Nº
47

166

El derecho fundamental al olvido: reconocimiento y evolución*

The fundamental right to be forgotten: recognition and evolution

Jorge Isaac Torres Manrique**

Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2016

Fecha de aceptación: 31 de julio de 2017

A veces se confunde el derecho al olvido en Internet y el derecho al olvido respecto a los buscadores. Son cosas distintas.

JOSÉ LUIS PIÑAR

No te das cuenta de la buena memoria que tienes hasta que intentas olvidar algo.

FRANKLIN P. JONES

El olvido es una forma de libertad.

KHALIL GIBRAN

RESUMEN

El derecho fundamental al olvido es un nuevo derecho que surge como resultante negativo del desarrollo de la tecnología. Así, el derecho al olvido se encuentra orientado a impedir y contrarrestar los perjuicios que genera la no poca y dañina información personal publicada en la red. En la presente entrega, el autor analiza de manera profunda y amplia los

diversos alcances y aristas de este derecho, para concluir esbozando propuestas al respecto.

Palabras clave: derecho fundamental; olvido; derecho al olvido digital; derecho a la caducidad del dato negativo; derecho a la oscuridad digital; derecho a desindexar; derecho a la supresión; derecho al olvido cibernético; motores de búsqueda; derecho a la protección de datos perso-

* El autor dedica el presente trabajo al ilustrísimo jurista Robert Alexy. Cabe precisar que en homenaje a él se llevó a cabo la I Convención Mundial de Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, en la ciudad de Lima, los días 6 y 7 de diciembre de 2016, magno evento en el cual tuvimos el gran honor de haber sido invitados para ser ponentes y cuya temática de dicha oportunidad aborda la presente entrega en versión completa.

** Abogado y consultor jurídico; ex responsable de coordinación regional del Programa Presupuestal 0099: Celeridad en los Procesos Judiciales Laborales, del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial de la República del Perú; Miembro del Comité Científico Internacional del Instituto Jurídico Internacional de Turín (Italia); miembro, par académico evaluador, corresponsal e investigador externo adscrito al Instituto Vasco de

nales; derecho a la desvinculación de datos, derecho a la autodeterminación informativa.

ABSTRACT

The fundamental right to forget, is a new right that arises as a negative result of the development of technology. Thus, the right to oblivion is aimed at preventing and counteracting the damages caused by the no little as harmful personal information published on the Net. In the present presentation, the author analyzes in a profound manner how wide, the various reaches and edges of the same, to conclude sketching proposals on the matter.

Keywords: right to be forgotten; right to digital oblivion; right to the expiration of the negative data; right to be forgotten; right to digital darkness; right to de-index; right to suppression; right to cyber forgetting; search engines; right to the protection of personal data; right to the data unrelated; right to self-determination Informative.

Derecho Procesal (País Vasco); par académico evaluador de la revista *Misión Jurídica*, de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca (Colombia); investigador externo de la Universidad Global (Honduras); colaborador honorario de Elnotariado.com (Argentina); miembro asociado de E-Justicia Latinoamérica (Argentina); miembro consultivo nacional de la revista de actualidad jurídica *Essentia Juris* (Perú); experto en derecho empresarial y administrativo, en Avalón, la Red de Expertos de España, Portugal y Latinoamérica (España); abogado por la Universidad Católica de Santa María (Perú); egresado de los doctorados en Derecho y Administración y de las maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal por la Universidad Nacional Federico Villarreal (Perú). Recientemente invitado como expositor en el VII Congreso Internacional de Derecho Agroambiental sobre Derechos y Humanos y Sostenibilidad, del Programa de Post Graduación en Derecho Agroambiental de la Universidad Federal de Mato Grosso (Brasil). Autor de los libros *Consideraciones aproximativas de derecho procesal constitucional* y *Lecciones de derecho constitucional contemporáneo*. Coautor y coordinador general de los libros *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, en homenaje al doctor Robert Alexy, y *La justicia restaurativa en América Latina*. Es autor de más de medio centenar de artículos y ensayos en materia jurídica y *management* para importantes publicaciones físicas y virtuales de más de veinte países. Ponente nacional e internacional en diversos eventos académicos de carácter jurídico. Correo electrónico: kimblellmen@outlook.com

PROLEGÓMENO

El desarrollo de la humanidad comporta avances en las diversas áreas del saber, lo que genera el advenimiento de nuevos escenarios de ineludible interactuar, empero, si bien es cierto que mayormente son en beneficio de las personas, ello no es óbice para que se configuren también inconvenientes, situaciones no deseables, perjudiciales.

Así, el derecho, fiel a su naturaleza de ser sombra que sigue a la realidad para hacer posible la convivencia del ser humano en sociedad, advierte situaciones acontecidas en y como producto de la cada vez más masificada utilización de internet. Nos referimos a la problemática que sobreviene a los efectos del incorrecto tratamiento de la información personal contenida en la red.

En ese sentido, resulta pertinente señalar que:

El carácter global y universal de la Red, así como el hecho de la permanencia y fácil acceso de la información contenida en ella, ponen de relieve la necesidad de que, de una parte, los usuarios tomen conciencia de las informaciones —propias y de terceros— que suministran, con el fin de evitar una posible pérdida de control de las mismas cuando se incorporen en Internet; y de otra, que se dote al usuario de mecanismos efectivos de defensa ante los riesgos que pueda entrañar el imparable desarrollo de este sistema. (Rallo Lombarte, 2010, p. 1)

Y es que, como es lógico, ciertamente no poca información personal *online* se encuentra revestida de una fecha de expiración.

Así, es de mencionar que:

Mientras en la vida real el ciudadano otorga sus datos para una finalidad concreta y existe la posibilidad de que estos se cancelen una vez agotada su finalidad, en Internet entran en juego elementos como los motores de búsqueda, que además de generar una multiplicación sin límites de la información, la dotan de un carácter “cuasi eterno” que puede alterar la línea del tiempo. (Rallo Lombarte, 2010, p. 2)

En la presente entrega, los invitamos, pues, a acompañarnos a este recorrido fascinante de reflexiones y óptica crítica sobre lo relacionado con el derecho fundamental al olvido.

1. ANTECEDENTES

El antecedente, *strictu sensu*, del derecho fundamental al olvido es el derecho a la protección de datos personales o el derecho a la autodeterminación informativa, conocido también como derecho a la protección de datos de carácter personal. Empero, se debe tener en cuenta que el segundo derecho nombrado (a diferencia del derecho al olvido) se encuentra referido a información que no se encuentra registrada en la red.

Por otro lado, es sabido que el derecho fundamental al olvido es reconocido de manera primigenia, en sede jurisprudencial, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, también conocido como Tribunal de Luxemburgo (debido a la ubicación de su sede). Al respecto, se aprecia que: “[...] el derecho al olvido en Internet es una creación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque sería más propio hablar de un reconocimiento del derecho por parte del Tribunal antes que una creación jurisprudencial del mismo” (Hernández, 2016, párr. 4).

Sin embargo, la Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas de los Países Bajos (en adelante, Ifla) sostiene:

El concepto de eliminar enlaces con determinados contenidos de resultados de búsquedas en Internet no es completamente nuevo [...] aun antes de la sentencia de 2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea descrito a continuación, Google aceptó solicitudes para eliminar enlaces en todos sus sitios web de aquellos resultados de búsquedas que comprometerían la seguridad financiera o cierta información personal, como por ejemplo enlaces hacia obras protegidas por el derecho de autor, números de seguridad social, información bancaria personal y firmas. Dicho esto, desde la sentencia europea de 2014 se han dictado sentencias y se han presentado propuestas legislativas en países de todo el mundo que aplican de manera explícita alguna versión del concepto de “derecho al olvido”. Esta tendencia tiene su origen en la legislación europea sobre “procesamiento de datos” de la década del noventa y en otros conceptos antiguos previos a Internet. (Ifla, s.f., p. 1)

La indicada Federación Internacional hace un repaso de lo acontecido en algunos países, lo que resumiremos brevemente:

1. El artículo 8º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) establece sobre el tratamiento de los datos personales: “Toda

persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan” y además “dichos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley”.

2. En Hong Kong, David Webb, propietario de un sitio web que ofrece información sobre gestión empresarial, creó un archivo de sentencias judiciales que está disponible al público y que puede consultarse ingresando el nombre de una persona. En 2010 y 2012, en un caso que involucraba a un matrimonio, el poder judicial eliminó los nombres de ambos cónyuges, y la Comisión de Privacidad de Hong Kong ordenó que Webb eliminara los nombres de estas personas de los documentos judiciales que estaban archivados en el sitio web.
3. En Japón, en 2014, un tribunal ordenó a Yahoo Japan Inc. que eliminara información alojada en su sitio web. Siguiendo los lineamientos del caso, Yahoo Japan Inc. anunció públicamente que implementaría criterios propios para aplicar el derecho al olvido. Además de estos casos, los tribunales de primera instancia de Japón pueden dictar disposiciones provisionales con respecto a solicitudes para eliminar información personal. En 2014, un tribunal de primera instancia de Tokio hizo lugar a 711 casos de demandas para eliminar información privada disponible en internet, y ordenó que Google, Yahoo y otros proveedores eliminaran la información, tal como los demandantes habían solicitado.
4. En México, un hombre de negocios vinculado al transporte quería eliminar de internet todo enlace con comentarios negativos acerca del negocio familiar, incluido el rescate financiero recibido del Gobierno por un préstamo incobrable a sus empresas. En el caso Instituto Nacional de Acceso a la Información (Inai), Carlos Sánchez de la Peña vs. Google México, s. de R. L. (PPD.0094/14), se dictaminó que el pedido cumplía los requisitos legales de privacidad que permitían la eliminación de la información si “la persistencia causara daños”, aun cuando los artículos originales se hubieran publicado legalmente.

De lo referido, podemos acotar que los antecedentes del derecho al olvido no conocen fronteras ni distinguen países. Ello tiene sentido en la medida que se trata de información disponible en la web y esta, a su vez, se encuentra disponible en casi todo el orbe.

2. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR DERECHO FUNDAMENTAL AL OLVIDO?

El derecho al olvido se define de tres formas:

i) Un término ficticio cuyo núcleo es el derecho a acceder, rectificar y cancelar nuestros datos personales que estén en bases ajenas; ii) obligaciones especiales de eliminación de datos financieros y penales después de cierto tiempo; iii) la desindexación de información en buscadores, es decir, que no se elimine la información, sino que simplemente deje de aparecer en el buscador. (Pérez de Acha, 2015, párr. 2)

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), autoridad de control independiente que vela por el cumplimiento de la normativa sobre protección de datos y garantiza y tutela el derecho fundamental a la protección de datos personales, sostiene al respecto:

El denominado “derecho al olvido” es la manifestación de los tradicionales derechos de cancelación y oposición aplicados a los buscadores de internet. El “derecho al olvido” hace referencia al derecho a impedir la difusión de información personal a través de internet cuando su publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa. En concreto, incluye el derecho a limitar la difusión universal e indiscriminada de datos personales en los buscadores generales cuando la información es obsoleta o ya no tiene relevancia ni interés público, aunque la publicación original sea legítima (en el caso de boletines oficiales o informaciones amparadas por las libertades de expresión o de información). (Agencia Española de Protección de Datos, 2014, párr. 2)

Por otra parte, es necesario acotar:

No hay que confundir el derecho al olvido y el derecho a la privacidad. Este último se refiere a una información que nunca se ha dado a conocer públicamente, mientras que el derecho al olvido habla de información que alguna vez fue pública y que, ahora, no debería poder recuperarse mediante rastreo. Esto se debe tener en cuenta porque fue lo que trajo algunas discusiones sobre la definición y/o límites del concepto. Aunque el derecho al olvido existe desde 2006, se empezó a aplicar a los datos en Internet el 13 de mayo de 2014, cuando la Corte Europea de Justicia ratificó que el “derecho al olvido” es un derecho humano. (Educar, 2016)

Entonces, *a priori*, podemos colegir la naturaleza de oportunidad entre los derechos fundamentales a la privacidad y al olvido. En el primer caso, el derecho se ejercita principalmente *ex ante*, esto es, de manera anterior a la posible publi-

cación de la información, a diferencia del segundo, que siempre se manifiesta *ex post*, es decir, luego de haberse publicado esta, ya sea con el consentimiento o no del perjudicado.

Además, el derecho al olvido comporta la no republicación o redivulgación de hechos o acusaciones, aunque ciertos y ya conocidos, que no resulten ser exactos o actualizados, en razón a que ya fueron juzgados en su oportunidad, de modo que el sancionado ya habría quedado rehabilitado, pues no por ello debe merecer una condena *online* de por vida, debido a la ya consabida capacidad de internet de no olvido cuasi perpetuo.

Por otro lado, es imposible no hacer referencia a los derechos Arco como fuente originaria del derecho al olvido. En esa línea, se refiere dicho derecho como:

[...] consecuencia directa de los ya conocidos derechos Arco, los mismos que están estrechamente relacionados con las normas de protección de datos personales. Los derechos Arco, recogidos en distintas legislaciones a nivel internacional, permiten que el titular de los datos personales en cuestión solicite el Acceso, la Rectificación, la Cancelación u Oposición, entre otros, al tratamiento de sus datos en cualquier Banco de Datos. (Revoredo, 2016, párr. 2)

Y es que vale decir que desde la llegada de internet (*international network of computers*), conocida también como red o *inet*, todo pasó a ser publicable, y, para los efectos del presente estudio, sin contar necesariamente con la aprobación del titular de la información, digamos, el internauta a quien se refiere esta. Ello propició la indiscriminada como incommensurable publicación de todo y por cualquier motivo.

Además, resulta relativamente fácil obtener información de cualquier persona— ya sea por curiosidad o la seducción de ser *encontrable* y trascendente (en el caso del internauta) o para consultar antecedentes (por parte de potenciales empleadores)— y, por consiguiente, se puede advertir la eventual vulneración del derecho al olvido del perjudicado. En términos similares se expresa Mate: “[...] [es] lo que coloquialmente se denomina ‘googlearse’ —incluir el nombre propio o el de otra persona en un motor de búsqueda, para comprobar qué resultados aparecen; dicha práctica recibe también el nombre de ‘egosurfing’—” (2016, p. 188).

Así, postulamos que el derecho fundamental al olvido proviene de un derecho más amplio que el denominado derecho a internet. A la vez, el derecho a la intimidad guarda estrecha relación con el derecho al olvido, existiendo entre ellos una relación de género y especie.

El derecho fundamental al olvido viene recibiendo diversas denominaciones, y entre ellas podemos mencionar las siguientes: derecho al olvido digital, derecho a la caducidad del dato negativo, derecho a ser olvidado, derecho a la oscuridad digital, derecho a desindexar, derecho a la supresión, derecho al olvido cibernético, derecho a la protección de datos personales *online*, derecho a la desvinculación de datos.

Sin embargo, a propósito de la denominación *derecho al olvido*, somos conscientes de su desacierto. Ello en vista de que el olvido resulta ser propio de la psicología de las personas naturales, como medida de protección de la memoria. Sin embargo, en primer término, la red no cuenta con vida propia, ergo no puede olvidar.

Así, la denominación más acertada sería derecho a la *desindexación de datos personales*. Pero, dado que *derecho al olvido* viene siendo utilizada en casi la totalidad de Estados, importa poco el eventual cambio de denominación.

3. IMPLICANCIA DE SU VULNERACIÓN

La vulneración del derecho al olvido significa el menoscabo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad del afectado. Ello en vista de que se limita su derecho de llevar una vida alejada de limitaciones, señalamientos o estigmatizaciones, que, dicho sea de paso, pueden conllevar la vulneración de derechos adicionales, como, por ejemplo, el derecho al trabajo, a la no discriminación, al honor y a la buena reputación, entre otros.

4. CONSTITUCIONALIZADO PERO NO LEGALIZADO

Resulta innegable que el derecho al olvido se encuentra reconocido de manera no expresa, esto es, bajo la naturaleza de *numeros aperti* de los derechos fundamentales reconocidos por el artículo 3º de la Constitución Política, que preconiza:

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Y es que, aunque suene contradictorio, es de reconocer que, taxativa y reglamentariamente, el derecho fundamental al olvido no se registra de manera

específica en la norma legal. —salvo contadas excepciones, como Nicaragua y Rusia— (Pérez de Acha, 2015).

Al respecto, preocupa que lo mencionado no solo ocurra en la región, sino también en Europa. Así, se debe resaltar que: “[...] en lo que al derecho al olvido se refiere, en España no existe ningún reconocimiento normativo expreso al referido derecho y en otros países miembros su reconocimiento se ha visto frustrado como en Italia o no ha adquirido rango normativo como en Francia” (Mate Satué, 2016, p. 218).

5. PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO AL OLVIDO

Ciertamente, a la fecha, los principios jurídicos del derecho al olvido no se encuentran establecidos. Ello en razón a que el derecho de protección de datos personales resulta más amplio que los alcances del derecho al olvido.

Prueba de ello es que los diversos pronunciamientos de los tribunales en casos sobre el derecho al olvido se han sustentado en algunos de los principios jurídicos básicos de protección de datos personales, sin llegar a precisar principios propios o exclusivos del derecho al olvido. Así, tenemos:

1. De finalidad: según el inciso segundo del artículo 4º de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal (Ley 15/1999), se tiene que: “Los datos de carácter personal objeto de tratamiento no podrán usarse para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos. No se considerará incompatible el tratamiento posterior de estos con fines históricos, estadísticos o científicos”.
2. De pertinencia: el inciso quinto del artículo 4º de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal (Ley 15/1999) señala que: “Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un periodo superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados [...]”.
3. De veracidad y exactitud: el inciso tercero de artículo 4º de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal (Ley 15/1999) establece: “los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado”.

4. De calidad: el artículo 5º del Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, en referencia a los datos personales que sean objeto de un tratamiento automatizado, estipula:

a) Se obtendrán y tratarán leal y legítimamente; b) se registrarán para finalidades determinadas y legítimas, y no se utilizarán de una forma incompatible con dichas finalidades; c) serán adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las cuales se hayan registrado; d) serán exactos y si fuera necesario puestos al día; e) se conservarán bajo una forma que permita la identificación de las personas concernidas durante un periodo de tiempo que no exceda del necesario para las finalidades para las cuales se hayan registrado.

6. ACTORES DEL DERECHO AL OLVIDO

Consideramos que, en el derecho fundamental al olvido, existen ineludiblemente los siguientes actores, sin la totalidad de los cuales este no podría configurarse. Así, tenemos: 1) internautas; 2) Buscadores, gestores o motores de búsqueda en línea; 3) páginas o portales web; 4) enlaces web o links; 5) información del afectado publicada en la red, devenida en anacrónica e inexacta; y 6) el afectado.

7. BREVE GLOSARIO

Para un mejor seguimiento del desarrollo de la presente temática, sugerimos la lectura de las siguientes definiciones:

- 1) Internauta:

[...] es un neologismo resultante de la combinación de los términos Internet y del griego ναύτης ('nautes', navegante), utilizado normalmente para describir a los usuarios habituales de Internet o red. Un internauta es todo aquel que navega constantemente en la red. En esencia denomina a una persona que navega todo el día en Internet visitando páginas web y, por extensión, a cualquier persona que haciendo uso de una aplicación en un ordenador obtiene información de Internet, o interactúa con otras personas: correo electrónico, compartir archivos, discusiones en foros, redes sociales, etc. (Internauta, 2018, 28 de marzo)

- 2) Buscador, gestor o motor de búsqueda en línea:

[...] es un sistema informático que busca archivos almacenados en servidores web gracias a su “spider” (o ‘web crawler’). Un ejemplo son los buscadores de Internet (algunos buscan solo en la Web pero otros buscan además en noticias, servicios como Gopher, FTP, etc.) cuando se pide información sobre algún tema. Las búsquedas se hacen con palabras clave o con árboles jerárquicos por temas; el resultado de la búsqueda es un listado de direcciones Web en los que [sic] se mencionan temas relacionados con las palabras clave buscadas. (Ecu Red, s.f., p. 18)

3) Página, portal web o de internet

[...] es el punto de entrada a Internet donde se organizan y concentran los contenidos del propietario del mismo. El objetivo principal del portal es ayudar a los usuarios a encontrar lo que necesitan sin salir del mismo fidelizándoles e incentivándoles a utilizarlo de forma continuada. Los 3 pilares fundamentales de un portal para atraer la atención del usuario son: 1. Información (buscadores, directorios, noticias, catálogos y servicios), 2. Participación (e-mail, foros, chat), y 3. Comodidad (brindar la mayor cantidad de información en un solo espacio y tenerlo todo a mano). (Buyto, s.f., p 143)

4) Enlace web o link: “texto o imágenes en un sitio web que un usuario puede pinchar para tener acceso o conectar con otro documento. Los enlaces son como la tecnología que conecta dos sitios web o dos páginas web [...], también son llamados hyperlinks, hiperenlace, *hypertext*, hipertexto, vínculo” (Más Adelante, s.f., párr. 1).

5) Información publicada en la red: son los datos personales registrados en internet, devenidos en anacrónicos e inexactos; pueden ser publicados por el afectado o por otra persona, y pueden ser ciertos o falsos.

6) Afectado: persona que se ve menoscabada por la publicación de los datos a que se hace referencia en el anterior punto; puede tratarse o no de un internauta.

7) Indexar: “[...] agregar una página, sin importar su formato, a la lista de resultados de un buscador” (Jonathan, s.f., párr. 3).

8) URL:

[...] son las siglas en inglés de uniform resource locator, que en español significa localizador uniforme de recursos. Como tal, el URL es la dirección específica que se asigna a cada uno de los recursos disponibles en la red con la finalidad de que estos puedan ser localizados o identificados. Así, hay un

URL para cada uno de los recursos (páginas, sitios, documentos, archivos, carpetas) que hay en la 'world wide web'. (Significados, s.f., párr. 2)

8. LEGITIMIDAD DEL DERECHO AL OLVIDO

La existencia del derecho fundamental al olvido basa su legitimación en el derecho del afectado a que le dejen vivir en paz, en lo tocante a información de carácter personal que circule en internet, al margen de que pueda ser cierta, falsa o desactualizada.

Al ejercer su derecho de oposición a la referida información —esto es, conseguir que esta no sea accesible (que sea desindexada, desvinculada) por medio de los buscadores de la red—, el afectado consigue también evitar la vulneración de sus derechos al honor, a la buena reputación y al desarrollo de la libre personalidad. Se debe tener en cuenta que dichas vulneraciones pueden ser incluso sistemáticas.

9. FUENTES DONDE ADVERTIR LA VULNERACIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO

Qué duda cabe de que si lo que se quiere es saber a cabalidad la existencia de una eventual información publicada que sea vulneratoria del derecho al olvido, resulta importante tener conocimiento del lugar o lugares virtuales donde esta se puede consultar. De otro modo, esto es, ante el desconocimiento o manejo incompleto de las fuentes de consulta, la defensa irrestricta del derecho al olvido se vería socavada.

En ese sentido, tenemos como fuentes de datos en línea, que pueden estar vinculadas o no a los motores de búsqueda (Mate Sauté, 2016, p. 197): 1) las redes sociales, 2) los poderes públicos y 3) los medios de comunicación digitales.

10. EL DERECHO AL OLVIDO EN LA JURISPRUDENCIA

El hecho de que la legislación no reconozca aun el derecho al olvido no implica que los tribunales puedan desconocer el derecho a la tutela procesal efectiva correspondiente.

En ese sentido, repasaremos brevemente algunos casos a nivel mundial que versan sobre este tema (De Verda y Belmonte, 2014, pp. 29-34):

En la jurisprudencia italiana es muy conocido el caso resuelto por la Ordenanza del Juzgado Roma de 6 de mayo 1983 (FI 1984, I, 299), que prohibió cautelarmente la difusión en televisión de una película-documental, sobre la muerte, una tarde de 1977, del famoso jugador de fútbol del “Lazio”, Lucciano Re Cecconi. El deportista, queriendo gastar una broma a un amigo joyero, al que habían atracado varias veces, en compañía de otras personas, fue a su tienda y, cuando estaba de espaldas, le gritó: “Esto es un atraco”, a lo que este respondió, volviéndose y disparándole un tiro que acabó con su vida, sin tener tiempo de reconocerlo. El joyero fue acusado por el Ministerio Fiscal, que pidió tres años de prisión, siendo absuelto en el juicio penal, celebrado un mes después, al apreciarse la eximente de actuación en legítima defensa.

Luego, tenemos otro caso:

[...] la Sentencia de la Corte de Casación italiana, de 5 de abril de 2012 (NGCC 2012, I, 836), ha resuelto un litigio relacionado con un archivo alojado en la web de un diario, en el que se recogía la antigua noticia del arresto por corrupción de un político, que después sería absuelto [...] en el caso de las noticias contenidas en archivos históricos de periódicos a los que se puede tener acceso por internet, debe reconocerse al sujeto concernido la posibilidad de contextualizar y actualizar la información, mediante su conexión con otras, posteriormente publicadas, en particular la relativa a su absolución. Afirma, así, que si bien la información dada era verdadera al tiempo de la publicación originaria de la noticia, su posterior alojamiento en un archivo de carácter histórico ha de ser realizada, de tal modo que la misma siga conservando su veracidad y exactitud, tanto en beneficio del sujeto afectado, como en provecho del público destinatario de ella.

Además, siguiendo con Italia, tenemos:

[...] la Sentencia de la Corte de Casación, de 9 de abril de 1998 (FI 1998, I, 1834), ha admitido, explícitamente, el derecho al olvido. Más recientemente, la sentencia de la misma Corte, de 5 de abril de 2012 (NGCC 2012, I, 836), afirma que, si el interés público a la libertad de información limita el derecho a la intimidad, no obstante, al sujeto concernido, en aras al libre desarrollo de su personalidad, se le reconoce un derecho al olvido, esto es, a que no sean posteriormente divulgadas noticias que, por el transcurso del tiempo, resulten ya olvidadas o ignoradas para la generalidad de las personas. Ello, siempre que no exista un interés público a su actual consentimiento, por razones de carácter histórico, didáctico o cultural, o, más en general, porque persista un interés social en dicho conocimiento.

Y también en Italia:

[...] el Tribunal de Roma, el 15 de mayo de 1995 (“Dir. Informática” 1996, 422) [...] afirmó que la nueva publicación, después de treinta años, de un hecho delictivo, con fines promocionales, constituye una difamación y obliga a la sociedad editora del periódico a resarcir el daño moral ocasionado, al tratarse de una información carente de interés público. En el caso litigioso, un periódico había reproducido una antigua página del 6 de diciembre de 1961, en la que se encontraba una noticia relacionada con un concurso semanal. Sin embargo, en dicha página aparecía, además, otra antigua noticia, relativa a una confesión de homicidio con el nombre y la fotografía del reo, el cual, tras haberse beneficiado de una reducción de condena y de una medida de gracia del Presidente de la República, se había reinsertado plenamente en la sociedad, tanto, desde el punto de vista personal y afectivo, como profesional. Al volverse a publicar la antigua noticia, su protagonista perdió su trabajo y la confianza de las personas que lo rodeaban.

Por otro lado, en Francia, tenemos que:

[...] la sentencia del TPI de Namur, de 24 de noviembre de 1997 (“Legipresse”, 1998, n. 154, III-123), afirma [...] que una persona condenada judicialmente tiene un real derecho al olvido, que se desprende del art. 8 CEDH y del art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles o Políticos de Nueva York, el cual debe ser considerado como aquel que permite a la persona no dedicada a una actividad pública exigir el secreto y la tranquilidad, sin los cuales el libre desarrollo de su personalidad quedaría coartado. Observa que el principio general ha de ser el del respeto del “derecho al olvido” de la persona rehabilitada, a no ser que se trate de “redivulgar” hechos ya conocidos en la época en que tuvo lugar el proceso y de que exista un interés contemporáneo a esa “redivulgación”.

Respecto a Francia, es también de destacar que:

[...] la Sentencia de la Corte de Apelación de Montpellier, de 8 de abril de 1997 (‘Legipresse’, 1997, n. 151, I-52), observa que el derecho al olvido no puede ser reconocido de manera absoluta, siendo el juez quien, en atención a las circunstancias del caso, debe determinar su alcance, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos, el tiempo pasado desde su comisión y el esfuerzo de las personas condenadas, desde el momento en que, al haber purgado su pena, pueden oponerse legítimamente al recuerdo de su pasado, si dicho recuerdo no responde a ninguna necesidad de orden ético, histórico o científico.

También en Francia:

[...] la STGI de París, de 18 de diciembre de 1991 ('Legipresse', 1992, n. 8, III-1), [...] apreció la ilicitud de un artículo aparecido en "Paris Match" con el título "Los ángeles del mal" [...] en el artículo se desvelaba el nombre y paradero actual de una mujer, que, después de haber cumplido su pena, se había alejado de su ciudad, trasladándose a Marruecos, donde dedicaba sus energías a cuidar a personas en un hospital. La mujer, en cuestión, después de la aparición del artículo se suicidó, para no decir la verdad sobre su vida anterior a su prometido. El Tribunal, con toda razón, consideró que se habían suministrado informaciones adicionales concernientes a su vida privada actual, las cuales no eran necesarias para la información del público.

Respecto a Alemania, es de referir:

La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán, de 5 de junio de 1973 (BVerfGE 35, 202), [que] afirma que, si bien, en principio, es lícito informar al público sobre ciertos hechos de la vida personal del criminal, en relación con los cuales ha sido declarado culpable, no obstante, el efecto de la irradiación de la protección constitucional de la personalidad impide que los medios de comunicación puedan extender, más allá de la información de hechos de actualidad y sin limitación de tiempo, el tratamiento de datos que conciernen a la persona de un criminal y a su esfera privada.

En España, es de reseñar que:

[...] en 1984 se publica una noticia en la que se afirma que una conocida gimnasta, que iba a participar en los próximos Juegos Olímpicos, sufre anorexia. Veintiséis años después, la protagonista de la noticia, casada y con hijos, se dirige al medio de comunicación con el fin que "de algún modo se advierta de que la información, aunque se creyera correcta en su momento, resultó ser falsa". La información en su día fue lícitamente publicada y no fue objeto de rectificación. Se refería a un personaje público, en la medida en que se trataba de una atleta olímpica, y abordaba un asunto que podía decirse de interés general, al poner el acento en los riesgos para la salud que podía entrañar una práctica deportiva en determinado nivel de exigencia. Nada de ello estaba en cuestión, solo que tras más de dos décadas, esa noticia seguía persiguiendo a la exgimnasta al teclear su nombre en un buscador. (Mieres, 2014, párr. 2)

11. CASO EMBLEMÁTICO EN ESPAÑA

En principio, es de verse que aún no existe norma legal específica en España respecto del derecho al olvido. Así, tenemos que:

La articulación del derecho al olvido, que no se encuentra expresamente regulado aún, surge con los perjuicios que causa el rastro de la información en Internet. Esto ha llevado a un largo conflicto entre la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Google, que tras 11 años de batalla por reclamaciones y solicitudes de tutela de ciudadanos, parece que ahora queda clarificado. (Ontañón Ramos, 2014, párr. 3)

El caso Google empieza cuando:

[...] Mario Costeja González [...] en el año 2010 acudió a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) para formular un reclamo contra la editora del diario La Vanguardia, Google Spain y Google Inc. Según Costeja, introducir su nombre en el motor de búsqueda de Google arrojaba, entre otros, enlaces a dos páginas de La Vanguardia publicadas en enero y marzo de 1998, donde se anuncia la subasta de un inmueble suyo con motivo de la deuda que entonces tenía con la seguridad social. Costeja solicitó a la AEPD que La Vanguardia elimine esas páginas o las modifique de tal manera que ya no figure su nombre. Pedía, además, que Google no incluya entre los resultados referidos a su persona los enlaces a aquellas dos páginas. Argumentó que los anuncios de subasta por morosidad ya no tenían relevancia, pues su fin inicial, atraer compradores, había dejado de existir y, por añadidura, la deuda estaba saldada. La AEPD desestimó el reclamo de Costeja contra La Vanguardia, pero sí consideró correcto acoger el pedido en relación con Google Spain y Google Inc., por lo cual exigió a estas empresas que no asocien el nombre de Costeja a las dos páginas con el anuncio de la subasta. Google Spain y Google Inc., a su vez, recurrieron a la Audiencia Nacional para que se anule la resolución de la AEPD. Y, precisamente, la Audiencia Nacional dirige un pedido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que se declare sobre el asunto interpretando la Directiva 95/46/CE, cuyo artículo 12 señala que una persona puede pedir que sus datos personales sean borrados una vez que ya no sean necesarios [...].(Villena Saldaña, 2015, pp. 261-262)

Seguidamente, respecto del caso Google, referiremos sucintamente lo reseñado por Cámara Pellón (2014):

En esta nueva y cambiante realidad, en la que parecen no existir leyes escritas, ha irrumpido la ya famosa Sentencia del Tribunal de Justicia de la

Unión Europea de 13 mayo de 2014, en la que Google ha sido condenada a desvincular los resultados obtenidos en las búsquedas realizadas con los datos personales de un ciudadano español, que al teclear su nombre en el buscador, veía publicados y a disposición de los internautas, los anuncios de unas subastas celebradas frente a él por deudas con la Seguridad Social.

El posicionamiento del Tribunal de Luxemburgo, continúa Cámara, posee una gran trascendencia y por ello mismo ha provocado un seguimiento mediático sin precedentes. En primer lugar, la Sentencia proclama que la actividad de hallar información con datos personales, ordenarla, almacenarla y ponerla a disposición de los internautas ostenta la consideración de tratamiento de datos personales a efectos legales. En segundo lugar, el Alto Tribunal atribuye la consideración de verdadero responsable de este tratamiento de datos al buscador, en la medida en que es él quien determina los fines y los medios de esta actividad. Finalmente, el Tribunal ampara el derecho del ciudadano a que los resultados obtenidos en la red que sean perjudiciales queden desvinculados de sus datos, lo que ha sido llamado generalmente como el derecho al olvido.

12. EL DERECHO AL OLVIDO EN EL PERÚ

Mención especial merece el caso del abogado que en 2015 demandó a Google para que eliminara cualquier información o noticia relacionada con un proceso judicial que tuvo que afrontar (Sifuentes, 2016). Ello en vista de que en 2009 fue denunciado porque la policía encontró su computadora llena de pornografía infantil.

El demandante, que era profesor en la Universidad de San Martín de Porres, alegó que en 2012 se le declaró libre de toda culpa. Pero tenía un problema: cada vez que alguien *googleaba* su nombre, por supuesto, aparecía su caso en distintas páginas web periodísticas, con pelos y señales, y pedidos de detención incluidos, producto de lo cual Google Perú fue sancionado con una multa de más de 250 mil soles por una oficina del Ministerio de Justicia que responde al nombre de Dirección General de Protección de Datos Personales (DGPDP).

Este caso no ha tenido la trascendencia ni la mediatización que obtuvo el caso emblemático de España referido, sin embargo, demuestra de manera contundente el reconocimiento jurisprudencial del derecho fundamental al olvido en el Perú.

13. ¿UN CÓDIGO DEL DERECHO AL OLVIDO?

A priori, es pertinente dejar constancia de que a la fecha, en el plano internacional, muy poco se ha legislado en materia de este nuevo derecho, que se encuentra en formación.

Sin embargo, en vista de que el derecho al olvido descansa basilarmente en el amplio escenario de la protección de datos, a efectos de darle mayor oxigenación a su manejo y desarrollo, recientemente en España ha sido publicada, en el *Boletín Oficial del Estado* (BOE), una selección y ordenación de la normatividad, denominándola Código de Derecho al Olvido.

Así, Gervas de la Pisa, en su nota a esta publicación que hace las veces de parte introductoria, sostiene:

[...] el término “derecho al olvido” (con independencia de su regulación europea en materia de protección de datos) cabe aceptarse como una referencia comprensible de diferentes acciones jurídicas concretas, destinadas a proteger a las personas, generalmente, en la red. Este código pretende hacer una recopilación de las principales normas referentes al llamado “derecho al olvido”, teniendo en cuenta los diferentes ámbitos en los que se puede plantear. (Gervas de la Pisa, 2016, p. 24)

Es necesario señalar que este relevante documento (que cuenta con más de 900 páginas) ciertamente no ostenta la categoría de *código*; se trata de un compendio legislativo, aunque sin duda resulta ser de ineludible consulta y referencia sobre la materia.

Destacable es el hecho de que haya sido elaborado a la luz de una suerte de mega bloque de constitucionalidad en dicha materia. Así, tenemos que su contenido estructural es: 1) Constitución española, 2) normativa de protección de datos, 3) sociedad de la información, y 4) normativa conexas —civil, penal, sanitaria, penitenciaria, tributaria, de administración de justicia, administraciones públicas, menores, boletines oficiales, indultos, fuerzas y cuerpos de seguridad, telecomunicaciones, consumidores y usuarios, seguridad social y publicación de sanciones de tráfico—.

Por su parte, la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD) (s.f.), aunque bastante más reducido, realizó un trabajo parecido, pero aplicado a la realidad jurídica peruana y para 23 Estados más, denominándolo más propiamente como *Legislación*, y que consta de: 1) la Constitución Política —incisos quinto

y sexto del artículo 2º, artículos 161 y 162, e inciso tercero del artículo 200—; 2) legislación general —Ley 29733 de Protección de Datos Personales, Decreto Supremo 003-2013-JUS —que aprueba el Reglamento de la Ley 29733— y los artículos 154, 156, 157, 161-164 y 207 del Código Penal; y 3) legislación sectorial —Ley 26702 General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, artículo 8º de la Ley 27269 de Firmas y Certificados Digitales, Ley 27309 que incorpora los delitos informáticos al Código Penal, artículos 9º al 18 de la Ley 27489 que Regula las Centrales Privadas de Información de Riesgos y de Protección al Titular de la Información, Ley 27806 de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Decreto Supremo 072-2003-PCM que aprueba el Reglamento de la Ley 27806, por los artículos 1º y 3º de la Ley 28493 que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado (spam), Decreto Supremo 031-2005-MTC por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 28493, Resolución Ministerial 111-2009 MTC/03 que salvaguarda el derecho a la inviolabilidad y secreto de las telecomunicaciones y protección datos personales y regula las acciones de supervisión y control a cargo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Ley 29499 que establece la vigilancia electrónica personal, Ley 30024 por la que se crea el Registro Nacional de Historias Clínicas Electrónicas, Ley 30096 de Delitos Informáticos, Directiva de Seguridad de la Información Administrada por los Bancos de Datos Personales, Ley 30171 por la que se modifican los artículos 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, 8º y 10 de la Ley 30096 de Delitos Informáticos, y Directiva sobre Tratamiento y Protección de Datos Personales en el Poder Judicial—.

14. A TODO ESTO, ¿QUÉ DICE GOOGLE?

Primero, Google puso a disposición de sus usuarios un formulario para que quienes decidieran ejercer este derecho lo solicitaran sin muchas complicaciones. También creó un consejo asesor, a fin de contar con lineamientos generales que les permitan equilibrar los diversos intereses que se concentran en este tema. A la quincena de julio de 2014, Google removió cerca de 91.000 resultados de búsqueda, principalmente de solicitudes de Francia (17 500), Alemania (16 500), Reino Unido (12 000), España (8000), Italia (7500) y Países Bajos (5500). Evalúa cada solicitud de manera individual, tomando en cuenta detalles como si el solicitante es una figura pública o si la información que se desea eliminar de los resultados fue hecha pública por la misma persona que lo solicita (Rosas, 2014).

Sin embargo, preocupa que la cifra señalada se haya elevado de manera exponencial. Así tenemos, que:

Desde que en mayo de 2014 un Tribunal de Justicia de la Unión Europea decidiese que los europeos tenían el derecho de no salir en ciertos resultados

de los buscadores en pro de que algunas informaciones pudiesen pasar al olvido, Google ha recibido casi un cuarto de millón de solicitudes pidiendo borrar resultados. [...] es curioso ver los datos que Google proporciona son las direcciones que piden que se retire contenido, siendo Facebook el sitio con más URLs [sic] eliminadas, seguidas de una página de perfiles llamada profileengine.com, los grupos de Google (groups.google.com), YouTube y la red social de citas Badoo. (Contreras, 2015, párr. 15)

Dichas cifras nos ofrecen una lectura de la magnitud de lo que acontece en la referida materia: una suerte de fuerza de la naturaleza, que apuntaría a ir en incontenible ascenso.

Ello obliga a Google a emprender acciones más que inmediatas, con una muy amplia y solvente plataforma para la gestión de solicitudes de derecho al olvido. Así, se entiende que busca un equilibrio entre el derecho de sus internautas o interés público y el derecho al olvido de los afectados. Tarea nada sencilla. Más aún cuando, según afirma la empresa, las solicitudes se analizan caso por caso.

Se debe resaltar que:

A pesar que en un comienzo se había negado a esta modalidad, Google finalmente aceptó eliminar algunos resultados de las búsquedas que se realicen en su buscador, además de su dominio “.com”, en lo que era uno de los puntos de discusión por el “Derecho al Olvido” y que le había hecho valer a la compañía de Mountain View una disputa con la Commission Nationale de L’informatique et des Libertes (CNIL) en Francia y con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Hasta hace un tiempo, la empresa eliminaba los links de los buscadores locales de los países europeos, pero no hacía lo mismo en su red internacional, argumentando que el tráfico que se obtenía desde allí hacia los sitios del Viejo Continente era ínfimo. (Muñoz, 2016, párr. 1)

15. ¿DERECHO AL OLVIDO SOLO CONTRA GOOGLE?

Por lo general se entiende que el buscador por excelencia —hasta monopolístico y único— resulta ser el omnipresente Google. Nada más alejado de la realidad.

Sin embargo, Sterling, citado por Kelion, señala:

“En un momento Google fue el mejor motor de búsquedas del mercado, hoy esa afirmación es discutible” dice Greg Sterling, un experto en tecnología que escribe en una web especializada. “Aun así la fortaleza de la marca, junto con la estrategia agresiva de Google en el mundo del móvil, han afianzado

su liderazgo en casi todos los mercados de cara al futuro”, añade Sterling. “Nada es definitivo, pero es difícil imaginar otro competidor —fuera de Asia o Rusia— que vaya a ganar porcentajes significativos del mercado de búsquedas. (Kelion, 2013, párr. 6)

Se hace énfasis en ello debido a que entre los principales candidatos a destronar a Google tenemos los siguientes, según Kelion:

1. Bing: el servicio de Microsoft es el principal competidor de Google y sus usuarios residen en Estados Unidos.
2. Yandex: el buscador más popular en Rusia tiene además versiones en inglés, turco y ucraniano.
3. Blippex: la mayoría de los buscadores basan sus *rankings* de resultados en el análisis de palabras y vínculos en una página. Blippex, por el contrario, los ordena de acuerdo a su *ranking Dwell*, que mide la cantidad de tiempo que un usuario permanece en una página una vez que ha hecho *click* en ella. Cuanto más tiempo permanezca, más importante es la página para el buscador.
4. Wolfram Alpha: estrictamente hablando, se trata de un “motor computacional de conocimiento” y no es un buscador, aunque la gente lo use para buscar información de terceros.
5. Blekko: la característica única de Blekko son sus *slashes*, herramientas para que los usuarios filtren los resultados que quieren obtener.
6. Naver: el motor de búsquedas más popular de Corea del Sur data de 1999, cuando fue creado por un grupo de antiguos trabajadores de Samsung. Las búsquedas dan como resultado listas de hipervínculos inusualmente largas agrupadas de acuerdo a su lugar de proveniencia, *blogs*, redes sociales, anuncios, *apps*, libros o servicios de noticias.
7. Baidu: es, de lejos, el servicio más popular en China y deja a Google en cifras mínimas en el país asiático. La firma asegura que su punto fuerte es que no solo provee de vínculos sino también, en muchos casos, de la información que se busca. Esto puede incluir canciones o videos embebidos en los resultados e incluso *apps* interactivas.

De lo indicado se colige que, si bien es muy común que se solicite y se accione legalmente contra Google, de manera digamos masiva, de ningún modo se constituye en el único buscador.

Por ende, es probable que, por ejemplo, una vez conseguida la desvinculación de sus datos personales en el buscador Google, resulte que los mismos continúen figurando en otro buscador. Lo que, por decir lo menos, complicaría el ejercicio del derecho fundamental al olvido.

16. ¿Y LA WEB MÁS ALLÁ DE LA WEB?

Aparentemente, los buscadores o motores de búsqueda convencionales indicados en el acápite anterior representan casi la totalidad de la información accesible vía la red.

Sin embargo, únicamente representan el 4 % de la toda la información disponible (*superficial web* o web abierta). El 96 % restante está en la *deep web*, también denominada *internet profunda*. La misma que ofrece diversos niveles de información. Entonces, queda claro que accedemos a un porcentaje muy ínfimo de la información que figura en la red.

Conocida también como *invisible web*, *dark web* o *hidden web* es todo aquel contenido que no forma parte del *surface web*. El contenido existente allí es privado, confidencial y muchas veces ilegal. A la *deep web* se puede entrar por medio de la Red Tor y conociendo las URL “.onion”. Entre lo que se puede encontrar en la internet profunda tenemos: 1) mercado negro (armas, drogas..); 2) servicios de *hacking*; 3) piratería; 4) contratación de sicarios, asesinos, espías; 5) tráfico de órganos, animales, personas; y 6) pornografía ilegal, principalmente (Morales, 2014).

Así, la *deep web*:

Engloba toda clase de webs, material e información no indexada en ningún buscador. Existen una serie [sic] de métodos muy eficaces para convertir todo tipo de documentos y páginas en no indexables: realizarlas íntegramente en flash o sin contenido html o protegerlas con contraseña. Un dato bastante importante y significativo es que este “internet sumergido” supera ampliamente en contenido a la denominada web superficial (es hasta 500 veces mayor), a la que todos tenemos acceso mediante los buscadores tradicionales. Se estima que en la actualidad tiene un tamaño de 91.000 terabytes. (Lady Cyber Marketing, s.f., p. 222)

El motivo por el que abordamos el tema de la *deep web* en el desarrollo del derecho fundamental al olvido radica en que si bien se señala que la *deep web* contiene información no indexada, es decir, información que no figura en los buscadores o motores de búsqueda como Google, por ejemplo, ello no nece-

sariamente es cierto, en tanto que existe información perteneciente a datos personales que figura en la *deep web*. Si tomamos en cuenta que no bastaría con solicitar y eventualmente conseguir desindexar datos personales, a la luz del derecho al olvido, de Google, es decir, de la web superficial (lo cual desde ya no resulta ser sencillo), imaginemos lo que significaría librar la batalla conducente a que lo propio se haga en la *deep web*.

En ese sentido, es de apreciar que:

[...] ha quedado demostrado en el presente que la libre expresión, la libertad de prensa y el derecho de acceso a la información en internet están ganando la batalla frente a quienes intentan cercenar su uso legítimo [...]. Pero en el mismo sentido [hay] quienes utilizan estos medios para el mal, para sembrar terror, tergiversar, potenciar el crimen organizado y avanzar hacia el lado oscuro de internet que como vimos son las profundidades de internet que en realidad en su mayoría se encuentran en la web superficial, la de uso doméstico. (Migliorisi, 2015, p. 302)

17. FACEBOOK LIDERA CON MÁS URL RETIRADAS

A primera vista, pareciera que quien encabezaría esta lista sería Google. Sin embargo, es Facebook. Así, tenemos que:

El derecho al olvido es un tema que en Europa se toma bien en serio, especialmente desde que la Unión Europea se pusiera muy estricta con el tema. Y ahora, Google ha actualizado su lista con los 10 sitios que más solicitudes reciben de parte de la gente, con Facebook a la cabeza del grupo. En total, estos 10 sitios suman un 9 % del total de los resultados que se solicita eliminar: 1. Facebook (10 220 URLs quitadas [sic]), 2. ProfileEngine.com (7986), 3. Groups.Google.com (6764), 4. YouTube (5364), 5. Badoo (4428), 6. Plus.Google.com (4134), 7. Annuaire.118712.fr (3930), 8. Twitter (3879), 9. Whe-revent.com (3465), y 10. 192.com (3083). (Estrada, 2015, párr. 1)

Consideramos que los resultados indicados obedecen principalmente a que en la actualidad Facebook se erige como la red social por antonomasia; además, porque al ser utilizada para dos funciones a la vez, esto es, como red social y como red profesional (en lugar de LinkedIn), se multiplican las solicitudes de desvinculación.

A propósito, cabe mencionar que también se aprecia otra dinámica muy peculiar, es decir, que se utiliza Facebook como red social y profesional, pero también se usa LinkedIn como red profesional y social, con una marcada inclinación a la

segunda. Ello refleja que aparentemente no se entiende bien la naturaleza de la función de Facebook y LinkedIn.

En esa línea, es de traer a colación lo expresado por Bill Gates, cuando al respecto recientemente aseveró: “Si podemos hacer que LinkedIn sea tan apreciado como Facebook lo es en el mundo social, eso representaría una gran creación de valor y eso sucederá en el transcurso de algunos años” (*Gestión*, 18 de junio de 2016, párr. 3).

18. DIFICULTADES DEL DERECHO AL OLVIDO

Luego del recorrido hecho en este artículo, somos conscientes de las diversas vicisitudes y limitaciones que debe afrontar el derecho al olvido. Se trata de un derecho que, si bien genera ciertos consensos, no aterriza aún en señeros derroteros en dicho sentido y a escala mundial.

Al respecto, Cano acota:

[...] el derecho al olvido no está incluido en la Unión Europea y según Touriño ha nacido muerto. No obstante, las plataformas de Internet habilitan recursos para retirar contenidos con el objetivo de garantizar la seguridad y fiabilidad del usuario. Las redes sociales han tomado conciencia de que si no son rápidas y no ponen herramientas a disposición del usuario perderán la confianza y la fiabilidad de estos [sic]. De hecho, las opciones de reporte de abuso que ofertan son rápidas y efectivas. No obstante, la falsa sensación de aparente impunidad al malhechor, el desconocimiento por parte de la víctima y la falta de preparación del Derecho para hacer frente a las nuevas modalidades de infracciones, provocan inseguridad a los usuarios del espacio digital. (Cano, 2014, párr. 5)

Cabe destacar que, si bien es de saludar el reconocimiento al derecho al olvido, las condiciones de su convivencia con otros derechos resultan ser poco pacíficas y preocupantes. Al respecto, es de verse que: “El derecho al olvido en internet tiene en los medios de comunicación *online* su más conflictivo escenario al ofrecer una aparentemente insalvable colisión entre el derecho a la protección de datos y la manifestación prototípica de la libertad de expresión y el derecho a la información” (Rallo, 2012, p. 160).

Por otro lado, se tiene lo afirmado por el Secretario General adjunto del Consejo de Europa, cuando respecto del derecho al olvido reflexiona:

El aumento de la capacidad de almacenamiento y de tratamiento permite que la información sobre una persona circule por Internet aunque ya no sea válida. Esto hace obsoletos los principios actuales de exactitud y proporcionalidad de los datos. Un nuevo derecho al olvido o a la eliminación automática de los datos permitiría que las personas tomaran control sobre el uso de sus datos personales. (Terwangne, 2012, p. 62)

Hay que agregar que, una vez retirada la información que constituye agravio, de manera preocupante, dicha información sí podría ser encontrada en la red. En ese sentido: “Si un hacker puede encontrar con facilidad 30 o 40 por ciento de los nombres de personas que aparecen en artículos retirados de las listas, ¿tiene sentido retirarlos?” (Scott, 2016, párr. 7).

Pero si con lo mencionado no bastase, existe una modalidad por la cual se sobrecarga indebidamente la red con información de terceras personas, la misma que se vende de manera tanto ilegal como indiscriminada. Así, tenemos que:

En España, siete de cada 10 móviles tienen instalado Whatsapp. Así, el servicio de mensajería entrará de lleno en las técnicas de recogida y tratamiento masivo de información que encuentra el jugoso mercado de la publicidad digital. Solo el año pasado este sector movió en España 1288 millones de euros con un incremento del 21 % con respecto a 2014, según un informe realizado por la consultora PwC. Se trata de un aumento desconocido en otros soportes tradicionales que sitúa al entorno digital como segundo receptor en volumen de inversión publicitaria, solo por detrás de la televisión [...] “Cuando compartimos información haciendo un me gusta en las redes lo hacemos de forma voluntaria, generando mucha inteligencia: gustos, aficiones, ideología política, pautas culturales [...]. Todo eso se analiza, procesa y comercializa a anunciantes que buscan un público particular [...]”. (El Mundo, 11 de septiembre de 2016, párr. 7)

Queda claro, entonces, que el riesgo de que la red ofrezca información personal, la misma que no se desea que continúe siendo visible por los motores de búsqueda, se incrementaría en gran medida. Más aún si se considera que eventualmente dicha información sería vendida para fines comerciales.

19. PROBLEMA PARA UNOS, OPORTUNIDAD PARA OTROS

Es bien sabido que este nuevo derecho ha habilitado un *boom* de oportunidades para ofrecer asesoría legal a quienes buscan que sus derechos no sean vulnerados.

En consecuencia, y se entiende que la realidad así lo requiere, en España, por ejemplo, donde actualmente se experimenta el mayor movimiento al respecto, diversas empresas publicitan sus servicios en línea. Así, tenemos entre otros: 1) Tuabogadodefensor.com, 2) Navascusi.com, 3) Eliminalia.com, 4) Abanlex.com, 5) Audea.com, 6) Openley.es y 7) Borrarme.es.

20. DERECHO AL OLVIDO EN PERSONAS MORALES

Ante todo, en el caso de las personas jurídicas (también denominadas morales), conviene precisar que también son poseedoras de derechos fundamentales, tal como lo establece el Tribunal Constitucional peruano, en el fundamento 4 de la sentencia con expediente 00605-2008-PA/TC, que señala: “Como premisa debe considerarse que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales; sin embargo, ello no significa que dicha titularidad pueda predicarse de manera general respecto a todos los derechos, ya que ello estará condicionado a que así lo permita la naturaleza del bien protegido por el derecho en cuestión [...]”.

Así, amerita indicar los derechos fundamentales que tienen las personas morales. El fundamento 14 de la sentencia Exp. 4972-2006-PA/TC, del Tribunal Constitucional peruano, enseña:

[...] aun cuando no se pretende ensayar aquí una enumeración taxativa de los derechos que puedan resultar compatibles con la naturaleza o estatus de las personas jurídicas, cabe admitirse, entre otros, y desde una perspectiva simplemente enunciativa, los siguientes: a) El derecho a la igualdad ante la ley (Artículo 2, incisos 2, 6o, 63), b) Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a fundar medios de comunicación (Artículo 2, inciso 4), c) El derecho de acceso a la información pública (Artículo 2, inciso 5), d) El derecho al secreto bancario y la reserva tributaria (Artículo 2, inciso 5, párrafo segundo), e) El derecho a la autodeterminación informativa (Artículo 2, inciso 6), f) El derecho a la buena reputación (Artículo 2, inciso 7), g) La libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (Artículo 2, inciso 8), h) La inviolabilidad de domicilio (Artículo 2, inciso 9), i) El secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (Artículo 2, inciso 10), j) La libertad de residencia (Artículo 2, inciso 11), k) El derecho de reunión (Artículo 2, inciso 12), l) El derecho de asociación (Artículo 2, inciso 13), m) La libertad de contratación (Artículo 2, inciso 14), n) La libertad de trabajo (Artículo 2, inciso 15, y Artículo 59), o) El derecho de propiedad (Artículo 2, inciso 16), p) El derecho a la participación en la vida de la nación (Artículo 2, inciso 17), q) El derecho de petición (Artículo 2, inciso 20), r) El derecho a la nacionali-

dad (Artículo 2, inciso 21), s) El derecho a la inafectación de todo impuesto que afecte bienes, actividades o servicios propios en el caso de las universidades, institutos superiores y demás centros educativos (Artículo 19), t) La libertad de iniciativa privada (Artículo 58), u) La libertad de empresa, comercio e industria (Artículo 59), v) La libre competencia (Artículo 61), w) La prohibición de confiscatoriedad tributaria (Artículo 74), x) El derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo 139, inciso 3).

De lo descrito se colige que es perfectamente posible que, por ejemplo, una persona jurídica vea vulnerados sus derechos fundamentales a la autodeterminación informativa y a la buena reputación, al tomar conocimiento de que una noticia, publicada hace una década, en la que se le sancionó por haber atentado al derecho a la salud de los consumidores o por estafa, aunque en ese mismo año cumplió con la sanción y subsanó debidamente las observaciones (más aún en el caso de que se haya demostrado en instancia final y definitiva la falsedad del derecho supuestamente atentado), a la fecha, sin embargo, continúa figurando en los buscadores de internet. Ante una situación así, el representante legal de la persona jurídica podría invocar la tutela procesal efectiva de su derecho fundamental al olvido.

CONCLUSIONES

El derecho al olvido pertenece indudablemente al siglo XXI —aunque no solo a la presente generación—, como producto de la multiplicidad de fuentes y la facilidad para publicar información en ellas que nos regalan los nuevos tiempos. Y ello es consecuencia directa de la naturaleza misma de la red: la conversión de la memoria física, impresa o tradicional de la información, a la memoria en línea o virtual, a escala máxima, cuasi eterna.

Considerando que el avance y el desarrollo de la tecnología no pueden significar únicamente elementos positivos o beneficiosos, luego de la creación de internet, en los años sesenta, era previsible la aparición del derecho fundamental al olvido luego de su vulneración sistemática y a nivel del orbe. Lo que resulta curioso es que este tipo de menoscabo recién empiece a causar estragos para los internautas, luego de casi seis décadas, retraso que deviene ciertamente en inquietante, por decir lo menos.

Experimentamos una incorporación del derecho al olvido, con ciertos avances, sobre todo en Europa (principalmente España), en la jurisprudencia y la doctrina. Ergo, es positivo que actualmente sea materia de discusión y arduos debates.

El reconocimiento del derecho al olvido se encuentra destinado a salvaguardar los derechos *online* de las personas físicas, y no tendría por qué excluir a las personas morales o jurídicas.

Siguiendo a Téllez Gutiérrez (2016), es posible afirmar que si no puedes hacer que se olvide lo ya conocido en la red, sí puedes bloquear el acceso a través de los buscadores, no solo de Google. Aunque consideramos que el referido bloqueo resulta insuficiente para que el menoscabo no resulte ser tal.

Sostenemos que el derecho al olvido se encuentra en franco proceso de formación, por lo que amerita la participación de todos los actores involucrados en él, a efectos de lograr su pronto desarrollo y positivización en la legislación.

La problemática del derecho al olvido reviste una suerte de paradoja, en razón a que, a expensas de los derechos de los perjudicados, la información personal *online* continúa beneficiando a la web, en lugar de ser siempre en beneficio de las personas.

Las acciones tomadas a la fecha son muy limitadas:

Queda claro que, técnicamente, la empresa tiene la capacidad de eliminar algunos de sus resultados de búsqueda en cualquiera de sus sitios. Sin embargo, existe un choque evidente entre el modelo virtual y tangible de las jurisdicciones. Mientras un tribunal europeo puede ordenar medidas en el mundo offline que únicamente afectan a los ciudadanos de ese continente, las acciones emprendidas por una empresa como Google tienen consecuencias para la Internet global. (Rosas, 2014, párr. 5)

Consecuentemente, no siendo Google el único buscador, es probable que, por ejemplo, una vez conseguida la desvinculación de sus datos personales en el buscador Google, resulte que los mismos continúan figurando en otro buscador, lo que complicaría el ejercicio del derecho fundamental al olvido, por decir lo menos. Entonces, queda claro que el riesgo de que la red ofrezca información personal que los usuarios no se deseen que continúe siendo visible por los motores de búsqueda se incrementaría en gran medida.

Por otro lado, saludamos la decisión del Tribunal de Luxemburgo, cuando afirma que el derecho al olvido no debe ser entendido como absoluto, ya que enarbolar banderas en este sentido no constituye un derrotero a seguir, en tanto que lo que debe procurarse y plasmarse es más bien un equilibrio de convivencia entre derechos que colisionan en no pocas oportunidades y que se deben armonizar.

Así, tenemos que entre el interés general de carácter histórico y el derecho al olvido, prevalece el primero, en tanto dicho interés persista al momento de la supuesta vulneración del referido derecho.

A propósito de la necesidad del saludable reconocimiento del derecho fundamental al olvido, consideramos pertinente señalar que parece ser producto o estrago de la tercera ola (correspondiente al predominio de la información y desarrollo tecnológico), debido a que les estaría pasando factura a estos nuevos tiempos, correspondientes a la cuarta ola (que se identifica básicamente con la inteligencia artificial y la interface entre nanotecnología y la biología sintética). Digamos que se trata de un efecto negativo, en razón a que, comprensiblemente, el desmedido avance o progreso de la informática y de la tecnología no solamente tiene efectos positivos para la humanidad, también los tiene negativos, como es el caso de la vulneración del derecho al olvido.

Antes de concluir, precisamos señalar que *ad portas* de cumplir siete décadas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es notorio que la vigencia, el desarrollo y la estricta observancia del pleno respeto de los derechos humanos constituyen un reto permanente, sobre todo si se tiene en cuenta el paulatino reconocimiento de nuevos derechos fundamentales. Además, a propósito del tiempo transcurrido, podemos colegir que los avances respecto de los tópicos mencionados no serían los más auspiciosos. Ello nos debe comprometer más que nunca con el alcance de sus objetivos.

SUGERENCIAS

Sostenemos que se precisa la limitación de la que llamamos eternización de la información en el mundo de la red, en favor del derecho fundamental al olvido. Indudablemente, dicha empresa requerirá cantidades ingentes de ponderación y razonabilidad, a efectos de salvaguardar los derechos de las personas naturales o físicas y también de las personas morales o jurídicas, y ante el conflicto que puede presentarse entre ambas respecto al derecho al olvido, debiera ponderarse a favor de la salvaguarda de los derechos fundamentales de las primeras. Ello en razón a la propia naturaleza de las personas naturales y jurídicas, ya que para las naturales se hablaría, por ejemplo, del derecho fundamental a la intimidad, del mismo modo que resulta ser notoriamente preeminente el derecho fundamental a la imagen, en el caso de las personas morales.

Además, estamos de acuerdo en que:

El derecho al olvido digital, ejercido principalmente a través del derecho de cancelación y oposición al tratamiento de datos personales por páginas

web y buscadores, está cobrando un gran protagonismo. Sin embargo, su ejercicio debe realizarse conforme a unos principios y respetando otros derechos fundamentales con los que entra en conflicto. Solo de este modo se podrá seguir garantizando la naturaleza abierta de Internet y el disfrute de una sociedad pluralista y democrática por parte de los ciudadanos. (Hernández Ramos, 2013, p. 5)

Hoy en día, los factores información, capacitación, concientización y voluntad política se constituyen en señeros para garantizar la tutela de los derechos fundamentales en su conjunto y de manera integral.

En ese orden de ideas, se expresa el ex *ararteko*, *Ombudsman* o defensor del pueblo del País Vasco, cuando señala:

[...] se debe encontrar el equilibrio entre la innovación y la extraordinaria potencialidad de las redes sociales, y la garantía de los derechos de las personas. Para ello resulta clave la información, la transparencia y el conocimiento eficiente. En suma, la madurez digital, para que todas las personas puedan utilizar el potencial de los dispositivos móviles, de Internet y de la web social sin poner en riesgo su privacidad, su intimidad y su imagen, avanzando juntos en la construcción de una verdadera comunidad digital que, además, respete lo que ya se viene denominando la “ética digital”. (Lamarca Iturbe, 2014, párr. 7)

Definitivamente, como sucede con casi todo, el avance de la tecnología trae consigo sus bemoles. Queda por lo tanto la tarea de armonizar los derechos fundamentales, de manera preferente en el escenario de la vigencia y el desarrollo del derecho al olvido de los datos personales que figuran en la red. Es necesario entonces legislar y reglamentar este derecho, con el objeto de ampliar la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Parafraseando a Jesse Owens, acotamos que siempre son positivos el diálogo, la reflexión y el análisis (en nuestro caso, la doctrina), en razón a que debido a ellos se genera el avance de la legislación. Así, mientras más profundicemos en los espacios de la academia, como la presente publicación, por ejemplo, mejor afrontaremos los retos, cada vez mayores, que nos presenta internet, como en el caso del derecho fundamental al olvido.

Apostemos pues por la producción y debate doctrinario y por el juzgar prudente o jurisprudencia. Que el derecho fundamental al olvido aún no se encuentre reconocido de manera expresa no implica de manera alguna que las diversas formas de jurisdicción se encuentren impedidas para resolver o sentenciar las reclamaciones o demandas.

Proponemos que las decisiones —no solo de los magistrados— sirvan, además de tutelar debidamente el derecho al olvido, para procurar que los casos no terminen siendo presas del efecto contrario, es decir, que al margen de que dicho derecho sea acogido, la persona no termine siendo inmortalizada mediáticamente por los medios de comunicación, logrando con ello que el imaginario popular no olvide el caso. Pues en ese escenario sería como que el derecho al recuerdo le gane la batalla al derecho al olvido, y no en los mejores términos, por supuesto.

Finalmente, constituye un reto mostrarnos como una sociedad justa, democrática (aunque, *strictu sensu*, se sabe que el ser humano es antidemocrático por naturaleza, ya que se rige por los principios de jerarquía y territorialidad) y, sobre todo, madura. En pleno siglo XXI, los derechos fundamentales de las personas naturales y jurídicas, como el derecho fundamental al olvido, deben ser no solo reconocidos y reglamentados legislativamente, sino también, debidamente tutelados.

REFERENCIAS

- Agencia Española de Protección de Datos (2014). Cinco puntos clave para ejercer el derecho al olvido. Recuperado de http://www.agpd.es/portalwebAGPD/CanalDelCiudadano/derecho_olvido/index-ides-idphp.php
- Buyto (s.f.). ¿Qué es un Portal Web? Recuperado de <http://www.buyto.es/general-diseno-web/que-es-un-portal-web>
- Cámara Pellón, B. (2014). El derecho al olvido en internet, ¿un derecho conquistado? Recuperado de http://www.garrigues.com/es_ES/noticia/el-derecho-al-olvido-en-internet-un-derecho-conquistado
- Cano, L. (2014). El derecho al olvido y a la intimidad en Internet. Recuperado de http://www.portalcomunicacion.com/monograficos_det.asp?id=260
- Contreras, M. (2015). Google ha recibido casi 250.000 solicitudes de derecho al olvido en Europa. Recuperado de <https://www.fayerwayer.com/2015/05/google-recibe-250000-solicitudes-derecho-olvido/>
- De Terwangne, C. (2012). Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/ derecho al olvido. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 13, 53-66.
- De Verda, J. R. (2014). Breves reflexiones sobre el llamado derecho al olvido. *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 1, 29-34.

- EcuRed (s.f.). Motor de búsqueda. Recuperado de https://www.ecured.cu/Motor_de_b%C3%BAqueda
- Educ.ar (2016). Hablamos de... el derecho al olvido (en Google). Recuperado de http://www.educ.ar/sitios/educar/noticias/ver?id=131340&cat=ed_not_cat_educ_tic
- Estrada, R. (2015). Google revela los sitios más afectados por el derecho al olvido. Recuperado de <https://www.fayerwayer.com/2015/11/google-revela-los-sitios-mas-afectados-por-el-derecho-al-olvido/>
- Gervas de la Pisa, L. (2018). *Código del derecho al olvido (selección y ordenación)*. Madrid: Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado.
- Hernández, J. (2016). Derecho al olvido en Internet: una aplicación práctica de los derechos Arco. Recuperado de <http://www.bloguismo.com/derecho-al-olvido-internet-una-aplicacion-practica-los-derechos-arco/>
- Hernández Ramos, M. (2013). Cuaderno Red de Cátedras Telefónica. El derecho al olvido digital en la web 2.0. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- International Federation of Library Associations and Institutions (s.f.). Fundamentos y antecedentes legislativos: El “derecho al olvido” en el contexto nacional y regional. Recuperado de <http://www.ifla.org/files/assets/clm/statements/rtbf-background-es.pdf>
- Kelion, L. (19 de junio de 2013). ¿Cómo se busca sin Google? *BBC*. Recuperado de http://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/07/130718_alternativas_google_búsqueda_ar
- Lady Cyber Marketing (2015). Conociendo la *deep web*: conceptos clave. Recuperado de <https://ladycybermarketing.wordpress.com/2015/04/26/conociendo-la-deep-web-conceptos-clave/>
- Lamarca, I. (2014). ¿Es posible el derecho al olvido en internet? Recuperado de http://www.ararteko.net/contenedor.jsp?codMenuPN=1&contenido=9581&tipo=8&codResi=1&layout=s_p_9_final_Principal_Listado.jsp&codMenu=20&codMenuSN=18&seccion=s_fnot_d4_v1.jsp&nivel=1400&language=es
- Martínez, V. y Urrutia, C. (11 de septiembre de 2016). Google y Facebook: tu vida a la venta por 10 euros. *El Mundo*. Recuperado de <http://www.elmundo.es/economia/2016/09/11/57d2d02122601d4a668b45d7.html>

- Más Adelante (s.f.). ¿Qué es un enlace o link?, definición de Enlace o Link. Recuperado de <http://www.masadelante.com/faqs/enlace>
- Mate, L. (2016). ¿Qué es realmente el derecho al olvido? *Revista de Derecho Civil*, 3(2), 187-222.
- Mieres, L. J. (2014). El derecho al olvido digital. Recuperado de http://www.fun-dacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/eod97e985163d78a27d6d7c23366767a.pdf
- Migliorisi, D. F. (2015). *Internet profunda: anonimato, libertad de expresión y censura en internet*. Buenos Aires: Edición particular Diego F. Migliorisi.
- Morales, J. (2014). Tor y la *deep web*: la internet que no conocemos. Recuperado de <https://prezi.com/lvlu3i7yx1uj/tor-y-la-deep-web-la-internet-que-no-conocemos/>
- Muñoz, D. (2016). Derecho al olvido aplicará en las búsquedas de Google.com en Europa. Recuperado de <https://www.fayerwayer.com/2016/02/derecho-al-olvido-aplicara-en-las-busquedas-de-google-com-en-europa/>
- Ontañón Ramos, I. (20 de julio de 2014). El tribunal de justicia europeo respalda el derecho al olvido. *Noticias Jurídicas*. Recuperado de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4921-el-tribunal-de-justicia-europeo-respalda-el-derecho-al-olvido/>
- Pérez de Acha, G. (2015). Una panorámica sobre el derecho al olvido en la región. Recuperado de <https://derechosdigitales.org/9324/una-panoramica-sobre-la-discusion-en-torno-al-derecho-al-olvido-en-la-region/>
- Rallo, A. (2012). El derecho al olvido en el tiempo de internet: la experiencia española. Recuperado de <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/122643/ID66654.pdf?sequence=1>
- Rallo, A. (2010). El derecho al olvido y su protección. A partir de la protección de datos. *Revista Telos*, 85, pp. 104-108.
- Red Iberoamericana de Protección de Datos (2009). Legislación. Recuperado de <http://www.redipd.es/legislacion/peru-ides-idphp.php>
- Redacción Gestión (18 de junio de 2016). Bill Gates: LinkedIn será el Facebook de los profesionales. *Gestión*. Recuperado de <http://gestion.pe/tecnologia/bill-gates-linkedin-facebook-profesionales-2163598>

- Revoredo, A. (26 de julio de 2016). El derecho al olvido: ¿El derecho a olvidar a los responsables de la fuente original de información? *El Cristal Roto*. Recuperado de <http://elcristalroto.pe/sin-categoria/el-derecho-al-olvido-el-derecho-olvidar-los-responsables-de-la-fuente-original-de-informacion/>
- Rosas, I. (2014). Google aclara cómo aplica el derecho al olvido. Recuperado de <https://www.fayerwayer.com/2014/07/google-aclara-como-aplica-el-derecho-al-olvido/>
- Rosas, I. (2014). Algunos conflictos del derecho al olvido. Recuperado de <https://www.fayerwayer.com/2014/07/algunos-conflictos-del-derecho-al-olvido/>
- Scott, M. (13 de junio de 2016). Investigadores descubren falla en el ‘derecho al olvido’ europeo. *The New York Times*. Recuperado de <http://www.nytimes.com/es/2016/06/13/investigadores-descubren-falla-en-el-derecho-al-olvido-europeo/>
- Sifuentes, M. (2016). Traición y olvido. Recuperado de http://elcomercio.pe/opinion/rincon-del-autor/traicion-y-olvido-marco-sifuentes-noticia-1913515?ref=flujo_tags_457398&ft=nota_1&e=titulo
- Significados (s.f.). Qué es URL. Recuperado de <http://www.significados.com/url/>
- Téllez Gutiérrez, C. (2016). Derecho al olvido en versión peruana 1.1. No puedes olvidar lo ya conocido, pero sí bloquearlo en Google. Recuperado de <http://laley.pe/not/3377/derecho-al-olvido-en-version-peruana-1-1>
- Villena Saldaña, D. (2015). Derecho al olvido en Internet: Google y la doctrina europea. *Revista Contratexto*, 23, 259-269.
- WebTaller (2014). ¿Qué es indexar? Recuperado de http://www.webtaller.com/maletin/articulos/que_es_indexar.php
- Wikipedia (2018). Internauta. Recuperado de <https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Internauta&oldid=106544858>

El poder de policía en el nuevo Código Nacional de Policía y Convivencia, Ley 1801 de 2016

The police power in the new National Code of Police and Convivency, act 1801 of 2016

Yeimy Ivonne García Parra*

Fecha de recepción: 16 de noviembre de 2017

Fecha de aceptación: 23 de junio de 2017

No hay poder o ejercicio del poder que sea más propenso a lesionar los derechos o garantías constitucionales, que el poder de policía.

BIELSA (1965), CITADO POR OLIVAR BONILLA (1995)

Qué es este poder sino un endriago de federalismo, puro endriago democrático que es lo que importa y con efectos puramente locales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA (27 DE ENERO DE 1977),

SALVAMENTO DE VOTO

RESUMEN

El poder de policía como concepto ha sido estudiado por la jurisprudencia desde dos perspectivas: la noción de *police power* del *common law* y la de policía como servicio público del derecho administrativo francés, lo que ha dado origen a algunas confusiones jurisprudenciales eventualmente superadas con la expedición de la Ley 1801 de 2016.

Palabras clave: poder de policía; potestad reglamentaria; poder de policía residual; poder de policía subsidiario; poder de policía extraordinario; orden público; derecho policivo.

ABSTRACT

The power of police as a concept has been studied by jurisprudence from two perspectives: the notion of police power from the common law and the police as a public service from french administrative law; origin of some jurisprudential confusions eventually overcome with the issuance of act 1801 of 2016.

Keywords: police power, regulatory power, residual police power, subsidiary police power, extraordinary police power, public order, police law.

* Abogada egresada de la Universidad Nacional de Colombia, estudiante de la Especialización en Derecho Administrativo, magíster en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales Contemporáneos del IAED-Universidad Externado de Colombia-Academia Diplomática-Paris III. Correo electrónico: yeimy.garciaparra@gmail.com

INTRODUCCIÓN

El 29 de julio de 2016, se expidió el Código Nacional de Policía y Convivencia. Por primera vez, la norma rectora del derecho de policía fue objeto de debate y aprobación en el Congreso de la República. El anterior Código Nacional de Policía (Decreto 1355 de 1970) fue expedido por el Presidente en virtud de las facultades extraordinarias otorgadas por la Ley 16 de 1968, y sucesivamente puede encontrarse este denominador común al revisar las normas policivas colombianas anteriores. Se trata de una rara ocasión frente al ejercicio tradicional del poder de policía en nuestro país: es el momento de revisitarse este concepto y su transcurrir doctrinario y jurisprudencial. También es extraño el punto de partida de esta reflexión, pues no deja de ser paradójico que el legislador hubiese usado el poder de policía para definirlo y fijar sus límites.

1. ¿QUÉ ES EL PODER DE POLICÍA?

El poder de policía es la facultad de expedir leyes y reglamentos de policía, esto es, la facultad de regular los comportamientos cotidianos con la finalidad de preservar el orden público. El poder de policía puede limitar las garantías individuales con el objetivo de asegurar un estado de cosas (seguridad, tranquilidad, salubridad) en que puedan darse las condiciones mínimas necesarias para el ejercicio de los derechos constitucionales. Así, en materia de derechos fundamentales, el poder de policía puede ser un árbitro o un caníbal.

El profesor Olivar Bonilla (1995), al respecto, manifestaba:

Es verdad que la palabra poder tiene muchas acepciones; entre ellas: dominio; imperio; fuerza; poderío; facultad que uno tiene de hacer una cosa. Pero cuando se habla de poder de policía, se restringe el alcance de la expresión a la facultad de expedir leyes y reglamentos de policía. Nada más. Así, ni a la facultad que la ley otorga a las autoridades de policía para expedir órdenes de policía, ni a las actividades que desarrollan sus agentes para hacerlas cumplir, se las puede llamar “poder de policía”, porque se le estaría dando un significado extensivo y equívoco; muy diferente del que le corresponde. (Olivar Bonilla, 1995, pp. 56-57)

Esta definición permite profundizar en la particularidad del poder de policía como fenómeno jurídico autónomo, al separarlo claramente de las nociones de *función de policía* y *actividad de policía*, esclareciendo aún más el perfil del concepto. Sin embargo, es necesario traer a colación otros criterios de distinción, como los formulados por el profesor Remberto Torres (1995):

Nos parece que el origen representativo no debe servir de base para saber si un órgano o funcionario del Estado ejerce poder de policía. Tampoco la autoridad misma que lo ejerce o el acto jurídico formal (ley, decreto, resolución) por medio del cual se traduce, o aun el objetivo general de limitar la libertad.

En cambio, nos parece lógico que el poder de policía se defina en torno a la facultad de expedir una norma general, impersonal y abstracta y que esa norma sea de policía. Véase que con esta delimitación no se ha señalado quién podría dictar una norma de tal naturaleza. La competencia obviamente la determinará el constituyente, o la ley según el caso. Nunca el reglamento. (Torres, 1995, p. 75)

Ya en 1995, Torres atribuye al poder de policía las siguientes características:

a) El poder de policía es de carácter jurídico normativo, vale decir, por medio de él se crean normas jurídicas obligatorias para todos los integrantes de la comunidad, una vez se han dado a conocer por medio de la promulgación, publicación o expedición. En consecuencia, el poder de policía crea una norma jurídica con carácter general, impersonal y abstracto.

b) El poder de policía se agota en el momento en que se expide la norma jurídica. Lo que sigue no podrá bajo ningún punto de vista llamarse poder de policía. Cumplida la misión de expedir la normatividad policial, trátase de ley, ordenanza, acuerdo, o reglamento del ejecutivo, se acaba dicho poder de policía. Se ejercerá nuevamente cuando se expida una nueva norma y así sucesivamente. ¿Qué queda del poder de policía? Justamente la norma jurídica, que será estática mientras no la dinamicen los intérpretes, quienes con sus criterios la actualizarán cada vez en mejor forma, a las diarias y exigentes realidades sociales.

c) El poder de policía como facultad de expedir normas de policía siempre ha existido, es connatural con la existencia del Estado. (Torres, 1995, p. 77)

Entonces, a la definición de poder de policía como facultad para expedir leyes y reglamentos de policía con la finalidad de preservar el orden público, habría que agregar que tiene carácter jurídico normativo —puesto que solo se ejerce cuando la norma que lo realiza es general, impersonal y abstracta— y que se agota en sí mismo, una vez se profiere la preceptiva. Pues ni la función de policía (órdenes de las autoridades) ni la actividad de policía (actos materiales de los uniformados para el cumplimiento de ellas) son poder de policía.

Respecto a los orígenes de este concepto, hay dos vertientes sobre las cuales han profundizado los tratadistas del derecho de policía. La primera de ellas es

la que ubica el concepto en la doctrina del servicio público del derecho administrativo francés, que a su vez tiene inspiración en el cameralismo alemán. Sostiene esta teoría que la satisfacción de las necesidades de la comunidad es la forma en la cual el Estado ejerce imperio sobre los administrados. El orden público sería definido como un estado de cosas —opuesto al desorden— en el que la administración tiene que garantizar la seguridad, la salubridad, la tranquilidad, la moralidad e incluso el ornato urbanístico. Así, el poder de policía sería definido como la facultad de expedir normas y reglamentos que garanticen el orden público como una potestad del Estado para realizar sus fines. Esta ha sido la noción que ha orientado la jurisprudencia del Consejo de Estado y la jurisprudencia constitucional sobre derecho de policía.

La segunda vertiente ubica el origen moderno del concepto en el fallo *Charles Brown vs. Estado de Maryland* (1827), del juez Marshall. Es la primera vez que se usa la expresión *police power* en el *common law*. Pero este concepto anglosajón de *police power* tiene unos alcances y límites diferentes, si bien se trata de la misma potestad. Además de la facultad de expedir normas para limitar los derechos constitucionales con la finalidad de garantizar el cumplimiento de los deberes ciudadanos relativos a la seguridad, la tranquilidad, la salubridad y otros aspectos del orden público, esta noción también comprende las operaciones jurídicas y las actividades estatales orientadas al cumplimiento de las normas. Por lo tanto, su ejercicio no se atribuye únicamente a los cuerpos colegiados representativos, sino también a los jefes de policía y a los policías uniformados. La Corte Suprema de Justicia adaptó temporalmente esta concepción en su jurisprudencia sobre derecho de policía. Para comprender mejor el giro jurisprudencial que inspiró esta concepción del poder de policía, es necesario profundizar en el fallo *Brown vs. Maryland*.

Charles Brown era un armero, comercializaba productos bélicos y era proveedor del estado confederal central. Necesitaba transportar sus mercancías a través del estado confederado de Maryland con destino a la ciudad de Washington y, dadas las condiciones de la época, lo hacía en un convoy de carretas. Esta caravana fue interceptada por las milicias estatales impidiéndole el ingreso al estado, alegando que la carga transportada constituía un peligro para la vida y la salud de los habitantes de Maryland y que no traía la licencia de importación requerida por el estado.

Frente al problema planteado existen dos posibilidades de lectura del fallo. Un posible problema jurídico es: ¿prevalece el derecho individual del señor Brown a su libertad de tránsito frente al derecho social de la población de Maryland a salvaguardar su seguridad? El otro es: ¿tiene el estado de Maryland facultades para salvaguardar la seguridad y la vida de sus habitantes, creando normas

estatales restrictivas del libre comercio, como la exigencia de licencias o la imposición de tributos, en contravía de la legislación federal, que lo ampara?

El Juez Marshall dice textualmente en su voto:

The power to direct the removal of gunpowder is a branch of the police power, which unquestionably remains and ought to remain with the states. If the possessor stores it himself out of town, the removal cannot be a duty on imports, because it contributes nothing to the revenue. If he prefers placing it in a public magazine, it is because he stores it there, in his own opinion, more advantageously than elsewhere. We are not sure that this may not be classed among inspection laws. The removal or destruction of infectious or unsound articles is undoubtedly an exercise of that power, and forms an express exception to the prohibition we are considering. Indeed, the laws of the United States expressly sanction the health laws of a state [...].

What would be the language of a foreign government, which should be informed that its merchants, after importing according to law, were forbidden to sell the merchandise imported? What answer would the United States give to the complaints and just reproaches to which such an extraordinary circumstance would expose them? No apology could be received or even offered. Such a state of things would break up commerce. It will not meet this argument to say that this state of things will never be produced — that the good sense of the states is a sufficient security against it. The Constitution has not confided this subject to that good sense. It is placed elsewhere. The question is where does the power reside? Not how far will it be probably abused. The power claimed by the state is, in its nature, in conflict with that given to Congress, and the greater or less extent in which it may be exercised does not enter into the inquiry concerning its existence [...] (destacado fuera del texto original). (US Supreme Court, 1827)

De lo anterior se concluye entonces que la respuesta al primer problema planteado es que, naturalmente, prevalece el interés colectivo de los habitantes de Maryland sobre el interés particular del señor Brown, pero que su derecho a movilizarse libremente por todo el territorio no puede ser conculcado o impedido, sino que debe ser limitado por el poder de policía, que regulará cómo debe ejercerlo para satisfacer la necesidad de seguridad de los habitantes de Maryland. En el caso concreto, se ordenó al estado de Maryland que autorizara el tránsito de las mercancías del señor Brown, pero por vía fluvial y marítima, y se le ordenó al señor Brown contratar seguros a favor de los habitantes rivereños del estado de Maryland, a favor de los tripulantes de los navíos empleados para el transporte, y un seguro *erga omnes* por las características de especial peligrosidad de las armas y pertrechos transportados.

Por otra parte, en el fallo se responde al segundo problema jurídico advirtiendo a las autoridades estatales que el ejercicio de esta facultad (*police power*) no puede impedir el libre comercio, que es uno de los fundamentos sobre los cuales se sostiene la Unión Americana, y que el decreto de impuestos restrictivos de la libre circulación de mercancías y de las correspondientes licencias de importación estatales es un exceso que destruiría el libre comercio, amparado por las leyes federales.

Frente a la necesidad de ordenar, en el derecho de policía colombiano, lo relativo al poder de policía, Olivar Bonilla señala (1995):

Desde 1943 el maestro Miguel Lleras Pizarro en su obra “Derecho de Policía” enseñaba lo siguiente: “La solución, sin embargo, sería la expedición de una ley nacional de policía que reglamente todas las cuestiones que interesan al orden público nacional y fije con precisión los límites y competencias de cada una de las esferas de policía. Esto evitaría no solamente el caos y el anacronismo de los reglamentos de policía que hoy imperan en el país, sino también el caso muy frecuente de exceso de poder en que incurren las asambleas cuando reglamentan libertades que no pueden ser limitadas sino por ley. Estos excesos han sido tradicionalmente tolerados, más por ignorancia que por mala fe”. (Olivar Bonilla, 1995, p. 55)

La Ley 1801 (Código Nacional de Policía y Convivencia) definió el poder de policía así:

Artículo 11. Poder de policía. El poder de Policía es la facultad de expedir las normas en materia de policía, que son de carácter general, impersonal y abstracto, ejercido por el Congreso de la República para regular el ejercicio de la libertad, los derechos y los deberes constitucionales, para la convivencia y establecer los medios y las medidas correctivas en caso de su incumplimiento.

Es tarea pendiente analizar si el Código Nacional de Policía y Convivencia cumple con las expectativas que se aguardan de él desde 1943, cuando la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia creara la llamada Cátedra de la Nueva Ciencia, sobre derecho de policía, por primera vez en el país.

2. RELACIÓN DEL PODER DE POLICÍA CON LA POTESTAD REGLAMENTARIA

La potestad reglamentaria es la facultad que tiene el ejecutivo de expedir los decretos, órdenes y resoluciones necesarios para hacer que se cumplan las leyes, todas las leyes, leyes de diversas materias. Esta facultad es prácticamente de

uso cotidiano y es a la que se acude con frecuencia en la producción de la mayoría de los actos administrativos. Los reglamentos de policía son una porción de esta producción, de lo cual puede deducirse sin dificultad que la potestad reglamentaria es el género y el poder de policía la especie, aunque el poder de policía haya sido ejercido para producir la ley que se reglamentará, en este caso el Código Nacional de Policía y Convivencia.

Sin embargo, el exceso en la potestad reglamentaria, esto es, cuando no se respeta la norma de superior jerarquía que se pretende reglamentar, ha tornado inoperante la normativa policiva en muchos casos, cuando se han sometido estas actuaciones irregulares a control judicial. En otras ocasiones subsisten, amparadas bajo la presunción de legalidad de los actos administrativos, inscritas en códigos departamentales y municipales, ocultas en manuales de funciones y procedimientos de control interno de las entidades que tienen a su cargo la administración de la justicia policiva, o en decretos municipales y locales, las típicas *alcaldadas*, algunas más evidentes que otras. Es el caso del Acuerdo 079 de 2003 (Código de Policía de Bogotá).

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en fallo de 10 de mayo de 2012 (CP Marco Antonio Velilla Moreno, Exp. 25000232400020060030901) —una acción de simple nulidad enervada por British American Tobacco South America Limited—, se pronunció frente a la potestad reglamentaria del Consejo de Bogotá para limitar la libertad pública de fumar en sitios públicos en los siguientes términos:

De lo indicado por la Sala, se aprecia la aceptación jurisprudencial de que las autoridades territoriales ostenten un poder de policía en función de las particularidades propias de cada región, pues resulta obvio que no todos los grupos poblacionales consultan las mismas características de convivencia, ni comparten idénticos parámetros de comportamiento, lo que de entrada hace colegir que las normas de policía a nivel nacional contempladas en el Decreto Ley 1355 de 1970, no han de desempeñar la misma finalidad práctica en todas las regiones del país. De ahí, que se establezca un poder de policía, que aunque limitado a lo que no es objeto de reserva de ley, permita a las autoridades territoriales adaptar las regulaciones de policía a las condiciones específicas requeridas en un momento dado, para preservar el orden público y facilitar el ejercicio pacífico de los derechos de los ciudadanos.

Ahora bien, en cuanto al poder de policía atribuido al Concejo Municipal de Bogotá, se comparte lo señalado por el a quo, en el sentido que este tiene las mismas facultades otorgadas a las asambleas departamentales, en los términos del Decreto 1421 de 1993, por el cual se dicta el régimen especial de Santafé de Bogotá DC, artículos 7º y 12, numerales 18 y 23, cuyo tenor es:

“Artículo 7º. Autonomía. Las atribuciones administrativas que la Constitución y las leyes confieren a los departamentos se entienden otorgadas al Distrito Capital, en lo que fuere compatible con el régimen especial de este último, y sin perjuicio de las prerrogativas políticas, fiscales y administrativas que el ordenamiento jurídico concede al departamento de Cundinamarca”.

“Artículo 12. Atribuciones. Corresponde al Concejo Distrital, de conformidad con la Constitución y a la ley:

[...].

18. Expedir los Códigos Fiscal y de Policía. [...]

23. Ejercer de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7º del presente estatuto, las atribuciones que la Constitución y las leyes asignen a las asambleas departamentales”.

Al respecto, esta Sección se ha pronunciado sobre el ejercicio del poder de policía del Concejo de Bogotá DC, en sentencia de 5 de diciembre de 2002, Exp. 7264, MP Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, precisando lo siguiente:

“[...] No puede alegarse la falta de competencia del Concejo Distrital para expedir la norma cuestionada, pues el artículo 12, numeral 23, del Decreto 1421 de 1993, otorga a dicha corporación la facultad de ejercer las atribuciones que la Constitución y la ley le asignan a las asambleas departamentales, dentro de las cuales se encuentra la de ‘Dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal’ (artículo 300 de la Constitución Política).

[...] el Alcalde Mayor del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá tiene competencia para expedir reglamentos secundarios o complementarios, los cuales, al tenor del artículo 9º del Decreto Ley 1355 de 1970 tienen por finalidad precisar el alcance y lograr la cabal aplicación de los reglamentos autónomos o principales de policía, reservados a la ley (art. 150, num. 25 de la Constitución); y al Concejo Distrital, que por mandato de los artículos 7º y 12, numerales 18 y 23 del decreto 1421 de 1993 le corresponden las atribuciones que el artículo 300, numeral 8º, de la Constitución le asigna a las Asambleas Departamentales [...].”.

Nótese que el citado pronunciamiento, aunque hace referencia a que el alcalde desarrolla la función complementaria de policía, mediante la expedición de reglamentos secundarios, precisa que, dentro de las autoridades

que emiten los reglamentos principales o primarios de policía, se encuentra el Concejo de Bogotá DC, en atención a las normas allí citadas.

Ahora, el parámetro legal que debe obedecer el Concejo de Bogotá al expedir la norma policiva es el mismo establecido para las asambleas departamentales, en el sentido que versa sobre todo lo que no sea objeto de disposición legal, en los términos del artículo 300 numeral 8º de la CN. Esto supone que, al contrario de lo afirmado por el apelante, el poder de policía que ostenta el Concejo Distrital no se encuentra sujeto a lo dispuesto constitucionalmente por el artículo 313 de la Carta Política, que limita dicha potestad a la regulación de los usos del suelo, control de actividades relacionadas con vivienda y a las normas relacionadas con el control y defensa del patrimonio ecológico municipal, puesto que su potestad en esta materia, como se anotó, es equivalente a la de las Asambleas Departamentales y en consecuencia, su limitación se refiere a aquellas materias que no sean de reserva de ley.

El sentido del fallo fue confirmatorio de la sentencia de primera instancia, en el entendido de que el sacrificio de la libertad de fumar en público era justificable para salvaguardar un bien mayor, como la salubridad pública, de modo que las disposiciones relativas al consumo de tabaco se conservaron.

No sucedió lo mismo cuando se sometieron a examen las disposiciones relativas al decomiso de las mercancías en el espacio público. A la fecha en que se escribe este artículo, varias de las disposiciones del Acuerdo 079 de 2003 han sido retiradas del ordenamiento jurídico por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante sentencia del 2 de noviembre de 2006 (Exp. 2003-303 acumulado), contra la que se interpuso recurso de apelación que se encuentra pendiente de resolver. El Tribunal de Cundinamarca dijo, respecto de las medidas correctivas de la ocupación del espacio público por mercancías de ventas ambulantes, lo siguiente:

En sentencia C-790 de 2002, la Corte Constitucional definió el poder de policía como la facultad de hacer la ley policiva mediante la expedición de normas jurídicas objetivas de carácter general e impersonal dictadas por el órgano representativo con el fin de limitar los derechos individuales en función del bienestar general.

Entonces, es el Congreso de la República quien en principio expide las normas policivas dentro de los límites de la Constitución, sin embargo las asambleas y los concejos distritales, de una manera residual y subsidiaria, dentro de los límites de la Constitución y la Ley, pueden dictar normas de policía dentro de su ámbito territorial.

Sin embargo, existe una reserva de ley en materia de limitaciones y restricciones a los derechos fundamentales, por lo que es el Congreso el único que puede expedir normas restrictivas de las libertades y derechos. Como las medidas correctivas de policía, entre las que están el decomiso, la retención transitoria y la multa, son restricciones o limitaciones de derecho constitucionales, solo el congreso mediante leyes puede crear este tipo de medidas.

En este caso, al estudiarse la legalidad de los numerales 12 y 13 del artículo 164 del Acuerdo 079 de 2003, la Sala advierte que como el único que puede crear medidas correctivas es el Congreso de la República, estos numerales al consagrar como medidas correctivas la retención de bienes y el decomiso de bienes están contrariando el principio de reserva de ley y en consecuencia vulneran la Constitución.

En cuanto a todo el numeral 2º del artículo 170, por medio del cual el concejo distrital creó nuevas multas, la Sala advierte que se vulnera la Constitución ya que, como se dijo con anterioridad, es el Congreso por medio de ley quien puede crear medidas correctivas limitantes de los derechos constitucionales, razón por la cual este numeral en su totalidad se declarará nulo.

Frente al artículo 176 del acuerdo demandado, la Sala observa que dispone una retención de bienes perecederos de procedencia lícita y no perecederos de procedencia lícita utilizados para ocupar el espacio público, medida que no tiene una consagración legal y al ser limitante de los derechos constitucionales también va en contra del principio de reservas de ley y por tanto se declarará su nulidad.

Se precisa que el Código Nacional de Policía en sus artículos 186, 192 y 207 consagra la retención transitoria de personas, pero no la retención sobre bienes.

Respecto del decomiso, se tiene que el Código Nacional de Policía solo establece el de los tiquetes o boletas para espectáculos cuando se pretenda venderlos por precio superior al autorizado, y el artículo 177 del Código de Policía de Bogotá añade el decomiso de los tiquetes, billetes de rifas y boletas de espectáculos cuando la rifa o el espectáculo no esté autorizado, nueva situación que al no ser creada por el legislador, a su vez va en contra de la Constitución y en consecuencia se declarará la nulidad de los apartes demandados.

En conclusión, cuando se ejerce el poder de policía mediante la expedición de reglamentos, se deben atender los mismos límites que cuando se ejerce la potestad reglamentaria, esto es, no vulnerar o superar lo dispuesto por la norma superior a reglamentar y no incorporar nuevas disposiciones, sino simplemente asegurarse de disponer lo suficiente para asegurar la aplicación de la ley que se reglamenta.

No hay que olvidar que el reglamento es también un medio de policía. El reglamento de policía puede definirse como el acto administrativo general, impersonal y abstracto, de orden nacional o territorial, que regula el ejercicio de una o más libertades públicas, expedido por autoridad competente investida de poder de policía por la Constitución o la ley.

3. LÍMITES DEL PODER DE POLICÍA

3.1. La Constitución

La Constitución Política es el origen del poder de policía y, por lo tanto, en ella están contenidos sus limitantes. No se podrá ejercer este poder en contravía de sus disposiciones, jamás resistiría una norma de policía un examen negativo de constitucionalidad si pretende pervivir en el ordenamiento jurídico. Es importante señalar que buena parte de las libertades públicas reguladas por el poder de policía son derechos fundamentales y, por lo tanto, es únicamente por medio de leyes estatutarias que se pueden limitar estas garantías. Tampoco hay que perder de vista que, aunque puede existir poder de policía derivado de leyes habilitantes en estados de excepción, el ejecutivo tampoco podrá valerse de él para disponer sobre los derechos intangibles.

El profesor Remberto Torres (1995) sostiene:

La Constitución fija entonces límites al poder de policía. Si una ley de policía se dicta contrariando estas normas sería inconstitucional, lo que daría derecho a que cualquier ciudadano solicite ante tribunal competente su declaratoria de inexequibilidad o inconstitucionalidad. Podría decirse que la Constitución es un límite anterior porque existe antes del ejercicio del poder de policía. Después de cumplido este en forma ilegal, aparecen otros límites que le quitan eficacia jurídica a esos actos: son los llamados controles jurisdiccionales que actúan con posterioridad al ejercicio de aquel. (Torres Rico, 1995, p. 71)

3.2. La ley

Como se pudo observar *supra*, en el análisis de vigencia del Acuerdo 079 de 2003, es la ley el límite formal del poder de policía que la Constitución ha otorgado a las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales. Si bien es cierto que pueden expedir reglamentos de policía que completen el sentido del Código Nacional de Policía y Convivencia, de conformidad con las particularidades idiosincráticas de las regiones y otras consideraciones propias de las autoridades del orden territorial, no podrán exceder lo establecido en la Ley 1801, por cuanto no están facultados para dictar normas de policía que ya fueron objeto de disposición legal.

Cuando el poder de policía es ejercido por las asambleas departamentales de conformidad con el artículo 300, num. 8º de la Constitución, la ley en sentido formal se interpone también como límite a dicho poder. Dice la norma en cita: “Corresponde a las asambleas departamentales por medio de ordenanzas;... 89 Dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal”.

La ley como la Constitución, son límites anteriores al poder de policía de las asambleas, existiendo también la eventualidad del control jurisdiccional de sus actos cuando se han expedido en forma inconstitucional. La ley en sentido material, puede también ser límite del poder de policía si este es ejercido irregularmente por los concejos municipales. (Torres Rico, 1995, p. 71)

3.3. Control jurisdiccional

La norma de derecho de policía expedida por el Congreso el 29 de julio de 2016 será sometida a control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, tal y como sucedió con el Decreto 1355 de 1970. Los reglamentos de policía expedidos por autoridades del orden nacional, municipal y departamental, pueden ser sometidos al medio de control de simple nulidad o nulidad por inconstitucionalidad, para desvirtuar su presunción de legalidad y evitar así que normas ilegales o inconstitucionales de policía pervivan en el ordenamiento jurídico con el intrínseco peligro y daño a los derechos fundamentales, que estarían limitando o negando injustamente.

Torres (1995) lo dijo así, respecto del Decreto 1355 de 1970:

[...] se concluye que si en ejercicio del poder de policía el Congreso dicta una ley violando la Constitución, ejerce el control legal la Corte Constitucional. En el mismo sentido, si el poder de policía es ejercido por el Presidente de

la República con base en facultades constitucionales o delegadas en forma extraordinaria por el Congreso, pero extralimitándose en sus funciones, lo limita igualmente la Corte Constitucional. Las demás normas de derecho (decretos, resoluciones, etc.) que dicte el ejecutivo con base en el poder de policía serán limitadas por el control legal que ejerce la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. (Torres Rico, 1995, p. 72)

4. TITULARES DEL PODER DE POLICÍA

4.1. El Congreso de la República

El legislativo, como cuerpo colegiado de origen representativo de mayor entidad de la nación, tiene poder de policía originado en la Carta Política. Este poder únicamente conoce sus límites en las normas superiores y el bloque de constitucionalidad. Puede derivarlo al ejecutivo por medio de leyes habilitantes en los estados de excepción y así lo había hecho, hasta la expedición del Código Nacional de Policía y Convivencia.

4.2. Las asambleas departamentales

Bajo el estricto marco de los principios de legalidad y constitucionalidad, las asambleas departamentales y el Consejo Distrital de Bogotá DC, en virtud del numeral 8º del artículo 300 superior, podrán “dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal”. Esta facultad no puede ser entendida como un poder de policía autónomo o sustitutivo que les permita la libre disposición sobre los derechos fundamentales y las garantías individuales de los ciudadanos. La Constitución no les ha otorgado una permisión general para reglamentar los asuntos que no han sido objeto de pronunciamiento por parte del legislador, ni para regular lo que este haya regulado parcialmente en materia de derecho de policía.

Nuevamente, es de cabal importancia recordar que las libertades públicas que pretende limitar la norma de policía tienen reserva legal, pues se trata del ejercicio de derechos fundamentales. Estos no pueden limitarse o desconocerse por vía de reglamento, aunque sea la misma Constitución la que otorgue el poder de reglamentar. Simplemente, debe entenderse que se trata de una autorización para que las asambleas departamentales dicten los reglamentos de policía necesarios para aplicar la ley en aquellos temas que no están sujetos a estricta reserva legal, observando las particularidades de los habitantes y el territorio que les corresponde.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-593 de 2005, describió los requerimientos que debía cumplir la norma rectora de derecho policivo al establecer los límites legales del poder de policía otorgado por la Constitución a las asambleas departamentales, así:

En principio, es únicamente el Congreso el que está constitucionalmente habilitado para dictar normas de policía que limiten o restrinjan los derechos fundamentales de los asociados, y que dentro del marco normativo que este señale, las corporaciones de elección popular en las cuales el Constituyente radicó expresa y específicamente la atribución de dictar normas de policía en ciertos ámbitos, pueden dictar normas generales y abstractas en la materia, sin exceder ni modificar lo establecido en la ley nacional. Corresponde al Congreso de la República dictar (a) las bases que deben respetar las asambleas al momento de dictar ordenanzas en materia de policía, (b) los ámbitos de acción dentro de los cuales las asambleas pueden ejercer su facultad normativa, así como los parámetros que deben observar, y (c) las prohibiciones a las que están sujetas las asambleas en ejercicio de dicha facultad. No pueden las asambleas departamentales, en consecuencia, dictar normas de policía que establezcan sanciones diferentes a las previstas o autorizadas por el legislador nacional, dado que las medidas correctivas de policía, por su naturaleza, función e implicación, constituyen limitaciones o restricciones de derechos constitucionales.

Así las cosas, en atención a la jurisprudencia constitucional sobre el tema, el legislador, en la Ley 1801, fijó los límites de este poder de policía de las asambleas departamentales, como se verá en detalle en acápite posterior.

4.3. El Presidente de la República

Las normas rectoras del derecho de policía, hasta la expedición de la Ley 1801 de 2016, fueron expedidas por el Presidente de la República, haciendo uso del poder de policía derivado por el legislativo mediante las leyes habilitantes expedidas en los estados de excepción. Por ejemplo, el Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía), norma ya derogada, es un ejemplo de ello. No obstante, no puede confundirse esta facultad con la que tiene para expedir decretos reglamentarios cuya materia sea el derecho de policía, aunque en ambos casos se valga del poder de policía.

El profesor Remberto Torres (1995) aclara este punto así:

En cada una de las atribuciones que la Constitución de manera expresa y taxativa otorga al ejecutivo para regular las libertades o en los casos del

ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución, diremos que hay un poder de policía por cuanto el Presidente de la República, por medio de los decretos que haga efectiva tal atribución, reglará de manera general, impersonal y abstracta un motivo de policía. El artículo 213 de la Constitución atribuye al Presidente de la República, con la firma de todos los ministros la potestad de declarar el estado de conmoción interior, en toda la República o parte de ella, en caso de grave perturbación del orden público y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de policía. (Torres Rico, 1995, p. 74)

4.4. Los gobernadores

Un gobernador puede ejercer poder de policía por derivación y con los mismos límites que la asamblea departamental correspondiente por medio de una ordenanza habilitante temporal, aunque sea autoridad de policía y deba también ejercer la función de policía para conservar el orden público en el departamento, como lo establece el artículo 303 de la Constitución Nacional, al establecer que el gobernador será agente del Presidente de la República para el mantenimiento del orden público.

En este orden de ideas:

Por disposición del art. 300, numeral 9º, de la Constitución, corresponde a las asambleas departamentales por medio de ordenanzas, autorizar al gobernador para “ejercer, pro tempore, precisas funciones de las que corresponden a las asambleas departamentales”. Por medio de estas facultades extraordinarias, el gobernador puede dictar normas de policía en el territorio de su jurisdicción y hacer, en consecuencia, poder de policía local. (Torres Rico, 1995, p. 76)

4.5. Los alcaldes

El alcalde municipal o distrital también puede estar en la misma condición de autoridad de policía que ejerce poder y función de policía, si cuenta con un acuerdo municipal o distrital temporal habilitante:

[...] el art. 313, numeral 3, de nuestra Constitución, dispone como atribución de los concejos: “Autorizar al alcalde para [...] ejercer pro tempore, precisas funciones de las que corresponden al concejo”. Por esta vía, los alcaldes también pueden dictar normas de policía para su cumplimiento

en el municipio. Es frecuente la regulación por decreto, de los horarios nocturnos de funcionamiento de los establecimientos comerciales, como los bares y discotecas, que imponen los alcaldes municipales o distritales. (Torres Rico, 1995, p. 76)

4.6. Los concejos municipales

La Corte Constitucional, en Sentencia C-593 de 2005, se pronunció sobre los límites y alcances del poder de policía atribuido a los concejos municipales y distritales, en los siguientes términos:

[...] las atribuciones constitucionales de los concejos municipales en materia de policía —es decir, las facultades de (i) “reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda” (art. 313-7, CP) y (ii) “dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio” (art. 313-9, CP)— han de ser interpretadas como una autorización constitucional para establecer las normas necesarias para responder en estos dos ámbitos específicos a las particularidades y necesidades concretas de sus respectivos municipios, y no como una potestad autónoma o residual para establecer limitaciones o restricciones a los derechos constitucionales, entre ellas sanciones policivas, que no han sido previstas por el Congreso de la República. Al igual que las asambleas departamentales, dentro del ámbito limitado de estas dos atribuciones policivas los concejos municipales deben obrar con pleno acatamiento de las normas legales y constitucionales aplicables, así como de las ordenanzas departamentales correspondientes, y sin ir más allá de las limitaciones o restricciones a los derechos que han sido previstas o autorizadas por el legislador nacional. Así mismo, también corresponde al Congreso de la República establecer, mediante el instrumento legal correspondiente, (a) las bases para que los concejos dicten acuerdos en estas dos esferas, (b) la delimitación concreta del alcance de cada uno de estos dos ámbitos de reglamentación, y (c) las prohibiciones a las que están sujetos los Concejos en ejercicio de dicha atribución.

En el mismo sentido, Torres Rico (1995) afirmaba:

El citado art. 313 de la Constitución, numeral 9º, textualmente reza: “Corresponde a los Concejos: [...] 9. Dictar normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio”. Esta facultad que la “norma de normas” les da a los concejos municipales, es para dictar normas generales, impersonales y abstractas en el territorio

de la municipalidad y en eso consiste el poder de policía. No existe discusión sobre la integración de la ecología al concepto actual de orden público, y sobre la cultura, diremos que es no solo factor de progreso sino fundamento del bienestar general de una comunidad, apreciándose de esta forma y con mayor propiedad la aplicación del criterio broad and plenary en el concepto de orden público. (Torres Rico, 1995, p. 76)

En consideración a la jurisprudencia constitucional relativa a este asunto, el legislador, en la Ley 1801, también estableció los límites de este poder de policía de los concejos distritales y municipales, lo cual se estudiará con posterioridad.

5. EL PODER DE POLICÍA EN LA JURISPRUDENCIA

Cuando la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del magistrado Luis Sarmiento Buitrago del 27 de enero de 1977, se pronunció sobre la equibilidad de algunas disposiciones del Decreto 1355 de 1970, dijo lo siguiente sobre el poder de policía:

4ª. La facultad de dictar normas reguladoras de la libertad individual, con miras a preservar su ejercicio cabal dentro del marco del orden público, es el llamado poder de policía, que en los Estados democráticos le corresponde al legislador, para que sean los delegatarios directos del pueblo quienes determinen lo conveniente y justo en tan delicada e importante materia.

Complemento directo e indispensable del poder de policía es la función policiva, que le está atribuida a la autoridad encargada de hacer obedecer las leyes y de velar por la conservación del orden público en sus facetas de tranquilidad, moralidad y salubridad públicas y de restablecerlo cuando sea turbado. Esta función es esencialmente preventiva y solo por excepción represiva, y su ejercicio tiende siempre a preservar las libertades individuales y a mantener incólume el orden público. En todo tiempo se cumple dentro de los dictados de la ley, es decir, es una función reglada [...].

6ª. El régimen de policía está estatuido en los artículos 167, 187-9 y 76-24 de la Constitución Política; el primero dice que la ley podrá establecer una milicia nacional y organizará el Cuerpo de Policía Nacional; nunca ha hecho uso el legislador de la facultad de establecer una milicia nacional; en cambio sí ha organizado reiteradamente la Policía Nacional.

El Constituyente ha distribuido la competencia para organizar y reglamentar lo relativo a la policía entre el Congreso y las asambleas departamentales; a estas atañe complementar dentro del ámbito de su territorio lo que el

legislador no ha dispuesto en lo nacional; las dos disposiciones 167 y 187-9 se complementan para estructurar exclusivamente el régimen policial.

En cuanto a la policía de tránsito, el Constituyente ordena al legislador unificar las normas en todo el territorio nacional; en esta materia las asambleas carecen en absoluto de competencia.

Distribuidas así las competencias sobre régimen de policía, ni el legislador ordinario, mucho menos el extraordinario pueden autorizar al Gobierno o a los concejos, así sea al de la capital de la República para “reglamentar el ejercicio de la libertad en aquellas materias de que no se haya ocupado la ley”.

La facultad de legislar sobre esta materia no puede trasladarse, sin violar los artículos mencionados de la Constitución.

7º. Al examinar las disposiciones que ahora se tachan por inconstitucionalidad a la luz de los razonamientos anteriores, queda en claro que todos ellos tienden a atribuirle a autoridades y corporaciones distintas del Congreso y de las Asambleas Departamentales la potestad de reglamentar el ejercicio de las libertades individuales y que, como ello no está permitido por la Carta Fundamental, deben padecer tales preceptos la inexequibilidad (destacado fuera del texto original).

A la fecha de este pronunciamiento, no se distinguía entre función y actividad de policía como institutos jurídicos independientes del poder de policía, pues lo que se trataba de interpretar como uno de los fines a realizar por el Estado de derecho era el concepto de *police power* del *common law*. De ahí la similitud argumentativa con el fallo *Brown vs. Maryland*, en lo relativo al conflicto entre normas del orden territorial y leyes nacionales, en lo tocante a la imposibilidad de las primeras para limitar los derechos fundamentales y a la consideración de la función de policía como parte del poder de policía, pues prima en este criterio el cumplimiento de los deberes orientados a la realización de la seguridad, salubridad, etcétera. Se trata del Estado policía.

Casi un lustro después, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 9 del 21 de abril de 1982 (MP Manuel Gaona Cruz, Exp. 893), sobre la constitucionalidad de los artículos 12, literal a); 20 y 57, en parte; 100, inciso primero; y 180, en parte, del Decreto Extraordinario 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía), se pronunció en estos términos sobre el derecho de policía y el poder de policía:

Segunda. El derecho de Policía

1. [...] *El estatuto policivo es un instrumento sistemático de normas que regulan imperativamente comportamientos humanos, con carácter coactivo o preventivo, y excepcionalmente correctivo, coercitivo o represivo. Su vigencia interfiere irremisiblemente la dialéctica de toda unidad política instituida, entre el orden y la libertad, el mando y la obediencia, la autoridad y el derecho, lo benéfico y lo perjudicial a la sociedad, lo conveniente e inconveniente al grupo, la disciplina y el desorden colectivos.*

2. *El derecho, por contraste, para garantizar la libertad, debe regularla; en cuanto impida el abuso en su ejercicio y en la medida en que la encauce dentro de los derroteros del querer social, no la suprime ni la desconoce, sino que la protege, y en vez de debilitarla, la vigoriza, la hace posible. Conducir un vehículo automotor corresponde a la libertad de tránsito y de locomoción, pero estacionarlo en la mitad de una bocacalle es abusar de esa libertad e impedir su ejercicio a otros; o hacerlo sin saber conducir o sin licencia es atentar contra la seguridad ciudadana. En tales casos, el derecho tiene que intervenir y evitar o precaver el abuso de la libertad para poder garantizarla.*

El derecho de policía va por ahí, esa es su razón de ser, doctrinaria, práctica y mecánica; es el orden jurídico en que se apoya el orden social, y que determina el ámbito del orden público, que, entre nosotros, apunta a la preservación de la seguridad, de la tranquilidad, de la salubridad, de la moralidad, de la economía, de ornato y del sosiego públicos.

Tercera. Poder de policía, función de policía y actividad policial

1. *Distingue nuestra legislación entre poder de policía, función de policía y mera ejecución policiva.*

a) *El poder de policía, entendido como competencia jurídica asignada y no como potestad política discrecional (arts. 1º y 3º del Código), es la facultad de hacer la ley policiva, de dictar reglamentos de policía, de expedir normas generales, impersonales y preexistentes, reguladoras del comportamiento ciudadano, que tienen que ver con el orden público y con la libertad. En nuestro Estado de derecho, conforme a las competencias que se señalarán adelante, lo ejercen únicamente quienes tienen origen representativo: el Congreso, el Presidente de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales;*

b) *La función de policía es la gestión administrativa concreta del poder de policía, ejercida dentro de los marcos impuestos por este; la desempeñan las autoridades administrativas de policía, esto es, el cuerpo directivo central y descentralizado de la administración pública, como un superintendente,*

un alcalde, un inspector. El ejercicio de esta función no corresponde, de principio, a los miembros de los cuerpos uniformados de la policía;

c) En cambio, los oficiales, suboficiales y agentes de policía no son los jefes de la policía, ya que estos son civiles (art. 39 del Código); por lo tanto, aquellos no expiden actos sino que actúan, no deciden sino que ejecutan; son ejecutores del poder y de la función de policía; despliegan por orden superior la fuerza material instituida como medio para lograr los fines propuestos por el poder de policía; sus actuaciones se tildarían de discrecionales solo debido a que no son actos jurídicos, por no tener competencia para expedirlos, pero están limitadas por actos jurídicos reglados de carácter legal y administrativo. Una instrucción, una orden, que son el ejercicio concreto de la función de policía, derivado de la competencia atribuida por el poder de policía, limitan el campo de acción de un agente de policía, quien es simple ejecutor, quien manda obedeciendo, y hace cumplir la voluntad decisoria del alcalde o inspector, como funcionario de policía.

2. Colígrese de lo precedentemente expresado que:

a) El poder de policía es normativo: legal o reglamentario. Corresponde a la facultad legítima de regulación de la libertad. En sentido material es de carácter general e impersonal. Conforme al régimen del Estado de derecho, es, además preexistente;

b) La función de policía es reglada y se halla supeditada al poder de policía. Supone el ejercicio de competencias concretas asignadas por este a las autoridades administrativas de policía. Más [sic] repárese en que dicha función no otorga competencia de reglamentación, ni de regulación de la libertad;

c) La actividad de policía, asignada a los cuerpos uniformados, es estrictamente material y no jurídica, corresponde a la competencia de ejercicio reglado de la fuerza y está necesariamente subordinada al poder y a la función de policía. Por lo tanto, tampoco es reglamentaria ni menos reguladora de la libertad.

3. Pero, aunque ni la función de policía ni la actividad de los miembros de los cuerpos uniformados de policía, son de carácter reglamentario de la libertad, sin embargo, sí son esencialmente reglamentables. De no serlo, dichas actuaciones quedarían sueltas, no serían siempre regladas y constituirían, ahí sí, seria amenaza contra el ejercicio de las libertades ciudadanas. O sea que, frente a la función y a la actividad policial, el reglamento en vez de ser obstáculo o negación de la libertad, es una de sus fuentes válidas y legítimas de garantía; es para mejor decir, su fundamental asidero.

4. Ahora bien, en el avatar cotidiano de la acción estatal por preservar el orden público, la actividad material de los funcionarios y de los miembros uniformados de policía es permanente, inmediata, indeclinable, no se puede evitar ni aplazar y constituye un constante asecho contra la libertad. Solo la ley, o en su defecto el reglamento, nacional o local, autónomo o de la ley, que es el medio supletivo o apenas complementario de la tarea reguladora de aquella, aunque necesariamente derivado de competencia explícitamente asignada, constituyen de consumo [...] la base normativa que supedita dicha acción administrativa o material.

Así las cosas, no se entiende cómo, por pregonar que frente a la Constitución sea únicamente la ley la reguladora legítima de la libertad, así no se expida, se descarte por institucional la valiosa competencia autónoma, supletiva, complementaria o subsidiaria del reglamento de policía, por considerarlo atentatorio contra la libertad; siendo que, en la realidad es mayor garantía para la libertad la acción policial reglada, que la que se despliegue sin supeditación a reglamentación alguna.

5. En principio, pues, por este aspecto, el reglamento se aviene a la Constitución como competencia supletiva y explícita legítima, reguladora de la libertad, en vez de contradecirla, ya que es mucho más grave la carencia de reglamentación de la actividad policial, que su vigencia (destacado fuera del texto original).

En este pronunciamiento, nace la distinción entre poder, función y actividad de policía, y a partir de él gravitan estas nociones en torno al concepto de orden público, originario de la doctrina del servicio público del derecho administrativo francés. De ahí el énfasis en el respeto a la división de poderes en lo atinente al ejercicio del poder de policía y en la libertad como valor supremo de la sociedad, que justifica la restricción de la libertad individual únicamente por mandato legal.

Por otra parte, el Consejo de Estado, Sección Primera, en auto del 13 de noviembre de 1979 (NR: 209272 469-CE-SEC1-1979-11-13), afirmaba sobre los reglamentos de policía:

De conformidad con el Decreto 1355 de 1970 o Código Nacional de Policía los reglamentos de policía, tanto nacionales como locales son de dos clases: Unos que podrían denominarse autónomos o principales, a través de los cuales se estatuyen prohibiciones directas a los particulares, se configuran las contravenciones, se establecen sanciones, se determinan los órganos para imponerlas y se señalan los procedimientos correspondientes (artículo 13).

En los términos del artículo 8º del expresado decreto tenían competencia para expedir reglamentos de esta clase, el Gobierno Nacional en lo no regulado por la ley, las asambleas departamentales en ausencia de reglamento nacional y los concejos municipales a falta de ley, decreto nacional u ordenanza. Pero en virtud de la sentencia de inexequibilidad pronunciada el 27 de enero de 1977 la competencia para expedir este tipo de reglamentos de policía quedó reservada al Congreso y a las asambleas departamentales.

Sin embargo, la reglamentación de policía no se agota con los expresados reglamentos. El artículo 9º del Decreto 1355 de 1970 prevé la posibilidad de expedir las disposiciones necesarias para precisar el alcance de los reglamentos principales o autónomos con el fin de lograr su cabal aplicación. Esta segunda modalidad del reglamento policivo que podría denominarse reglamento secundario o complementario tiene, como es obvio, un carácter y un alcance subordinado y, por lo tanto, no puede abarcar las materias propias del reglamento principal. El Decreto 1355 citado le reconoce de manera expresa competencia para dictarlos a los gobernadores y alcaldes, lo cual no excluye que el Gobierno nacional también pueda expedirlos, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le confiere el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional. Igualmente los concejos municipales en virtud de lo preceptuado en los artículos 197 Nº 1º de la Constitución Nacional y 169 atribución 5ª del Código de Régimen Político y Municipal.

Precisamente a esta segunda clase de normas reglamentarias de policía alude el artículo 111 del Decreto 1355 de 1970, cuando establece que “los reglamentos de policía local podrán señalar zonas y fijar horarios para el funcionamiento de establecimientos donde se expendan bebidas alcohólicas”.

El reglamento principal o autónomo de policía erige como contravención el quebranto de dichos horarios y señala la sanción correspondiente, pero defiere a una norma complementaria de carácter local la fijación del horario. Es evidente que sin este señalamiento sería inaplicable el reglamento principal, de lo cual deriva su carácter complementario. Por consiguiente la remisión que hace el artículo 111 a los reglamentos locales ha de entenderse hecha a reglamentaciones secundarias para cuya expedición están habilitados los alcaldes municipales al tenor de lo preceptuado en el artículo 9º ibídem. El sistema así organizado, además de ser armónico y perfectamente lógico es el más conveniente y adecuado, porque tales horarios deben señalarse teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada municipio, su clima, sus hábitos y costumbres, la idiosincrasia de sus agentes, etc. etc. Además tal señalamiento debe tener la versatilidad necesaria para su adecuación a los cambios circunstanciales que ocurran en la comunidad

local, lo cual no sería posible, si el alcalde no dispusiera de esa competencia que le ha asignado la ley.

Ya en sentencia del primero de enero de 1992, el Consejo de Estado, Sección Primera, con ponencia del consejero Libardo Rodríguez, sobre el poder de policía de los alcaldes y concejos municipales, se pronunciaría en este sentido:

El ejercicio del poder de policía, “como competencia jurídica asignada”, puede ser ejercido, exclusivamente, por quienes tienen origen representativo, lo cual implica que, en el ámbito territorial de los municipios, este reposa, de manera supletoria, en cabeza de los concejos municipales. A los alcaldes municipales también se encuentra atribuida dicha competencia supletoria para expedir dichos reglamentos, en la medida en que mediante ellos se regulen únicamente materias policivas, mas nunca para dictar reglamentaciones en asuntos penales, contravencionales o disciplinarios. Si bien los alcaldes pueden dictar, en ciertos casos, reglamentaciones de policía, tal facultad no implica el que puedan prohibir por simple vía enunciativa juegos que según ordenanzas departamentales y acuerdos municipales se consideran por regla como permitidos.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia de Álvaro Lecompte Luna del 10 de diciembre de 1991 (Rad. 1115-8825 Reconstrucción-DE 2825/1985) sobre demanda de la Asociación Nacional de Jubilados de Ecopetrol-Distrito Norte contra el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, dijo lo siguiente sobre la revocatoria de los actos administrativos proferidos en uso del poder de policía:

3º. De los actos intimatorios y el ejercicio del poder administrativo de policía.

No hay duda que, por lo regular, los actos administrativos llamados “intimatorios” son manifestaciones o expresiones del denominado “poder de policía” (“police power”), porque corresponden al ejercicio de medios tendientes a preservar, asegurar, conservar y restablecer el orden público —en su significado extenso— en sus aspectos principales, a veces al través [sic] de recursos coercitivos o de la fuerza, enderezados a imponer el respeto y cumplimiento de los mandatos que se han asignado, con ánimo de disciplinar o castigar si aquello no se cumple.

Obviamente que el ejercicio del poder administrativo de policía, es decir la función correccional que llaman algunos tratadistas, es emanación o debe estar enmarcado en los nortes legales que orientan el poder de policía abstractamente considerado, que, como se lee en el importantísimo salvamento de voto del magistrado de la Corte Suprema doctor José Gabriel de la Vega,

a la sentencia de 27 de enero de 1977 (Gaceta Judicial, tomo CLVI, No, 2396, págs. 40 y ss.), es parte cardinal del derecho administrativo, “pues tira al cumplimiento de reglas que imponen conductas a los asociados con el fin de mantener el orden indispensable a la convivencia, consiste a menudo en recortes y defensas a la libertad individual, o sea del desarrollo de las actividades privadas” pero no puede ser arbitrarios [sic] sino esencialmente jurídico: “implica necesariamente disposiciones y decisiones que precisa expedir, desarrollar y poner en obra, y además medidas y correctivos concretos referentes a individuos o grupos asociados. Tiende a contrarrestar desórdenes o molestias, en ocasiones de manera inmediata” porque “debe ser principalmente rápida, preventiva y eficiente” [sic]. La aludida sentencia de la Corte (op. cit. págs. 34 a 37, magistrado ponente, doctor Luis Sarmiento Buitrago) explica sobre el tópico: “La facultad de dictar normas reguladoras de la libertad individual, con miras a preservar su ejercicio cabal dentro del marco del orden público, es el llamado poder de policía, que en los estados democráticos le corresponde al legislador, para que sean los delegatarios directos del pueblo quienes determinen lo conveniente y justo en tan delicada e importante materia. El constituyente ha distribuido la competencia para organizar y reglamentar lo relativo a la policía entre el Congreso y las asambleas departamentales”.

Y el poder de policía así entendido en abstracto, se desarrolla, se pone en obra, haciéndose uso de la función correccional que tiene, entre otras expresiones concretas, los mencionados “actos intimatorios” [sic]. Ellos, por su propia naturaleza, son creadores de situaciones jurídicas individuales DESFAVORABLES para alguien, es decir, no crean ni reconocen derechos, porque como emanaciones del poder de policía que son, ostentan un carácter eminentemente coercitivo. Las estimaciones son apercibimientos y, por tanto, cercenamientos, limitaciones jurídicas de los derechos subjetivos de los administrados, y esos apercibimientos, limitaciones o cercenamientos hacen a su esencia y existencia “por una imposición elemental de convivencia social resultante de la relación bilateral “Estado” y “administrados”. El ejercicio del poder de policía “regula”, “ordena”, “limita” e “impone” [...] El Estado debe asegurar el imperio del derecho y una justa convivencia social; por ello puede imponer limitaciones en la forma, modo o extensión del goce de los derechos. Esas limitaciones (tradicionalmente impuestas por el llamado “poder de policía [...]), aparecen en beneficio del Estado, pero en suma es para el bien de la comunidad toda, pues se trata de una protección en defensa del interés social al equilibrar la extensión de los derechos de un individuo respecto a otros, y del Estado mismo. Pues justamente al Estado le incumbe el deber de verificar el cumplimiento del deber, que tienen todos los administrados de no perturbar el buen orden de la cosa pública e

impedir los trastornos que pueden incidir en su propia existencia” (Dromi, “Prerrogativas y garantías administrativas”, t, I, págs. 119 y ss.).

Los actos administrativos del ejercicio del poder de policía, de la función correccional, son eminentemente revocables, bien por la propia autoridad que los haya ejercido, bien por su inmediato superior jerárquico. Porque como explica el mismo autor últimamente citado, al ser limitaciones, cercenamientos, afectan derechos individuales y puede ocurrir que en un caso concreto, esas limitaciones o cercenamientos hayan desbordado los cauces establecidos por la Constitución o la Ley u ocasionado agravio injustificado a una persona. Los actos administrativos que emanan del ejercicio del poder de policía, como los que imponen una sanción, los que conminan o intiman, los que autorizan, etc., son siempre limitantes, y por ello han de estar, jurídicamente hablando, rodeados de “límites a las limitaciones”, de “límites garantías”, como son la legalidad, la razonabilidad, la inviolabilidad de la persona humana.

Por todas estas razones los actos administrativos intimatorios, intimidatorios o conminatorios, por lo común, son esencialmente revocables directamente por la Administración. Si la revocación directa se tiene como un modo de revisión que se justifica como potestad o competencia administrativa porque tutela el principio de seguridad y estabilidad jurídica al reglar e imponer el saneamiento de sus propios actos cuando las circunstancias que rodearon su nacimiento coinciden con los parámetros ya vistos (arts. 21 decreto 2733 de 1959; art. 69, CCA vigente), alcanza mayores relieves frente a actos que no han creado o modificado una situación jurídica favorable sino, por el contrario, que la ha [sic] creado DESFAVORABLE.

La Corte Constitucional inicia lo que se ha denominado “constitucionalización del derecho policivo” con la Sentencia C-024 de 1994, que se refirió al poder de policía en los siguientes términos:

En un Estado social de derecho, el uso del poder de policía —tanto administrativa como judicial—, se encuentra limitado por los principios contenidos en la Constitución Política y por aquellos que derivan de la finalidad específica de la policía de mantener el orden público como condición para el libre ejercicio de las libertades democráticas. De ello se desprenden unos criterios que sirven de medida al uso de los poderes de policía. El ejercicio de la coacción de policía para fines distintos de los queridos por el ordenamiento jurídico puede constituir no solo un problema de desviación de poder sino incluso el delito de abuso de autoridad por parte del funcionario o la autoridad administrativa.

El orden público es hoy en todos los países occidentales el ejemplo más claro de lo que hemos llamado un concepto jurídico indeterminado: no puede ser una facultad discrecional de la administración determinar a su arbitrio si existe o no perturbación del orden público, o amenaza de la misma, o incluir el más ínicuo de los actos de la vida privada entre los actos contrarios al orden. Y por ello por razones muy simples: porque el criterium central que hemos utilizado para separar la discrecionalidad de los conceptos jurídicos indeterminados, la unidad de solución justa, se cumple en el caso con fácil evidencia: una misma situación no puede ser a la vez conforme y contraria al orden.

En Sentencia C-492 de 2002, la Corte Constitucional retomó los conceptos de poder, función y actividad de policía para redefinirlos así:

En síntesis, se puede afirmar que la Corte Constitucional frente a la función de proteger el orden público tiene como criterio de distinción: El poder de policía lo ejerce, de manera general, el Congreso de la República por medio de la expedición de leyes que reglamentan el ejercicio de la libertad cuando este trasciende el ámbito privado e íntimo. Este poder también es ejercido en forma excepcional, por el Presidente de la República en los estados de guerra exterior, conmoción interior y emergencia. La función de policía es ejercida por las autoridades de la rama ejecutiva (como los alcaldes e inspectores) en cumplimiento de competencias determinadas por la ley. La actividad de policía es ejercida por los miembros de la Policía Nacional, que en cumplimiento de su obligación de mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, aplican diversos medios legítimos para prevenir y conjurar las alteraciones del orden público.

Por otro lado, en Sentencia C-790 de 2002, la Corte Constitucional definió el poder de policía como la facultad de hacer la ley policiva mediante la expedición de normas jurídicas objetivas de carácter general e impersonal dictadas por el órgano representativo con el fin de limitar los derechos individuales en función del bienestar general.

Por otro lado, los límites del poder de policía se definieron en la Sentencia C-825 de 2004:

Como los principios constitucionales mínimos que gobiernan las policía [sic] en un Estado democrático, así que (i) está sometido al principio de legalidad, que (ii) su actividad debe tender a asegurar el orden público, que (iii) su actuación y las medidas a adoptar se encuentran limitadas a la conservación y restablecimiento del orden público, que (iv) las medidas que tome deben ser proporcionales y razonables, y no pueden entonces traducirse en

la supresión absoluta de las libertades o en su limitación desproporcionada, (v) que no pueden imponerse discriminación injustificadas [sic] a ciertos sectores, (vi) que la medida policiva debe recaer contra el perturbador del orden público, pero no contra quien ejerce legalmente sus libertades, y que (vii) obviamente se encuentra sometida a los correspondientes controles judiciales.

Finalmente, en Sentencia C-813 de 2014, la Corte Constitucional consignó la distinción entre los elementos de la triada basal del derecho de policía y definió el alcance constitucional del poder de policía en las distintas esferas de la administración, en los siguientes términos:

El poder de policía se caracteriza por su naturaleza normativa y por la facultad legítima de regulación de actos de carácter general, impersonal y abstracto, orientados a crear condiciones para la convivencia social, en ámbitos ordinarios, y dentro de los términos de salubridad, seguridad y tranquilidad públicas que lo componen. Esta función se encuentra adscrita al Congreso de la República, órgano que debe ejercerla dentro de los límites de la Constitución. De otro lado, la Constitución Política a través del artículo 300 numeral 8º, ha facultado a las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas a dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal. La función de Policía, por su parte, se encuentra sujeta al poder de policía, implica el ejercicio de una función administrativa que concreta dicho poder y bajo el marco legal impuesto por este. Su ejercicio corresponde, en el nivel nacional, al Presidente de la República tal como lo establece el artículo 189-4 de la Constitución. En las entidades territoriales compete a los gobernadores (art. 330 CP) y a los alcaldes (art. 315-2 CP), quienes ejercen la función de policía dentro del marco constitucional, legal y reglamentario. Esta función comporta la adopción de reglamentos de alcance local, que en todo caso deben supeditarse a la Constitución y a la ley. Finalmente, la actividad de policía es la ejecución del poder y la función de policía en un marco estrictamente material y no jurídico, que corresponde a la competencia del uso reglado de la fuerza, y que se encuentra necesariamente subordinado al poder y a la función de policía.

6. PODER SUBSIDIARIO DE POLICÍA

El Código Nacional de Policía y Convivencia fijó los límites del poder subsidiario de policía, y lo definió como aquel que permite expedir normas de policía que no sean objeto de reserva legal dentro de la competencia atribuida al ámbito territorial sobre el cual ejercen sus funciones las asambleas departamentales y el Concejo de Bogotá:

Artículo 12. Poder subsidiario de policía. Las asambleas departamentales y el Concejo Distrital de Bogotá, dentro de su respectivo ámbito territorial, ejercen un poder subsidiario de policía para dictar normas en materias que no sean de reserva legal, en el marco de la Constitución y la ley.

Estas corporaciones en el ejercicio de poder subsidiario no podrán:

- 1. Establecer limitaciones, restricciones o normas adicionales a los derechos y deberes de las personas, que no hayan sido previstas o autorizadas por el legislador.*
- 2. Establecer medios o medidas correctivas diferentes a las previstas por el legislador.*
- 3. Exigir requisitos adicionales para ejercer derechos o actividades reglamentadas de manera general, ni afectar los establecidos en la ley.*

Parágrafo 1º. El Concejo Distrital de Bogotá podrá establecer formas de control policial sobre las normas de ordenamiento territorial, usos del suelo y defensa del patrimonio ecológico y cultural.

Parágrafo 2º. Las normas de policía y convivencia expedidas por el Concejo del Distrito Capital de Bogotá no están subordinadas a las ordenanzas.

7. PODER RESIDUAL DE POLICÍA

La Ley 1801 de 2016 estableció, sobre el poder residual de policía en cabeza de los demás concejos distritales y municipales, sus límites, alcances y definición, en los siguientes términos:

Artículo 13. Poder residual de policía. Los demás concejos distritales y los concejos municipales dentro de su respectivo ámbito territorial, podrán reglamentar residualmente los comportamientos que no hayan sido regulados por la ley o los reglamentos departamentales de policía, ciñéndose a los medios, procedimientos y medidas correctivas establecidas en la presente ley.

Estas corporaciones en el ejercicio del poder residual no podrán:

- 1. Establecer limitaciones, restricciones o normas adicionales a los derechos y deberes de las personas, que no hayan sido previstas o autorizadas por el legislador.*

2. Establecer medios, procedimientos o medidas correctivas diferentes a las previstas por el legislador.

3. Exigir requisitos adicionales para ejercer derechos o actividades reglamentadas de manera general, ni afectar los establecidos en la ley.

Parágrafo. Los concejos municipales y distritales podrán establecer formas de control policial sobre las normas de ordenamiento territorial, usos del suelo y defensa del patrimonio ecológico y cultural.

Así las cosas, tenemos que al poder de policía de las asambleas departamentales y el Concejo de Bogotá le llamaremos en adelante poder subsidiario de policía, y al que ostentan los demás concejos distritales y los municipales, poder residual de policía.

A propósito de los proyectos de ley que antecedieron a la expedición del Código Nacional de Policía y Convivencia, el maestro Olivar (2011) manifestaba:

Igualmente, las atribuciones constitucionales de los concejos municipales en materia de policía [...] i) reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda (Art. 313-7 CP) y ii) dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio (Art. 319-9, CP).

Estas facultades han de ser interpretadas como una autorización constitucional para establecer las normas necesarias para responder en estos dos ámbitos específicos a las particularidades y necesidades concretas de sus respectivos municipios, y no como una potestad autónoma o residual para establecer limitaciones o restricciones a los derechos constitucionales, entre ellas sanciones policivas, que no han sido previstas por el Congreso de la República.

Al igual que las asambleas departamentales, dentro del ámbito limitado de estas dos atribuciones policivas los concejos municipales deben obrar con pleno acatamiento de las normas legales y constitucionales aplicables, así como de las ordenanzas departamentales correspondientes, y sin ir más allá de las limitaciones o restricciones a los derechos que han sido previstas por el Legislador Nacional. (Torres Rico, 1995, p. 54)

Entonces, a partir de la entrada en vigor del Código Nacional de Policía y Convivencia, pasará a ser una incorrección en el lenguaje jurídico hablar de poder supletivo o supletorio de policía para referirse al poder de policía que ejercen

asambleas departamentales y consejos distritales y municipales. Se recoge así el *petitum* de un importante sector de la doctrina policivista que insiste en que el poder de policía que ejerce el Congreso de la República, dado su carácter especialísimo para la limitación de los derechos fundamentales y las garantías individuales, no puede ser suplido o sustituido por órganos de representación popular que no pueden expedir leyes.

En palabras del profesor Olivar Bonilla (2011):

Lo anterior significa que estas corporaciones, que son administrativas y no legislativas, no pueden dictar normas de policía en materias asignadas al Congreso. En este sentido, si se trata de lo que es materia de disposición legal y si el Congreso no dicta la norma, las asambleas no pueden dictarla porque estarían “legislando” sin competencia alguna. Estarían usurpando funciones al sustituir al órgano de la rama legislativa del poder público a pretexto de un poder de policía subsidiario que la Carta Fundamental no les ha conferido. El mandato superior les delimita este poder que la doctrina llama poder residual. Por esto, en el numeral 8º encontramos un residuo de ese poder y nada más. Es el alcance que tiene como excepción, hay que recordarlo; es taxativa y de interpretación restrictiva. (Olivar, 2011, p. 51)

8. PODER EXTRAORDINARIO DE POLICÍA

Finalmente, la Ley 1801 de 2016, en sus artículos 14 y 15, establece los límites, alcances y procedimiento de control del ejercicio del poder extraordinario de policía, el cual es definido como aquel de carácter transitorio que tienen los alcaldes y gobernadores para actuar ante las emergencias y desastres:

Artículo 14. Poder extraordinario para prevención del riesgo o ante situaciones de emergencia, seguridad y calamidad. Los gobernadores y los alcaldes, podrán disponer acciones transitorias de Policía, ante situaciones extraordinarias que puedan amenazar o afectar gravemente a la población, con el propósito de prevenir las consecuencias negativas ante la materialización de un evento amenazante o mitigar los efectos adversos ante la ocurrencia de desastres, epidemias, calamidades, o situaciones de seguridad o medio ambiente; así mismo, para disminuir el impacto de sus posibles consecuencias, de conformidad con las leyes que regulan la materia.

Parágrafo. Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en la Ley 9ª de 1979, la Ley 65 de 1993, Ley 1523 de 2012 frente a la condición de los mandatarios como cabeza de los Consejos de Gestión de Riesgo de Desastre y las normas

que las modifiquen, adicionen o sustituyan, con respecto a las facultades para declarar la emergencia sanitaria.

Artículo 15. Transitoriedad e informe de la gestión. Las acciones transitorias de policía señaladas en el artículo anterior, solo regirán mientras dure la situación de desastre o emergencia. La autoridad que las ejerza dará cuenta inmediata de las medidas que hubiere adoptado a la Asamblea Departamental y/o al Concejo Distrital o Municipal, en sus inmediatas sesiones, según corresponda.

En el caso en que se considere necesario darle carácter permanente a las acciones transitorias de policía dictadas de conformidad con lo establecido en el artículo anterior, los gobernadores y los alcaldes presentarán ante la Asamblea Departamental o el Concejo Distrital o Municipal, según corresponda, el respectivo proyecto, que será tramitado de la manera más expedita de conformidad con el reglamento interno de cada corporación.

Esta es una nueva arista del poder de policía, novedad del Código Nacional de Policía y Convivencia, sobre la cual solo puede decirse que tal vez presentó antecedentes en casos puntuales de ordenanzas y acuerdos habilitantes en algunas emergencias naturales, sanitarias, etcétera, pero respecto a la cual no hay casuística abundante en la jurisprudencia de las altas cortes, y por ello solo será posible evaluar su desarrollo una vez entre en vigencia la Ley 1801 de 2016.

CONCLUSIÓN

El poder de policía es la facultad que tiene el Estado para limitar los derechos individuales y las garantías fundamentales, con la finalidad de preservar el orden público, a través de la ley, y sus limitantes y alcances los constituye la Carta Política. Mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, las autoridades de policía, en uso del poder de policía, pueden expedir reglamentos de policía, que no son otra cosa que actos administrativos generales, impersonales y abstractos, que pueden ser objeto de revocatoria y, por supuesto, de control por parte de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

El recuento histórico y jurisprudencial que se ha hecho permitió constatar la influencia de las dos vertientes que han estudiado el concepto: por una parte, la doctrina del servicio público del derecho administrativo francés y su concepto de orden público y, por otra parte, la vertiente anglosajona, con el concepto moderno de *police power*, distinto al de poder de policía acogido por la doctrina policivista y la jurisprudencia a partir de 1982.

A partir de la entrada en vigencia del Código Nacional de Policía y Convivencia, se denominará poder subsidiario de policía a esta facultad cuando esté en cabeza de las asambleas departamentales y el Concejo de Bogotá, y poder de policía residual al que les corresponde a los demás concejos distritales y municipales para lo de su competencia. La Ley 1801 dispuso, entre otras materias, sobre una nueva vertiente del poder de policía: el poder de policía extraordinario de carácter temporal y excepcional que tendrán gobernadores y alcaldes para conjurar las emergencias.

REFERENCIAS

- Código Nacional de Policía y Convivencia (2016). Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1801_2016.html
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera (10 de mayo de 2012). Apelación Sentencia Expediente: 25000232400020060030901 [CP Marco Antonio Velilla Moreno].
- Consejo de Estado, Sección Primera (13 de noviembre de 1979). Auto 3098. NR: 209272 469-CE-SEC1-1979-11-13.
- Consejo de Estado, Sección Primera (1º de enero de 1992). Expediente 1831 [CP Libardo Rodríguez Rodríguez].
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo (10 de diciembre de 1991). Sentencia 1115-8825, Reconstrucción-DE 2825/1985 [CP Álvaro Lecompte Luna].
- Corte Constitucional de Colombia (27 de enero de 1994). Sentencia C-024 [MP Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional de Colombia (26 de junio de 2002). Sentencia C-492 [MP Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional de Colombia (24 de septiembre de 2002). Sentencia C-790 [MP Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional de Colombia (9 de junio de 2005). Sentencia C-593 [MP Manuel José Cepeda Espinosa].
- Corte Constitucional de Colombia (5 de noviembre de 2014). Sentencia C-813 [MP Martha Victoria SÁCHICA Méndez].

- Corte Suprema de Justicia, Sala Plena (27 de enero de 1977). Sentencia aprobada, acta número 3 [MP Luis Sarmiento Buitrago].
- Corte Suprema de Justicia, Sala Plena (21 de abril de 1982). Sentencia 9 [MP Manuel Gaona Cruz].
- Olivar Bonilla, L. (1995). *El derecho de policía y su importancia en la sociedad colombiana*. Bogotá: Editorial Linotipia Bolívar.
- Olivar Bonilla, L. (2010). *Aspectos básicos del derecho de policía*. Bogotá: Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico Sociales Gerardo Molina.
- Olivar Bonilla, L. (2011). *Derecho de policía. Estudio crítico proyectos: Código Nacional de Policía 2008 y Código de Convivencia Ciudadana 2010*. Bogotá: Torreblanca Agencia Gráfica.
- Rodríguez, L. (2013). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.
- Torres Rico, R. (1995). *Derecho de policía*. Bogotá: Editorial Librería del Profesional.
- Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B (2 de noviembre de 2006). Sentencia Expediente 2003-303 [MP Carlos Enrique Moreno Rubio].
- US Supreme Court (1827). Brown versus Maryland, 25 US (12 Wheat.) 419. Recuperado de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/25/419/case.html>

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

Nº
47

234

A responsabilidade civil da família na educação ambiental

Civil liability of family in environmental education

*Maria Flávia Cardoso Máximo**

Fecha de recepción: 6 de junio de 2017

Fecha de aceptación: 11 de noviembre de 2017

RESUMO

O objetivo deste artigo é desenvolver uma abordagem da responsabilidade civil da família na educação ambiental. Vivemos numa era tida por muitos como pós-moderna, na qual enfrentamos uma grande crise. Crise de valores sociais, éticos, comportamentais, conceituais, políticos, culturais, educacionais, ambientais e diversos mais. Para toda ação do homem, há uma reação da natureza. Ficamos à mercê dos riscos oriundos da própria sociedade, mas que serão respondidos, ou não, pela própria natureza. Fato é que a natureza e sociedade caminham juntas e, a cada dia, uma nova consciência ecológica e um poder cognitivo voltado para o “verde” não se ser infundidos na sociedade. Para isso, um único caminho leva à esperança do desenvolvimento sustentável: a educação ambiental; por sua vez, à família, cabe o notório papel de ser um condutor indispensável; assim, a omissão do ente familiar na obrigação descrita deve acarretar consequências jurídicas, em especial no que tange à responsabilidade civil.

Palavras-chave: educação ambiental; família; responsabilidade civil; sociedade.

ABSTRACT

The purpose of this article is to develop an approach to family civil liability in environmental education. We live in an era considered by many as post-modern in which we face a major crisis. Crisis of social values, ethical, behavioral, conceptual, political, cultural, educational, environmental and many more. For every human action there is a reaction of nature. We were at the mercy of the risks arising from the society itself but that will be answered, or not, by the nature. Fact is that nature and society belong together and every day a new ecological awareness and a cognitive power for "green" will be infused in society. For that, one way leads to the hope of sustainable development - namely environmental education - and the family plays the notorious role of being its indispensable driver, thus omitting the

* Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (2003). Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Atualmente é advogada sócia do escritório Castro Máximo e Pereira Advogados Associados, professora de Ética Profissional da Escola Superior Dom Helder Câmara e diretora da Associação de Dirigentes Cristãos de Empresa (ADCE-MG) e do Instituto Brasileiro de Direito de Família de Minas Gerais (IBDFAM-MG). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Família. E-mail: mfmáximo@gmail.com

family being obliged described, should lead legal consequences particularly with regard to civil liability .

Keywords: society; environmental; education; civil liability; family.

INTRODUÇÃO

A Revolução Industrial deu partida ao avanço científico-tecnológico social. A partir de então, esse processo nunca mais foi interrompido e assim deverá prosseguir. Novas formas de desenvolvimento são descobertas a cada dia em velocidades recordes sequer imagináveis ou executáveis pelo homem, independente da máquina. Trata-se de um caminho sem retroatividade. Várias podem ser as estradas, mas a direção é uma apenas: para “frente e avante”.

Assim, a produção de riquezas aumenta de forma acelerada e desgovernada. E, diante desta sociedade chamada de “pós-moderna”, a produção de uma autoameaça cresce em proporção ao seu desenvolvimento industrial. Constata-se que a autoameaça é originária dos riscos produzidos pela própria sociedade, uma vez que é ela (a sociedade) quem produz seus riscos através do desenvolvimento tecnológico-científico-industrial. Riscos que têm como principais características a invisibilidade, imperceptibilidade, imprevisibilidade, transterritorialidade e transgeracionalidade.

Diante dos riscos já experimentados e considerando aqueles que estão por vir, não existe mais espaço para a visão antropocêntrica. Insistir nessa concepção levará a todos à extinção.

São necessárias novas concepções a fim de que se alcance o desenvolvimento sustentável, como a adoção de uma nova ética para a civilização tecnológica, o princípio de responsabilidade defendido por Hans Jonas —a preocupação com o *ser*, não apenas o *ser* humano—, bem como a necessidade da consciência biocêntrica do homem —este considerado apenas um dos elementos da biodiversidade, longe da posição central.

Para que esses novos conceitos e raciocínios se concretizem em práticas sociais voltadas ao desenvolvimento sustentável, são necessárias novas formas de pensar e agir, individual e coletivamente, nas quais ganha destaque a educação ambiental.

O propósito do presente artigo é elucidar a resposta das seguintes questões: qual o papel da entidade familiar na educação ambiental? A família é responsável pela educação ambiental? Pode-se caracterizar a sua responsabilidade civil? E quanto ao laço parental: qual a função dos pais na educação ambiental? Na omissão desse dever, estes serão responsáveis civilmente pelos atos praticados por seus filhos?

Nesse compasso, justifica-se o tema escolhido pela pertinência da problemática que a atualidade suporta, tendo em vista que novas tecnologias surgem a

cada segundo, e nem sempre estas coadunam com as práticas que zelam pela conservação ambiental. Contudo, a educação ambiental se mostra arma eficaz e indispensável na prevenção, precaução, recuperação e/ou restauração de danos ambientais. Assim, busca-se respostas a contribuir com o desenvolvimento sustentável por via da temática da família como um dos agentes responsáveis pela educação ambiental.

Destarte, foram adotados o método vertente jurídico-teórico e o raciocínio dedutivo como técnicas de pesquisa bibliográfica.

Portanto, num primeiro momento, serão delineados conceitos abarcados pela filosofia do Direito: “sociedade de risco”, “desenvolvimento sustentável” e “noção de escolaridade e educação”; em seguida, serão realizadas análises com base nas pesquisas bibliográficas e no estudo de quadros comparativos; por fim, propõe-se o raciocínio dedutivo, considerando as legislações e normas brasileiras a respeito da essencialidade da educação ambiental e da família como também responsável.

Sobreviver na modernidade reflexiva —sociedade de risco— é um desafio para toda a humanidade, e a esperança segue um único caminho: a educação ambiental.

1. OS EFEITOS DA SOCIEDADE DE RISCO E A MODERNIDADE REFLEXIVA DE ULRICH BECK

A produção de riquezas, gerada gradativamente pelo desenvolvimento científico-tecnológico, desencadeia paralelamente uma produção social de riscos.

Nas palavras de Ulrich Beck (2011), “ainda não vivemos numa sociedade de risco, mas tampouco somente em meio a conflitos distributivos das sociedades da escassez” (p. 25). Estamos na fase histórico-social de transição à qual damos o nome de “modernidade reflexiva”, também chamada de “segunda modernidade” ou “pós-modernidade”. Para o sociólogo alemão:

Na autocompreensão da Sociedade de Risco, a sociedade se faz reflexiva em três sentidos: (1) Em primeiro lugar, se converte em uma questão e um problema em si mesma: os perigos globais estabelecem reciprocidade mundial e, de fato, os contornos de uma (potencial) esfera pública global começam a tomar forma. (2) Em segundo lugar, a globalidade percebida de uma civilização que coloca a si própria em perigo desencadeia um impulso, moldável politicamente para o desenvolvimento de instituições internacionais de cooperação. (3) Em terceiro lugar, as fronteiras políticas

começam a ser removidas: aparecem constelações em uma subpolítica que é, de forma simultânea, global e direta, e que evita ou minimiza as coordenadas e coligações da política do Estado-nação e que pode levar a “alianças de crenças mutuamente exclusivas” de alcance global. (Beck, 2002, p. 30; nossa tradução)

Assim, a sociedade torna-se reflexiva a partir do momento que sua produção de riquezas se torna uma ameaça a ela própria. Se, por um lado, o desenvolvimento tecnocientífico traz avanços, por outro, coloca a todos em risco —sem exclusão de idade, raça, sexo, posição social ou qualquer outra forma de distinção— “convertendo-se a si mesmo em tema e problema” (Beck, 2011, p. 24). E, por isso, a razão de ser chamada “sociedade de risco”.

Riscos produzidos socialmente, ainda que a sociedade não os deseje. Riscos que, uma vez originados, não há como determinar e/ou controlar sua ocorrência, seu alcance, sua forma e, tampouco, suas consequências. Riscos de alcance globalizado e, portanto, “sociedade de risco global”.

No mundo contemporâneo, os riscos estão em todos os lugares. As mudanças estão acontecendo cada vez mais rapidamente e em maior grau e intensidade. Em outras fases da história, a experiência dos riscos nunca foi tão abrangente e profunda como nos últimos tempos. E, pelo que se mostra, se providências responsáveis não forem tomadas, a tendência é só piorar. A incerteza passou a ser uma característica marcante de nossa época.

2. DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Em 1962, Rachel Carson (1972) já alertava a humanidade:

NÓS ESTAMOS AGORA onde duas estradas se divergem. Mas, ao contrário das estradas em poema familiar de Robert Frost, elas não são igualmente justas. O caminho que temos vindo na longa viagem é enganosamente fácil, uma autoestrada lisa em que progredimos com grande velocidade, mas na sua extremidade encontra-se um desastre. A outra bifurcação da estrada —a “menos percorrida”— oferece o nosso último, a nossa única chance de chegar a um destino que assegura a preservação da nossa terra¹. (p. 277; nossa tradução)

1 “WE STAND NOW where two roads diverge. But unlike the roads in Robert Frost’s familiar poem, they are not equally fair. The road we have long been traveling is deceptively easy, a smooth superhighway on which we progress with great speed, but at its end lies disaster. The other fork of the road — the one ‘less traveled by’ — offers our last, our only chance to reach a destination that assures the preservation of our earth”.

Dez anos após, em 1972, o Clube de Roma², ao estudar e comparar dados do crescimento populacional com o crescimento da produção de alimentos, de recursos não renováveis e da absorção da poluição, publicou a obra *Limites para o Crescimento* (*The Limits to Growth*), na qual se chegou à seguinte conclusão:

Agora que estamos buscando um “melhor” resultado, devemos definir a nossa meta para o sistema de forma mais clara possível. Estamos à procura de uma saída de modelo que representa um sistema mundial que é: 1. sustentável sem colapso súbito e incontrolável; e 2. capaz de satisfazer as necessidades de materiais básicos de todos os seus cidadãos³. (Meadows et al., 1972, p. 158; nossa tradução)

É notório que, nos últimos anos, a escassez de recursos naturais e a proliferação da pobreza só têm aumentado e, diante dessa tangível realidade social de riscos, a adoção de políticas e educação sustentáveis passa a ser condição *sine qua non* ao desenvolvimento.

Em 1987, em cumprimento ao apelo urgente da Assembleia-geral das Nações Unidas, a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, à época presidida pela norueguesa Gro Harlem Brundtland, lançou o documento *Our Common Future* (*Nosso Futuro Comum*, tradução nossa), através do qual o desenvolvimento sustentável foi conceituado como aquele que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem as suas próprias (United Nations, 1987, p. 1).

Ao longo dos anos, o conceito de desenvolvimento sustentável vem sendo reformulado, tendo em vista a sua ambivalência, segundo a concepção de Claude Raynaut (2004):

A noção de “desenvolvimento sustentável” é relativa. Ela varia em função de quem a utiliza e de onde ele se situa —no tempo e no espaço— para definir seu conteúdo. A sustentabilidade para uma comunidade local à procura dos meios da sua reprodução física e social no seu ambiente de vida não vai ter o mesmo significado para um movimento ambientalista que pretende preservar a “Mata Atlântica”, elemento do patrimônio mundial ou para uma empresa que busca “externalizar” os danos ambientais que causa no

2 O Clube de Roma é uma organização independente sem fins lucrativos. A função do Clube de Roma é debater as causas principais e as crises que o mundo enfrenta atualmente como a sustentabilidade ambiental, o crescimento econômico, o consumo de recursos, a paz, a segurança e a demografia. O Secretariado Internacional do Clube está localizado em Wintherthur, Suíça. Ver mais em: < <http://www.clubofrome.org/?p=4764>>.

3 “Now that we are seeking a ‘better’ result, we must define our goal for the system as clearly as possible. We are searching for a model output that represents a world system that is: 1. sustainable without sudden and uncontrollable collapse; and 2. capable of satisfying the basic material requirements of all of its people”.

seu entorno, exportando os resíduos para zonas longínquas. Quando se fala de sustentabilidade, devemos sempre nos perguntar: “sustentabilidade para quem?” (p. 31)

Por outro lado, segundo Enrique Leff (2006, p. 137), o termo “sustentabilidade” deve incluir dois significados: o primeiro, traduzível como sustentabilidade, implica a incorporação das condições ecológicas —o poder de renovação da natureza, a diluição de contaminadores, a dispersão de dejetos— do processo econômico; o segundo, que se traduz como desenvolvimento sustentado, requer o perdurar no tempo do progresso econômico.

Certo é que o desenvolvimento sustentável faz exigências muito especiais. Ele nos obriga a viver dentro dos limites de tolerância da natureza e a observar o valor dos processos dos ecossistemas. No entanto, o homem encontra dificuldades para se adaptar a todas essas restrições.

Necessário ainda que se eduquem as presentes e futuras gerações a fim de respeitar o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Afinal, não é possível a sustentabilidade sem os conceitos de igualdade, ética e justiça. Tudo isso com vistas a um planeta de desenvolvimento sustentável, um planeta melhor.

3. DA NECESSIDADE DA EDUCAÇÃO AMBIENTAL NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA SOCIEDADE DE RISCO GLOBAL

Ulrich Beck, através de sua respeitada obra *Sociedade de risco*, publicada em 1986, na Alemanha, começa sua tese fazendo uma análise histórica na qual afirma que o século XX foi marcado por catástrofes. É nesse ponto que o sociólogo nos coloca diante da seguinte questão: se todo sofrimento, toda miséria e toda violência poderiam de certa forma, até então, ser segregados, “reservado à categoria dos “outros” —judeus, negros, mulheres, refugiados, dissidentes, comunistas etc.” (Beck, 2011, p. 7), diante do acidente de Chernobyl, qualquer separação social perde completamente sua força.

Beck usa Chernobyl como exemplo para comprovar que os perigos da era nuclear não fazem qualquer distinção social. “Aí reside a novidade de sua força cultural e política. Sua violência é violência do perigo, que suprime todas as zonas de proteção e todas as diferenciações da modernidade” (Beck, 2011, p. 7).

Registre-se que o acidente *humano* de Chernobyl foi apenas a alavanca inicial de todo o processo de transição, uma vez que o homem se viu acuado diante de um desastre consequente do desenvolvimento científico-tecnológico social,

porém rendido à natureza no que tange à extensão dos prejuízos que lhe seriam causados, como de fato ocorreu.

Sobre uma questão não pairam dúvidas no debate sociológico atual: vivemos num tempo de crise. Essa crise é de responsabilidade de quem? Da sociedade de risco global? Do homem? Da política? Da cultura? Da natureza? Ou de todos?

Diante da realidade vivida pela sociedade moderna, esta não mais suporta pacificamente seus conceitos e estruturas de educação confundidos com o conceito de escolaridade. Sabe-se que continuar sob os prismas até então seguidos pode levá-la ao seu fim.

Isso porque antecipar-se à ocorrência dos danos ambientais se faz inescusável na preservação de toda a biodiversidade protegida pelos Princípios da Prevenção e Precaução.

Lado outro, uma dúvida submerge: quem é o responsável pela educação ambiental?

Se a natureza segue seu próprio caminho, ao mesmo tempo sobre ela são aplicadas forças — industriais, tecnocientíficas e humanas— resultantes da falta de educação ambiental, desencadeando, assim, riscos e insegurança globalizada.

Conforme pontua Beck (2011):

A oposição entre natureza e sociedade é uma construção do século XIX, que serve ao duplo propósito de controlar e ignorar a natureza. A natureza foi subjugada e explorada no final do século XX e, assim, transformada de fenômeno externo em interno, de fenômeno predeterminado em fabricado. Ao longo de sua transformação tecnológico-industrial e de sua comercialização global, a natureza foi absorvida pelo sistema industrial. (p. 9)

Diante do atual contexto social relatado, no qual os riscos são produzidos como consequência do desenvolvimento tecnocientífico, da relação existente entre homem e natureza (sendo aquele parte desta) e do impacto que ele causa no meio ambiente, torna-se extremamente importante abordar o tema da educação ambiental.

Incontestável também o papel fundamental que a educação ambiental exerce na busca pelo desenvolvimento sustentável. De acordo com Reis e Kiwongui (2014):

A educação ambiental visa difundir conhecimentos e valores para promover comportamentos e desenvolver habilidades necessárias para participar, res-

ponsável e eficazmente, da prevenção e da busca de solução aos problemas da vida humana assegurando a qualidade do meio ambiente. Razão pela qual, atualmente, a educação ambiental é também ou dominada educação para o desenvolvimento sustentável. (p. 82)

Nas palavras de Martins e Sanches (2012):

[...] sabemos que somente a educação continuada e contextualizada desenvolve a sustentabilidade de vida que todo ser humano precisa, por isso uma educação sustentável precisa ser construída, sendo fundamental, inicialmente, importar-se consigo mesmo para depois cuidar do mundo, sendo viável cuidar primeiramente da sustentabilidade individual para depois discutir e cuidar da sustentabilidade coletiva. A sustentabilidade individual somente se realiza com educação sustentável, uma educação resultante de inter-relações pessoais de crescimento, interesse pelos estudos, pesquisas, conhecimentos de humanidade ética e inovação tecnológica.

A educação sustentável é imprescindível para o desenvolvimento da compreensão do ser humano a respeito do cuidado com o meio ambiente, sobretudo, no tocante ao alerta sobre a necessidade de adotar um comportamento sustentável. (pp. 75-76)

Segundo Kociszewska, Małgorzata:

Ecological education shows the dependence of man from the environment and teaches responsibility for changes made to the natural environment, awakens people's sensitivity to environmental problems, encourages to find the causes by oneself and predict the effects of various natural phenomena occurring in nature or forced by human activities. Ecological education has an environmental dimension that includes three components, namely education about the environment as a source of knowledge, a comprehensive skills development, education about the environment, showing the relations and dependencies between the environment and man, and education for the environment consisting in developing the responsibility of people for their conduct in relation to the natural environment. Combining these three components in practice, that is, skills, understanding and values is the ultimate goal of education for the environment⁴.

- 4 Educação ecológica mostra a dependência do homem em relação ao meio ambiente e ensina a responsabilidade por alterações feitas no ambiente natural, desperta a sensibilidade das pessoas para os problemas ambientais, encoraja a encontrar as causas por si mesmo e prever os efeitos de vários fenômenos naturais que ocorrem na natureza ou forçados por atividades humanas. Educação ecológica tem uma dimensão ambiental que inclui três componentes, nomeadamente a educação sobre o meio ambiente como fonte de conhecimento, um desenvolvimento de competências abrangente; a educação sobre o meio ambiente, a qual mostra as relações e as dependências entre o ambiente e o homem, e a educação para o meio ambiente, que consiste

Portanto, se é certo que a sociedade desenvolvida científica e tecnologicamente produz seus próprios riscos, e se, como já comprovado, sobre a natureza não exerce o homem nenhum controle, restam ao ser humano dois caminhos: alcançar (e sofrer) essas conclusões às custas de grandes perdas e danos sociais ou tentar a convivência pacífica com a mãe-natureza através de estudos e debates na Educação Ambiental.

A Carta de Belgrado (Unesco), datada de 1975, é o marco da educação ambiental; através dela, buscou-se um compromisso global.

Governos e formuladores de políticas podem ordenar mudanças e novas abordagens para o desenvolvimento, podem começar a melhorar as condições de convívio do mundo, mas tudo isso não passa de soluções de curto prazo, a menos que a juventude mundial receba um novo tipo de educação. Esta implicará um novo e produtivo relacionamento entre estudantes e professores, entre escolas e comunidades, e entre o sistema educacional e a sociedade em geral.

Destaca-se, precisamente, o Tratado de Educação Ambiental para Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global, que, por ocasião da Rio-92, considerou a educação ambiental para uma sustentabilidade equitativa como um processo de aprendizagem permanente, baseado no respeito a todas as formas de vida, bem como celebrou o seguinte compromisso dos países signatários:

Nós, signatários, pessoas de todas as partes do mundo, comprometidos com a proteção da vida na Terra, reconhecemos o papel central da educação na formação de valores e na ação social. Comprometemo-nos com o processo educativo transformador através de envolvimento pessoal, de nossas comunidades e nações para criar sociedades sustentáveis e equitativas. Assim, tentamos trazer novas esperanças e vida para nosso pequeno, tumultuado, mas ainda assim belo planeta.

A educação ambiental desde então é um projeto transformador, desafiador, crítico e político, um processo permanente voltado para a vida.

4. EDUCAÇÃO VERSUS ESCOLARIZAÇÃO

Importante compreender ainda os conceitos de educação e escolarização. Em uma análise etimológica dessas palavras, tem-se que:

em desenvolver a responsabilidade das pessoas pelo seu comportamento em relação ao ambiente natural. Combinar esses três componentes na prática, isto é, habilidades, conhecimento e valores, é o objetivo final da educação para o meio ambiente (nossa tradução).

Educação —se origina de “Educare” que, em Latim, significa “educar, instruir”, “criar”. Essa palavra é composta por ex, “fora”, e ducere, “guiar, conduzir, liderar”. A ideia de que introduzir alguém ao mundo através da instrução era como “levar uma pessoa para fora” de si mesma, mostrar o que mais existe além dela.

Escolarização —se origina de “Escola”: em grego, paradoxalmente, Skholé significava “descanso, folga, ócio”. Como era nesses momentos que as pessoas conversavam e discutiam sobre os mais diversos assuntos, a palavra acabou tendo o significado de “lugar onde se estuda”.

Segundo Mario Sergio Cortella⁵:

Não se confunda Educação com Escolarização! Escolarização é uma parte da Educação, e não toda ela. A responsabilidade pela Educação dos filhos é da Família, de modo original, e do Poder Público, de modo subsidiário, faz Escolarização e a Família com ela conta na Educação dos filhos; contudo, a Escola não pode desconsiderar que a Família tem dificuldades nessa tarefa e, aí, só uma parceria, um mutirão entre ambas, poderá apoiar uma formação mais decente e socialmente relevante das novas gerações. Paulo Freire bem lembrava: “não é a Escola por si que fará a mudança social, mas, sem a Escola, esta mudança não será feita”⁶.

Assim, conceitua-se educação como a transferência de conhecimentos imprescindíveis para a prática da vida. Através dos hábitos, costumes e valores, um indivíduo transfere a outro suas percepções e crenças. De geração em geração, a educação vai se formando através de situações presenciadas e vividas por cada indivíduo.

Por sua vez, entende-se por escolaridade o tempo de frequência ou de permanência dos alunos na escola. Período de estudo, de aprendizagem ou de educação, necessariamente, numa instituição escolar. É o conhecimento obtido por um aluno durante seu tempo na escola.

Observe-se que há um sentido muito mais amplo, complexo e imensurável no conceito de educação do que no de escolaridade.

5 Mestre e doutor em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde também é professor titular do Programa de Pós-graduação em Educação. Cortella é discípulo de Paulo Freire, grande mestre da pedagogia no Brasil.

6 Entrevista com Mário Sérgio Cortella, datada de 2013, na 13ª edição da Feira do Livro de Ribeirão Preto. Ver: <<http://www.feiradolivroribeirao.com.br/media/upload/livretos/cortella.pdf>>

5. DO PAPEL DA FAMÍLIA COMO RESPONSÁVEL PELA EDUCAÇÃO AMBIENTAL

Feitas as conceituações acima, passemos ao objeto maior de estudo deste artigo, qual seja: a responsabilidade da família na educação ambiental.

5.1. Da previsão constitucional no Brasil sobre a responsabilidade da família na educação ambiental

Ao se fazer uma análise do estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conclui-se que a responsabilidade pela educação ambiental, além de ser do Estado, poderá ser imputada também à família. Vejamos as fundamentações.

Primeiro, a educação é assegurada pelo artigo 205 como um “direito de todos e dever do Estado e da família”.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (nossos grifos)

Segundo, no capítulo que trata sobre o meio ambiente, está garantido pelo artigo 225 que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (nossos grifos).

Nesse ponto, é importante se ater ao fato de que a família se inclui no conceito de coletividade, impondo-se a ela o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Terceiro, a responsabilidade pela educação ambiental se consolida no artigo 227, que confere à família a responsabilidade de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação (inclusive a ambiental), à cultura e à dignidade, conceitos que fazem parte de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Assim, constata-se que não há como a família se eximir de sua responsabilidade pela educação ambiental, assegurada pela Constituição Federal, no Estado brasileiro; afinal, o desenvolvimento sustentável envolve a sociedade como um todo, incluindo a família.

5.2. Da Lei 9.795/1999 que dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências

Foi a Lei 9.795, de 27 de abril de 1999, em seu artigo 1º, que conceituou educação ambiental no Brasil como:

Processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

De fato, a educação ambiental claramente transcende as fronteiras da educação formal no âmbito escolar. A publicação da referida lei reafirma o caráter não formal da educação ambiental.

Art. 20. A educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal.

A família, ao se inserir no conceito de sociedade, tem papel vital na contínua educação ambiental, sendo ela uma das responsáveis na sua preservação.

Art. 30. Como parte do processo educativo mais amplo, todos têm direito à educação ambiental, incumbindo:

I — ao Poder Público, nos termos dos arts. 205 e 225 da Constituição Federal, definir políticas públicas que incorporem a dimensão ambiental, promover

a educação ambiental em todos os níveis de ensino e o engajamento da sociedade na conservação, recuperação e melhoria do meio ambiente;

II — às instituições educativas promover a educação ambiental de maneira integrada aos programas educacionais que desenvolvem;

III — aos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente — Sisnama, promover ações de educação ambiental integradas aos programas de conservação, recuperação e melhoria do meio ambiente;

IV — aos meios de comunicação de massa, colaborar de maneira ativa e permanente na disseminação de informações e práticas educativas sobre meio ambiente e incorporar a dimensão ambiental em sua programação;

V — às empresas, entidades de classe, instituições públicas e privadas, promover programas destinados à capacitação dos trabalhadores, visando à melhoria e ao controle efetivo sobre o ambiente de trabalho, bem como sobre as repercussões do processo produtivo no meio ambiente;

VI — à sociedade como um todo, manter atenção permanente à formação de valores, atitudes e habilidades que propiciem a atuação individual e coletiva voltada para a prevenção, a identificação e a solução de problemas ambientais. (grifo nosso)

Assim, é incontestável que a família possui um papel vital e basilar ao moldar significativamente a forma como seus integrantes respondem às intervenções educativas externas, formais e não formais —como as do Poder Público, das escolas, das instituições educativas, empresas ou da comunidade— concebidas para aumentar o conhecimento ambiental, mudar as atitudes e modificar comportamentos específicos que são indiferentes à problemática ambiental.

Outro destaque deve ser dado aos objetivos fundamentais da educação ambiental firmados pela Lei em estudo, quais sejam os enumerados pelo artigo 5º:

I — o desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos;

II — a garantia de democratização das informações ambientais;

III — o estímulo e o fortalecimento de uma consciência crítica sobre a problemática ambiental e social;

IV — o incentivo à participação individual e coletiva, permanente e responsável, na preservação do equilíbrio do meio ambiente, entendendo-se a defesa da qualidade ambiental como um valor inseparável do exercício da cidadania;

V — o estímulo à cooperação entre as diversas regiões do País, em níveis micro e macrorregionais, com vistas à construção de uma sociedade ambientalmente equilibrada, fundada nos princípios da liberdade, igualdade, solidariedade, democracia, justiça social, responsabilidade e sustentabilidade;

VI — o fomento e o fortalecimento da integração com a ciência e a tecnologia;

VII — o fortalecimento da cidadania, autodeterminação dos povos e solidariedade como fundamentos para o futuro da humanidade.

Diante de todo o exposto, e configurada a responsabilidade da família na educação ambiental, finalmente, nos resta a última questão: a família brasileira tem cumprido com seu dever? Poderá ela ser condenada amanhã pelos danos ambientais causados por sua ação e/ou omissão?

5.3. Das práticas ambientais positivas ao desenvolvimento sustentável advindas do seio da família brasileira

A vida cotidiana é transcorrida em rotinas e hábitos da família, que incluem as práticas que são tidas como cruciais ao desenvolvimento sustentável, tais como: a reciclagem dos lixos, o consumo consciente e equilibrado de água, energia e combustível, a utilização de fontes de energia e práticas menos agressivas ao meio ambiente, tendo como orientação novos conceitos educadores para a sustentabilidade, bem-estar coletivo, preservação da biodiversidade.

A dinâmica da família e seu ambiente doméstico influenciam na aprendizagem, cognitiva e social, de seus integrantes, mas a família brasileira tem obtido resultados positivos nessa concepção?

O problema maior é que pouco se sabe sobre a relação entre a disponibilidade ou não de recursos domésticos e interesse das crianças, a preocupação ou compromisso com o meio ambiente; pouco se dá atenção à educação ambiental inserida no seio familiar.

Lamentavelmente, a sociedade subestima a importância dos pais e a influência do lar na educação para o ativismo ambiental e o desenvolvimento sustentável.

Em um levantamento realizado pelo Instituto Akatu, em 2012, que contou com o patrocínio do Grupo Pão de Açúcar, da Natura, da Nestlé e da Unilever, foram entrevistadas 800 pessoas com mais de 16 anos de idade, de todas as classes sociais e de 12 capitais e/ou regiões metropolitanas de todo o Brasil. Através da pesquisa realizada, o Instituto Akatu registrou que os consumidores brasileiros mantêm as práticas cotidianas de consumo consciente, bem como possuem maior interesse e preocupação com o desenvolvimento sustentável.

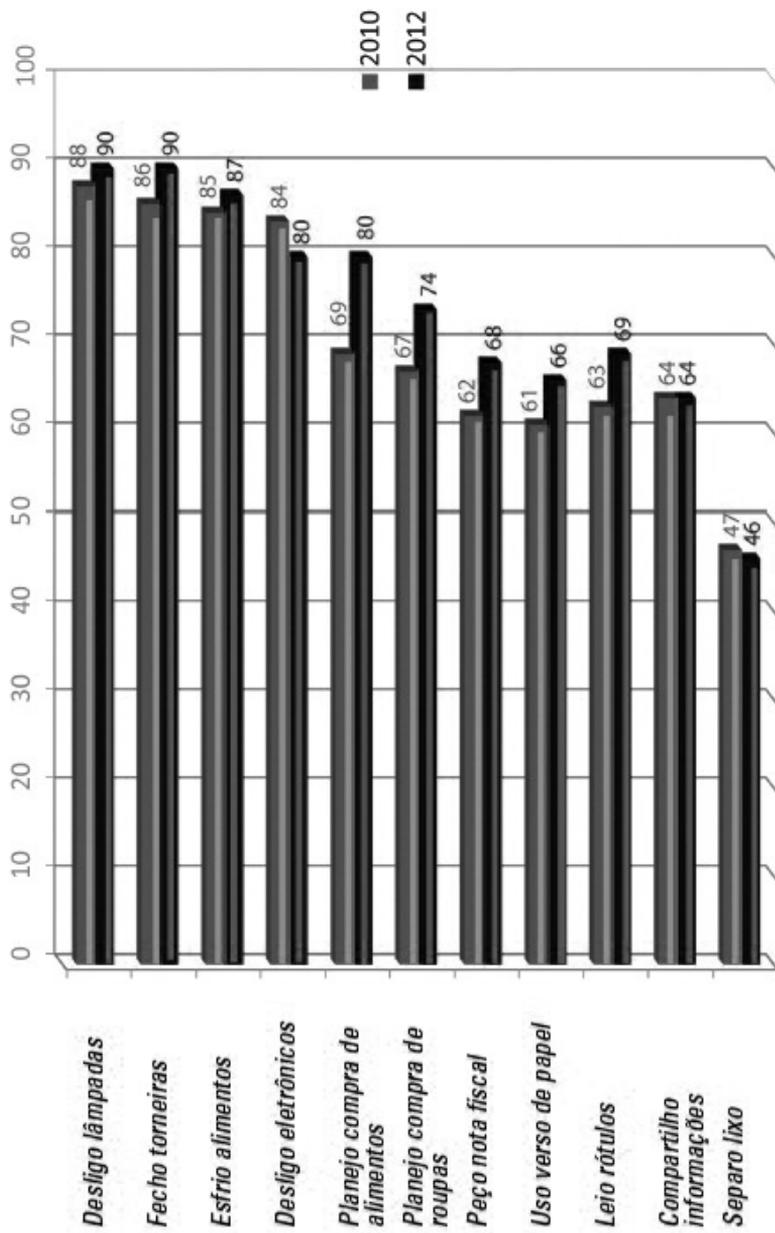
É incontestável que a família influencia na formação do cidadão consciente de adoção de práticas em prol do meio ambiente e necessárias ao desenvolvimento sustentável. É justamente essa a educação ambiental sobre a qual a família é responsável, aquela que vem “de casa”. Afinal, o que impedirá um cidadão de jogar uma latinha de alumínio na rua se, em seu próprio lar, não possui o conhecimento e o exemplo de reciclá-la?

6. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS NA EDUCAÇÃO AMBIENTAL

Hans Jonas (2011), em sua obra *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*, afirma que:

A educação da criança inclui a introdução no mundo dos homens, começando com a linguagem e seguindo com a transmissão de todo o código de crenças e normas sociais, cuja apropriação permite que o indivíduo se torne membro da sociedade mais ampla. O privado se abre para o público e incorpora-o como parte integral do Ser pessoa. Em outras palavras, o “cidadão” é um objeto imanente da educação, e assim parte da responsabilidade dos pais, não só por causa de uma imposição do Estado. (p. 18)

Através de estudo realizado e se valendo do Direito Comparado, nada se encontrou acerca de algum julgado proferido até maio de 2015, no qual se houvesse condenado uma família à responsabilidade civil por dano ambiental. Mas é possível direcionar o tema da responsabilidade civil pelos danos ambientais aos pais (que respondem pelos filhos menores), para o qual há, sim, embasamento legal e jurisprudências sobre a questão.



Gráfica 1. Direito Comparado, responsabilidade civil pelos danos ambientais aos pais
 Fonte: Pesquisa Instituto Akatu 2012 — Rumo à Sociedade do Bem-estar⁷

7 Recuperado de <http://www.akatu.org.br/pesquisa/2012/PESQUISA_AKATU.pdf>

6.1. Da previsão legal da responsabilidade civil dos pais na legislação brasileira

A Constituição Federal em seu artigo 229 preconiza que: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

O artigo 932, I, do Código Civil vigente, considera também responsáveis “os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia”.

A partir daí, verifica-se a responsabilidade civil dos pais pelos prejuízos causados por ação ou omissão de seus filhos menores, educados ou não ambientalmente.

No Código Civil de 1916, no artigo 1.521, I, essa previsão assim era redigida: “Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia”. Destaque-se que a diferença entre as normas é a mudança da expressão “sob seu poder” para “sob sua autoridade”. O que dá margem ao entendimento de que se antes bastava o pátrio poder para ser responsabilizado, hoje, tendo em vista o número de pais divorciados e novos modelos de família, a princípio, a presunção de responsabilidade dos pais resulta antes da guarda que do poder familiar.

Ocorre que, por força do artigo 1.579, o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, ainda que um dos pais contraia novo casamento, ou ambos se casem novamente, não poderá importar restrições aos direitos e deveres previstos.

A Lei 8.069/1990 —Estatuto da Criança e do Adolescente—, no artigo 22, também é clara: “aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.”

Portanto, ainda que não possua a guarda, responde o genitor pela falta na educação de seu filho, independentemente de divórcio ou de seu distanciamento na convivência diária. É esse também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

RESP 777327 / RS — RECURSO ESPECIAL 2005/0140670-7

Ministro MASSAMI UYEDA

DJe 01/12/2009

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS ATOS ILÍCITOS DE FILHO MENOR

— PRESUNÇÃO DE CULPA — LEGITIMIDADE PASSIVA, EM SOLIDARIEDADE, DO

GENITOR QUE NÃO DETÉM A GUARDA — POSSIBILIDADE — NÃO OCORRÊNCIA IN CASU — RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

I — Como princípio inerente ao pátrio poder ou poder familiar e ao poder-dever, ambos os genitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, salvo se comprovarem que não concorreram com culpa para a ocorrência do dano.

II — A responsabilidade dos pais, portanto, se assenta na presunção juris tantum de culpa e de culpa in vigilando, o que, como já mencionado, não impede de ser elidida se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação. Esse é o entendimento que melhor harmoniza o contido nos arts. 1.518, § único, e 1.521, inciso I do Código Civil de 1916, correspondentes aos arts. 942, § único, e 932, inciso I, do novo Código Civil, respectivamente, em relação ao que estabelecem os arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 27 da Lei n. 6.515/77, este recepcionado no art. 1.579, do novo Código Civil, a respeito dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

III — No presente caso, sem adentrar-se no exame das provas, pela simples leitura da decisão recorrida, tem-se claramente que a genitora assumiu o risco da ocorrência de uma tragédia, ao comprar, três ou quatro dias antes do fato, o revólver que o filho utilizou para o crime, arma essa adquirida de modo irregular e guardada sem qualquer cautela (fls. 625/626).

IV — Essa realidade, narrada no voto vencido do v. acórdão recorrido, é situação excepcional que isenta o genitor, que não detém a guarda e não habita no mesmo domicílio, de responder solidariamente pelo ato ilícito cometido pelo menor, ou seja, deve ser considerado parte ilegítima.

V — Recurso especial desprovido. (nossos grifos)

* * *

Resp 1074937 / MA — RECURSO ESPECIAL 2008/0159400-7

Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

DJe 19/10/2009

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE DOS PAIS E DA AVÓ EM FACE DE ATO ILÍCITO PRATICADO POR MENOR. SEPARAÇÃO DOS PAIS. PODER FAMILIAR EXERCIDO POR AMBOS OS PAIS. DEVER DE VIGILÂNCIA DA AVÓ. REEXAME DE FATOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO.

1. O Tribunal a quo manifestou-se acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida. Não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente. Precedentes.

2. Ação de reparação civil movida em face dos pais e da avó de menor que dirigiu veículo automotor, participando de “racha”, ocasionando a morte de terceiro. A preliminar de ilegitimidade passiva dos réus, sob a alegação de que o condutor do veículo atingiu a maioridade quando da propositura da ação, encontra-se preclusa, pois os réus não interpuseram recurso em face da decisão que a afastou.

3. Quanto à alegada ilegitimidade passiva da mãe e da avó, verifica-se, de plano, que não existe qualquer norma que exclua expressamente a responsabilização das mesmas, motivo pelo qual, por si só, não há falar em violação aos arts. 932, I, e 933 do CC.

4. A mera separação dos pais não isenta o cônjuge, com o qual os filhos não residem, da responsabilidade em relação aos atos praticados pelos menores, pois permanece o dever de criação e orientação, especialmente se o poder familiar é exercido conjuntamente. Ademais, não pode ser acolhida a tese dos recorrentes quanto à exclusão da responsabilidade da mãe, ao argumento de que houve separação e, portanto, exercício unilateral do poder familiar pelo pai, pois tal implica o revolvimento do conjunto fático probatório, o que é defeso em sede de recurso especial. Incidência da súmula 7/STJ.

5. Em relação à avó, com quem o menor residia na época dos fatos, subsiste a obrigação de vigilância, caracterizada a delegação de guarda, ainda que de forma temporária. A insurgência quanto à exclusão da responsabilidade da avó, a quem, segundo os recorrentes, não poderia se imputar um dever de vigilância sobre o adolescente, também exigiria reapreciação do material fático-probatório dos autos. Incidência da súmula 7/STJ.

6. Considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do valor indenizatório a título de danos morais por morte, reduzo a indenização arbitrada pelo Tribunal de origem para o valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), acrescido de correção monetária a partir desta data (Súmula 362/STJ), e juros moratórios a partir da citação, conforme determinado na sentença (fl. 175), e confirmado pelo Tribunal de origem (fls. 245/246).

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido. (nossos grifos)

* * *

RECURSO ESPECIAL — RESPONSABILIDADE CIVIL — INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS — ART. 18, §§ 1º E 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL — PREQUESTIONAMENTO — AUSÊNCIA — INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DA SÚMULA 282/STF — RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS DANOS CAUSADOS POR FILHOS MENORES DE IDADE — EXCLUSÃO — POSSIBILIDADE — COMPROVAÇÃO DE QUE NÃO CONCORREU COM CULPA NA REALIZAÇÃO DO EVENTO DANOSO — PRECEDENTES — NECESSIDADE DE PRÉVIA PARTICIPAÇÃO E MANIFESTAÇÃO NA LIDE INDENIZATÓRIA DO GENITOR SEPARADO E SEM GUARDA — LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM — IDENTIFICAÇÃO — HOMENAGEM AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA — DANO MORAL — QUANTUM INDENIZATÓRIO — MODIFICAÇÃO — IMPOSSIBILIDADE — NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO EXCEPCIONAL NÃO DEMONSTRADA — LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ — COMPROVAÇÃO — INEXISTÊNCIA — ENTENDIMENTO OBTIDO PELO EXAME DO CONJUNTO

FÁTICO-PROBATÓRIO — INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DA SÚMULA 7/STJ — RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

I — A questão relativa ao artigo 18, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, acerca do percentual e da respectiva responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais, no caso do reconhecimento da litigância de má-fé, não foi objeto de debate ou deliberação pelo Tribunal de origem, restando ausente o requisito do prequestionamento da matéria, o que atrai a incidência do enunciado 282/STF.

II — A jurisprudência desta Corte Superior caminha no sentido de que é possível, ao genitor, ainda que separado e sem o exercício da guarda, eximir-se da responsabilidade civil de ilícito praticado por filhos menores, se comprovado que não concorreu com culpa na ocorrência do dano. Precedentes.

III — Contudo, para tanto, é mister que o genitor separado e sem a guarda, participe da lide, em homenagem à ampla defesa e ao contraditório, momento em que será possível, ao genitor, comprovar se, para a ocorrência do evento danoso, agiu com culpa.

IV — Esta Corte Superior somente deve intervir para diminuir ou majorar o valor arbitrado a título de danos morais quando se evidenciar manifesto excesso ou irrisão do quantum, o que não ocorre in casu. Precedentes.

V — Verificar, na hipótese, a existência ou não de litigância de má-fé, demanda o reexame de provas, o que é vedado pelo enunciado da Súmula 7/STJ.

VI — Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (nossos grifos)

Constatada a responsabilidade civil de ambos os pais, divorciados ou não, que vivem sob o mesmo teto ou não, deve ser questionado o caráter subjetivo ou objetivo da responsabilidade civil.

6.2. Do caráter objetivo ou subjetivo da responsabilidade dos pais

Como princípio inerente ao pátrio-poder ou poder familiar e ao poder-dever, ambos os genitores, inclusive aquele que não detém a guarda, são responsáveis pelos atos ilícitos praticados pelos filhos menores, sendo que, por força de lei, verifica-se o caráter objetivo dessa responsabilidade.

O artigo 933, do Código Civil, afirma que: “as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”. Como visto, por sua vez, o artigo 932, I, considera também responsáveis “os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia”.

Nesse diapasão, a partir do momento que a lei determina que os pais responderão, ainda que não haja culpa de sua parte, pelos filhos menores, tem-se que a responsabilidade é de caráter objetivo. Ou seja, não se analisa a vontade do genitor (prescinde da culpa), mas sim o dano e o nexo de causalidade —sendo esta a teoria da responsabilidade objetiva.

Os pais não podem alegar que educaram e criaram bem o filho, causador do dano, pois se trata de culpa *in vigilando* e respondem por possuírem a obrigação de vigiar e tornam-se civilmente responsáveis pelos atos daqueles que deixam de vigiar adequadamente.

A responsabilidade dos pais também é firmada na presunção *juris tantum* de culpa; por isso, tem o Superior Tribunal de Justiça admitido que não impede de esta ser elidida se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação.

Retornando à questão do dever de educação ambiental dos pais aos filhos menores. Temos que os pais são responsáveis civis pelos danos ambientais praticados por seus filhos. Ainda que a responsabilidade seja objetiva e culpa *in vigilando*, chega-se à conclusão de que o Superior Tribunal de Justiça, nessa questão, admite excludentes da responsabilidade civil — como no caso do genitor que não detém a guarda do menor e comprova que para a ocorrência do evento danoso não concorreu com culpa.

Com efeito, considera-se que o Superior Tribunal de Justiça adota a Teoria do Risco Criado; isso porque, se se adotasse a Teoria do Risco Integral, não se admitiriam as excludentes de responsabilidade, sendo suficiente para a responsabilização a relação de dever, causa e efeito entre aquele responsável pela conduta do agente poluidor incapaz e os danos ocasionados.

A bem da verdade, sem se alongar quanto à teoria mais aplicada, se se trata de risco criado ou risco integral, a Teoria é de Risco e, aqui, assume o responsável pelo risco de ser pai, respondendo pelos danos (prejuízos) causados ao meio ambiente por aquele sob sua autoridade e em sua companhia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em nome do desenvolvimento científico-tecnológico, abusos foram e são cometidos contra a natureza. O homem vem deixando seu pensamento antropocêntrico e caminhando à adoção de um pensamento biocêntrico para sua sobrevivência e própria preservação da espécie.

A natureza reclama seu espaço, seu tempo. Fazer uma conceituação distinta de sociedade e natureza só irá comprometer mais toda a biosfera, na qual se insere também o homem.

Adotar uma postura radical e simplesmente parar o desenvolvimento científico-tecnológico não é a resposta. É cediço que homem e natureza hão de reestabelecer a conexão de uma pacífica e respeitável convivência. O caminho para tanto é apenas um: a educação ambiental.

Mesmo que não haja uma consciência jurídica efetiva no campo prático da responsabilidade civil da família na educação ambiental, como visto, mais cedo ou mais tarde, responderá a família por esta.

Não será demasiado acrescentar que a educação ambiental como responsabilidade da família é tema primordial para que se cumpra com o desenvolvimento sustentável, bem como máximas do Direito Ambiental, como os princípios da precaução e prevenção; para tanto, não restam dúvidas que: (a) onde há dano ambiental, há interesse difuso e coletivo lesado e há obrigação de repará-lo, quer por parte do causador direto, quer por seus representantes legais, (b) a responsabilidade da família na educação ambiental resta reconhecida por lei, e (c) de nada adianta a educação ambiental formal se, no seio familiar, não há exemplos capazes de incentivar, por exemplo, o consumo consciente.

Sendo certo que o objeto de responsabilidade de hoje será o sujeito de responsabilidades de amanhã, urge um compromisso de todos, principalmente do berço, do criadouro do ser humano: a família. Há de se sair da cômoda posição de agente mero pagador de impostos e receptor de serviços; há de ser quebrada a total dependência do Estado; Poder Público, há de se ter uma mudança de consciência de toda sociedade. Afinal, somos todos integrantes da biodiversidade, somos todos responsáveis!

REFERÊNCIAS

- Bauman, Z. (1997). *Ética pós-moderna* (1ª ed., trad. J. R. Costa). São Paulo: Paulus.
- Beck, U. (2002). *La sociedad del riesgo global*. Madri: Siglo Veintuno de España Editores.
- Beck, U. (2011). *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade* (2ª ed., trad. S. Nascimento). São Paulo: Editora 34.
- Carson, R. L. (1962). *Silent Spring*. Boston: Houghton Mifflin Company.
- Galvão, R. (1994). *Vocabulário: etimológico, ortográfico e prosódico das palavras portuguesas derivadas da língua grega*. Belo Horizonte: Livraria Garnier.
- Jonas, H. (2011). *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica* (1ª reimp., trad. L. B. Montez). Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro/Contraponto.

- Kiwonghi, S., & Reis, É. V. B. (2014). Educação Ambiental como Processo para a Construção da Cidadania. Em B. S. Costa & E. N. Rezende (orgs.), *Temas Essenciais em Direito Ambiental: Um diálogo Internacional* (pp. 67-95). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris.
- Kociszewska, M. (2015). Environmental education of managers in the context of sustainable development strategy. *Revista Pedagogika Rodziny*, 4(2), 65-75. Recuperado de <<http://www.degruyter.com/view/j/fampe.2014.4.issue-2/fampe-2014-0018/fampe-2014-0018.xml?format=INT>>
- Leff, E. (2006). *Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Martins, A. O. & Sanches, R. C. F. (2012). Por uma Educação para Sustentabilidade. *Revista Veredas do Direito*, 9(17), 61-78.]Recuperado de <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/issue/view/24>>
- Meadows, D L. et al. (1972). *The Limits to Growth*. Nova York: Universe Books.
- Raynaut, C. (2004). Meio ambiente e desenvolvimento: construindo um novo campo do saber a partir da perspectiva interdisciplinar. *Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente*, (10), 21-32. Recuperado de <ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/made/article/download/3089/2470>
- Unesco/Pnuma. (1975). Documento sobre el estado actual de la educación ambiental. *Seminario internacional de Educación Ambiental*. Belgrado, Yugoslavia. Paris. Recuperado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0001/000177/017772sb.pdf>>
- United Nations. (1987). *Our Common Future: Report of the World Commission on Environment and Development*. Oslo. Recuperado de < <http://www.un-documents.net/ocf-02.htm#I>>

P
E
N
S
A
M
I
E
N
T
O

J
U
R
Í
D
I
C
O

Nº
47

260

Revista Pensamiento Jurídico

Instrucciones para los autores de artículos a publicar

1. **EXTENSIÓN DEL DOCUMENTO:** entre 15 y 35 páginas a espacio sencillo en letra Times New Roman, tamaño 12.
2. **CUERPO DEL DOCUMENTO:** sin falta debe estructurarse en tres partes fundamentales:
 - a) *Contenido:* Estructura mínima con tres subtítulos.
 - b) *Conclusión* preliminar.
 - c) *Bibliografía:* Debe dar cuenta de un panorama representativo de los expertos de la temática tratada.

Es responsabilidad del autor o los autores señalar y referenciar claramente cualquier fragmento que sea tomado de la obra de otro autor, en la construcción de su trabajo. Si no se hace así, se considerará como plagio y el trabajo será descartado para publicación.

3. **NORMAS GENERALES DE ORGANIZACIÓN DEL ARTÍCULO:** debe tenerse en cuenta los siguientes criterios:
 - a) *Nombre del artículo* en español e inglés.
 - b) *Nombre del(os) autor(es)* con un asterisco el cual indicará a pie de página la filiación del autor, en la que se indicará la formación académica y cargo o campo de desempeño en 2 o 3 líneas y el respectivo correo electrónico.
 - c) *Resumen* en español e inglés (máximo 50 palabras).
 - d) *Palabras clave* en español e inglés (de 5 a 8).
 - e) *Títulos.* En todos los casos aparecerán marginados a la izquierda, con numeración según la tabla de contenido sin tabulado, respetando las siguientes normas:
 - 1) Títulos principales en negrita, tamaño 12, Times New Roman.
 - 2) Títulos secundarios en negrita, tamaño 10, Times New Roman.
 - 3) Subtítulos en itálica, tamaño 10, Times New Roman.

f) *Números:*

- 1) Los números de pies de página deben aparecer como superíndices ANTES de un punto o de una coma si lo hubiese.
- 2) La escritura de números deberá corresponder con las normas castellanas, vale decir, la numeración deberá llevar *punto* (.) y no *coma* (,) para las cifras que indiquen miles y millones. Por su parte los números decimales se escribirán con *coma* (,).

Ejemplo:

1.000; 10.000; 100.000 o 1.000.000 para los miles y millones
52,7; 9,1; 10,5 o 100,0 para los decimales.

Cuando el número designe una enumeración se escribirá en letras.

Ejemplo:

En 1990 *veinticuatro* personas recorrieron el lugar, *ocho* de ellas...

g) *Elementos gráficos:* tener presente que el interior se imprime en blanco y negro, por lo tanto para cualquier elemento gráfico en los avances (ilustraciones, mapas, cuadros, tablas, etc.) se deberán tener los recaudos necesarios para su correcta interpretación. Tonos grises contrastados o utilización de rayados o punteados que permitan una clara lectura o identificación.

1) Las ilustraciones:

- a) Los cuadros, tablas, fotos, mapas u otros (con su respectiva numeración, escalas, títulos y/o epígrafes) podrán enviarse por separado, indicando en el texto, la ubicación de cada uno de ellos. En el texto se harán las remisiones a las ilustraciones que correspondan.
- b) Los símbolos incluidos deberán ser claros y estar bien diferenciados entre sí. En lo posible utilizar figuras geométricas planas.
- c) En todos los casos el título y la fuente de la información aparecerá de la siguiente manera:

Ejemplo:

Cuadro 1.

(Centrado, tamaño 10, Times New Roman)

Algunos indicadores educativos, República Mexicana
1a. Población de 6 a 14 años que asiste a la escuela
(% de la población total)

(Centrado, en grinta e itálica, tamaño 10, Times New Roman)

Asisten a la escuela					
Año	1990	1995	1997	1997	1997
Edad (años)				Hombres	Mujeres
6-14	85,81	92,15	92,23	93,1	91,4

Fuente: Informe de Labores 1998-1999 de la SEP, México.

- 2) Los mapas
 - a) Presentar los mapas que incluyan solamente los elementos imprescindibles, evitando que estén excesivamente recargados de dibujo o de texto.
 - b) En cada mapa deberá constar en un recuadro ubicado en el ángulo superior o inferior derecho, la ubicación del sector a nivel regional/providencial/ y del país.
 - c) Recordar que estas imágenes se imprimen en blanco y negro.
- 3) Los gráficos
 - a) Los gráficos y diagramas deberán tener una adecuada calidad original. Se recomienda que en todos los casos se utilice un programa de gráficos para computadora. No utilizar colores en los diagramas.
 - b) Definir claramente, en el caso de las tablas, las columnas y filas que encabezan los ingresos a los valores interiores de las mismas.

Tener en cuenta que no se admitirán agregados ni modificaciones una vez iniciado el proceso de edición y posterior composición gráfica del documento.

4. NORMAS DE CITACIÓN

La *Revista Pensamiento Jurídico* acepta dos sistemas de citación, el Sistema APA y el Sistema ICONTEC. Los autores solo podrán hacer uso de **uno** de ellos en sus textos.

Sistema APA. Cuando se cite un autor o un documento, en el cuerpo central del artículo usted tiene tres opciones para colocar las citaciones en relación con el texto.

- a) Coloque el autor(es) y fecha(s) entre paréntesis en un lugar adecuado dentro o al final de una frase:

Ejemplos:

El concepto de derecho natural ha caído en desuso por sus múltiples falencias en su fundamentación (Silva 1976).

Los derechos humanos son exigibles jurídicamente (Díaz y Sánchez 2010).

Las categorías analíticas en derecho son relevantes para la argumentación (López, Castro y Pérez 1998).

- b) Coloque sólo la fecha entre paréntesis:

Ejemplo:

Sánchez, Aldana y Fischer (2009) se han preguntado si: “¿Acaso las decisiones de la Corte Constitucional no tienen control?” (p. 96).

Tenga en cuenta que tiene que proporcionar el número(s) de página entre paréntesis para citas directas. No es necesario proporcionar el número de página si está resumiendo o parafraseando una fuente, en lugar de citar.

- c) Integar el autor y la fecha en su frase:

Ejemplo:

En 2009, Robledo y Puerta informaron que, después de analizar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia respecto a los casos de parapolítica, ...

Cuando se cite un documento elaborado por uno o dos autores se debe citar los apellidos en todas las citaciones.

Ejemplo:

(Caro & Camacho 2009) o Caro y Camacho (2009)

Cuando se cite un documento elaborado entre 3 y 5 autores se debe citar todos los autores en la primera citación; pero en todas las citas posteriores, se debe utilizar el nombre del primer autor seguido de *et al.*

Ejemplo:

Primera cita: (Aldana, Ramírez y Orozco 2009)

Citas subsiguientes: (Aldana *et al* 2009)

Cuando se cite un documento elaborado por más de seis autores se debe utilizar el nombre del primer autor seguido de *et al* en todas las citas:

Ejemplo:

(Murcia *et al* 2000)

Cuando se cite un documento elaborado por una organización se debe utilizar el nombre completo de dicha organización en la primera cita, sin embargo en las citas posteriores debe utilizarse la abreviatura del nombre de la organización.

Ejemplo:

Primera referencia: (Instituto Nacional de Salud [INS] 2005)

Las referencias subsecuentes: (INS 2005)

Cuando se citen dos o más trabajos los mismos se deben referenciar entre paréntesis y se deben ser separados mediante el uso de punto y coma.

Ejemplo:

(Aldana, Orozco y Ramírez 2009; Singer 1976).

Cuando cite dos o más trabajos elaborados por el mismo autor basta con indicar los años de elaboración de los documentos en orden cronológico del más reciente al más antiguo:

Ejemplo:

(Artunduaga 2005; 1999)

Cuando se cite una cita contenida en otro documento (referencia secundaria) debe indicarse tanto el documento que se cita como aquel de donde se extrae la cita tal como se muestra a continuación:

Ejemplo:

La injusticia racial es uno de los factores de riesgo para el adecuado desarrollo de los niños de acuerdo a Cohen *et al* (según la citación hecha en Greenberg, Domitrovich y Bumbarger, 2000).

Sistema ICONTEC: se usan notas a pie de página. Las mismas deberán estar numeradas consecutivamente (1, 2, 3, etc.). El número debe aparecer en el texto con superíndice antecediendo al signo de puntuación. Deben aparecer de la siguiente forma:

a) Cuando se refiera a un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, p. 232.

b) Cuando se cite un conjunto de páginas de un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, pp. 232-234.

c) Cuando se refiera a un artículo publicado en una revista científica:

Alcántara, Cynthia Hewitt, “Usos y abusos del concepto de gobernabilidad”, en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, Unesco, 2000, pp. 5-56.

- d) Cuando se cite un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, “Hacia la integración latinoamericana”, en *La Nación*, agosto 30 de 2000, pp. 17-23.

- e) Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos:

“El congreso buscará un acuerdo para el despeje”, en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 3A y 5B.

- f) Cuando se cite a alguien inmediatamente antes citado:

Ibíd., p. 23.

- g) Cuando se cite a alguien anteriormente citado, pero no inmediatamente:

Roth Deubel, *Políticas Públicas*, *op. cit.* p. 176.

- h) Para otras fuentes, véase el apartado bibliográfico.

5. BIBLIOGRAFÍA

Toda la bibliografía citada en el texto mediante el Sistema APA (autor: año), o el Sistema ICONTEC debe ir al final del mismo, respetando los siguientes criterios:

- a) Cuando se refiere a un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, 1º Ed., Bogotá, Ed. Aurora, 2002.

- b) Cuando se refiere a un artículo publicado en revista:

Alcántara, Cynthia Hewitt, “Usos y abusos del concepto de gobernabilidad”, en *Revista internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, UNESCO, 2000, pp. 4-67.

- c) Cuando se cite un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, “Hacia la integración latinoamericana”, en *La Nación*, agosto 30 de 2000, p. 7.

- d) Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos:

“El congreso buscará un acuerdo para el despeje”, en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 8-12.

e) Documentos electrónicos:

Aguilera Peña, Mario, “Por primera vez, la mujer tuvo derecho de votar en 1953”, en *Revista Credencial Historia*, Ed. 163 de 2003, Publicación digital en la página web de la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, <http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/junio2003/inedito.htm> (20.04.2009)¹.

f) Legislación histórica (fuentes primarias): Primero debe escribirse el nombre de la norma en itálica, luego seguida de una coma, la fuente en la que se encuentra, existiendo 3 opciones. La primera un libro, la segunda una gaceta judicial o cualquier otra compilación normativa y, la tercera, una fuente electrónica disponible en internet.

En caso de un libro, primero debe escribirse el nombre de la norma en itálica; luego el de los autores, en versalita; seguido el título de la obra en itálica; luego el país, la editorial y el año de la edición. Estos datos estarán separados por comas.

Ejemplo:

Constitución cubana de 1895 de Jimaguayú, en Lazcano Mazón, Manuel (ed.), *Las constituciones de Cuba. Historia y texto de las constituciones de la República de Cuba*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1952, pp. 25-40.

Estatuto Real para la convocación des las Cortes generales del Reino, mandado observar por S.M. la Reina Gobernadora en 10 del corriente, 1834, en *Gaceta Madrid*, No. 55, de 16 de abril de 1834, pp. 251-252. (ed.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

Constitución de Cundinamarca de 30/03/1811, Santafé de Bogotá, Imprenta Patriótica de D. Nicolás Calvo y Quijano, 1811. Lugar: Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, Sala de Libros Raros y Manuscritos. Ed. Por: Marquardt, Bernd (ed.), “Constitutional Documents of Colombia 1793-1853”, en Dippel, Horst (ed.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

g) Sentencias judiciales:

Ejemplo:

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-325/1996*, MP Carlos Gaviria Díaz. Disponible en (páginas de Internet, libros, etc.) (20.04.2009).

1 La norma APA tiene una regla especial cuando el documento electrónico tiene DOI (*Digital Objective Identification*) pues en este caso, en vez de utilizarse el URL, debe usarse el DOI.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP Alejandro Bonivento Fernández, Gaceta Judicial No..., fecha.... Disponible en (página de Internet, libro, etc.) (20.04.2009).

U.S. Supreme Court, *Marbury versus Madison*, 5 U.S. 137 (1803), en *Find Law for legal professionals*, <http://laws.findlaw.com/us/5/137.html> (20.04.2009).

BVerfGE 7,198, sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html> (20.04.2009).

Nota: En el apartado bibliográfico los libros, artículos y ponencias empleadas en el artículo, deben aparecer ordenados alfabéticamente en orden ascendente según el apellido. Cuando se citen varias publicaciones de un autor, estas se ordenan cronológicamente de la más reciente a la más antigua. Si se citan varias obras del mismo autor de un mismo año, éstas se ordenan agregando al año una letra en orden alfabético. En este listado bibliográfico no se citan las páginas consultadas, sino solo las páginas iniciales y finales de los artículos de revistas, periódicos o capítulos de una obra colectiva (de varios autores).

6. NORMAS GENERALES DE PRESENTACIÓN

Al momento de presentar una postulación de un documento el autor o autores deberán completar y firmar una “carta de compromiso” en la que se declara que el artículo no ha sido publicado y que no será presentado de manera simultánea a otra revista mientras permanezca en el proceso de arbitraje.

Todos los autores deberán remitir un archivo adicional con los datos completos de su formación académica, filiación institucional, correo electrónico (institucional y personal) y listado de publicaciones recientes. Además, los autores deberán transferir, a la revista, de forma irrevocable, los derechos de publicación con licencia para copiar, usar, difundir y exponer las obras públicamente, tanto en su versión impresa como en su versión *on line*, ya incluir la revista en diferentes bases de datos en las cuales se encuentre indexada la revista.

Todos los textos serán remitidos al Comité Editorial, el cual designará los árbitros especialistas que realizarán la evaluación académica de los materiales, y quienes no conocerán las identidades de los autores. Una vez evaluados y aprobados los artículos, la revista se comunicará con los autores, y luego iniciará el proceso de corrección de estilo y puesta a punto del material seleccionado.

Journal Pensamiento Jurídico

Instructions for authors

1. **EXTENSION OF DOCUMENT:** between 15 and 35 single-spaced pages in Times New Roman, size 12.
2. **STRUCTURE OF DOCUMENT:** It must be structured into three main parts:
 - a) *Content:* minimum structure with three subtitles.
 - b) *Conclusion:* Preliminary conclusion.
 - c) *Bibliography:* It must account for a representative outlook of the experts of the treated subject.

It is responsibility of the author or authors to indicate and cite clearly any fragment that is taken from the work of another author, in the construction of his work. If it does not become like that, it will be considered a plagiarism and the work will be rejected for publication.

3. **GENERAL RULES OF ORGANIZATION OF THE ARTICLE:** the following standards should be considered:
 - a) *Article name* in Spanish and English
 - b) *Name of author (s)* with an asterisk that at footnotes indicates the academic affiliation of the author, the academic formation and field of study in 2 or 3 lines and the respective email..
 - c) *Abstract* in Spanish and English (maximum 50 words).
 - d) *Keywords* in Spanish and English (5 to 8).
 - e) *Titles.* In all cases appear marginalized left, numbered according to the table of contents without weighted, subject to the following rules:
 - 1) Main Titles in bold, size 12, Times New Roman.
 - 2) Secondary Titles in bold, size 10, Times New Roman.
 - 3) Subtitles in italic, size 10, Times New Roman.

f) *Numbers:*

- 1) Numbers footers should appear as superscript BEFORE a dot or a comma if any.
- 2) Writing numbers must correspond with the Castilian rules, the numbering shall bear dot (.) not comma (,) for quantity showing thousands and millions. Meanwhile decimal numbers will be written with comma (,).

Example:

1,000, 10,000, 100,000 or 1,000,000 for the thousands and millions
52.7, 9.1, 10.5 or 100.0 for decimal.

When the number designates an enumeration will be written in letters.

Example:

In 1990 twenty – four people visited the site, eight of them...

- g) *Graphic elements:* Keep in mind that the inside is printed in black and white, so for the graphic elements (illustrations, maps, charts, tables, etc...) must take reasonable steps to correct interpretation. Gray tones contrasted or utilization of striped or dotted that allow a clear reading or identification.

- 1) The illustrations:
 - a) Charts, tables, photos, maps or other (with their respective numbers, scales, titles and / or captions) may be sent separately, indicating in the text, the location of each. Referrals will be made to the corresponding illustrations in the text.
 - b) The symbols should be clear and distinct from each other. If possible use flat shapes.
 - c) In all cases the title and source of information appears as follows:

Example:

Table 1.

(Centered, size 10, Times New Roman)

***Some educational indicators, Mexican Republic
1a. Population aged 6-14 years attending school
(% Of total population)***

(Centered, bold and italic, size 10, Times New Roman)

Attending School					
Year	1990	1995	1997	1997	1997
Age (years)				Men	Women
6-14	85,81	92,15	92,23	93,1	91,4

Source: Report of Work 1998-1999 SEP, Mexico.

- 2) Maps
 - a) Submit maps include only the essentials, avoiding excessively busy are drawing or text.
 - b) Each map shall contain in a box located in the upper or lower right corner, the location of the sector at regional / providence / and country level.
 - c) Remember that these images are printed in black and white.

- 3) Graphics

- a) Graphs and diagrams should be properly original quality. It is recommended that in all cases, a computer graphics program to be used. Don't use colors in the diagrams.
- b) Clarify, in the case of tables, columns and rows that lead to income inner values thereof.

Note that no additions or modifications are permitted once in the process of editing, and typesetting of the document.

4. RULES OF QUOTING

Pensamiento Jurídico Journal accepts two sets of citation, the APA system and ICONTEC System. Authors may only use **one** of them in his writings.

APA System. When an author or document are cited, in the body of the article you have three options for placing citations in relation to the text is acknowledged.

- a) Place the author (s) and date (s) in brackets in a suitable location within or at the end of a sentence:

Examples

The concept of natural law has fallen into disuse because of its many flaws in its reasoning (Silva 1976)

Human rights are legally enforceable (Díaz and Sánchez 2010)

The analytical categories in law are relevant to the argument (Lopez Castro and Perez 1998).

- b) Place only the date in parentheses:

Example:

Sanchez, Aldana and Fischer (2009) have questioned “whether the decisions of the Constitutional Court doesn't have control?” (p. 96).

Note that you must provide the number (s) page in parentheses for direct quotes. They do not require the page number if summarizing or paraphrasing a source, instead of quoting.

- c) Embed author and date your sentence:

Example:

In 2009, Robledo and Puerta reported that, after reviewing the decisions of the Supreme Court in parapolitica cases...

When quoting a document prepared by one or two authors should cite the names in all citations

Example:

(Caro & Camacho 2009) or Caro and Camacho (2009)

When a document drawn up between 3 and 5 cite authors must cite all authors in the first citation, but in all subsequent citations, use the name of the first author followed by et al.

Example:

First quote: (Aldana, Ramirez and Orozco 2009)

Subsequent Appointments: (Aldana et al 2009)

When a document drown up by more than six authors should use the name of the first author followed by et al in all citations:

Example:

(Murcia *et al* 2000)

When a document prepared by an organization is cited to use the full name of the organization on the first quote, however in subsequent citations the abbreviation of the name of the organization should be used.

Example:

First reference: (National Institute of Health [NIH] 2005)

Subsequent references: (NIH 2005)

When two or more works must cite the same reference in brackets and should be separated using semicolons.

Example:

(Aldana, Orozco and Ramirez 2009; Singer 1976).

When citing two or more works prepared by the same author just indicate the years of preparing the documents in chronological order from newest to oldest:

Example:

(Artunduaga 2005; 1999)

When quoting a quote contained elsewhere (secondary reference) both document that is cited as that from which the quotation is taken as shown below should indicate:

Example:

Racial injustice is one of the risk factors for the proper development of children according to Cohen et al (According to the citation made on Greenberg, Domitrovich and Bumbarger, 2000).

IO System: page footnotes are used. These shall be consecutively numbered (1, 2, 3, etc.). The number should appear in the text with superscript predating the punctuation. Should appear as follows:

a) When referring to a book:

Roth Deubel, André-Noël. Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, p. 232.

b) When a set of pages of a book is cited:

Roth Deubel, André-Noël. Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, pp. 232-234.

c) When referring to an article published in a scientific journal:

Alcántara, Cynthia Hewitt, “Usos y abusos del concepto de gobernabilidad”, en Revista Internacional de Ciencias Sociales, No. 155, Bogotá, Unesco, 2000, pp. 5-56.

d) When an item (type opinion column) published in newspapers is cited:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, “Hacia la integración latinoamericana”, en La Nación, agosto 30 de 2000, pp. 17-23.

e) When an article (news type) published in newspapers is cited:

“El congreso buscará un acuerdo para el despeje”, en Vanguardia Liberal, junio 21 de 2002, pp. 3A y 5B.

f) When you cite someone immediately cited above:

Ibid., p. 23.

g) When you cite someone previously mentioned, but not immediately:

Roth Deubel, *Políticas Públicas*, op. cit., p. 176.

h) For other sources, see bibliography.

5. BIBLIOGRAPHY

All references cited in the text by the APA System (author: year), or ISO System must go to the end of it, respecting the following criteria:

a) When referring to a book:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, 1º Ed., Bogotá, Ed. Aurora, 2002.

b) When referring to an article published in journal:

Alcántara, Cynthia Hewitt, “Usos y abusos del concepto de gobernabilidad”, en *Revista internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, UNESCO, 2000, pp. 4-67.

c) When an item (type opinion column) published in newspapers is cited:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, “Hacia la integración latinoamericana”, en *La Nación*, agosto 30 de 2000, p. 7.

d) When an article (news type) published in newspapers is cited:

“El congreso buscará un acuerdo para el despeje”, en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 8-12.

e) Electronic Documents:

Aguilera Peña, Mario, “Por primera vez, la mujer tuvo derecho de votar en 1953”, in *Revista Credencial Historia*, Ed. 163 2003 Digital Publishing website Biblioteca Luis Angel Arango Banco de la República, Bogotá, <http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/junio2003/inedito.htm> (20.04.2009)¹.

f) Historic legislation (primary sources) must first be written the name of the rule in italics, followed by a comma then the source that is, there are 3 options. The first book, the second a court gazette or any other compilation and regulations, the third an electronic source available on the internet.

1 The APA System has an special rule where the electronic document is DOI (Digital Objective-Identification) as in this case, rather than use the URL, the DOI should be used.

In case of a book, first written the name of the rule in italics, then the authors, in small capitals, followed the title of the work in italics, then the country, publisher and year of publication. These data are separated by commas.

Example:

Cuban Constitution of 1895 of Jimaguayú, in Lazcano Mazón, Manuel (ed), *The Constitutions of Cuba. History and text of the constitutions of the Republic of Cuba*, Madrid, Editions Cultura Hispánica, 1952, p. 25-40.

Royal Charter for the convening of the General Cortes of the Kingdom, sent to observe by HM Queen Governor on 10 of the current, 1834, in *Gaceta Madrid*, No. 55, on April 16, 1834, p. 251-252. (Ed.), *Constitutions of the World from the late 18 th Century to the Middle of the 19 th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-is-i.html> (20.04.2009).

Constitution of Cundinamarca of 30/03/1811, Bogota, Imprenta Patriótica de D. Nicolas Calvo y Quijano, 1811. Location: Biblioteca Luis Angel Arango Banco de la República, Bogotá, Rare Books and Manuscripts Room. Ed. By: Marquardt, Bernd (ed.), “Constitutional Documents of Colombia 1793 1853” in Dippel, Horst (ed.), *Constitutions of the World from the late 18 th Century to the Middle of the 19th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

g) Court decisions:

Example:

Constitutional Court of Colombia, *Judgment T-325/1996*, MP Carlos Gaviria Díaz. Available in (websites, books, etc..) (20.04.2009)

Supreme Court, Civil Chamber, MP Bonivento Alejandro Fernández, *Judicial Gazzette No. ... date...* Available in (website, book, etc..) (20.04.2009)

U.S. Supreme Court, *Marbury versus Madison*, 5 U.S. 137 (1803), in *Find Law for legal professionals*, <http://laws.findlaw.com/us/5/137.html> (20.04.2009).

BVerfGE 7,198, Judgements of German Federal Constitutional Court, in <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html> (20.04.2009)

Note: In the bibliography section books, articles and papers used in the article, are listed alphabetically in ascending order by name. When an author of several publications are cited, these are ordered chronologically from newest to oldest. If several works by the same author in the same year are cited, they are ordered annually adding a letter in alphabetical order. This bibliographic listing the pages you are not mentioning, but only the start and end of the articles in journals, newspapers or chapters of a collective work (multiple authors) pages.

6. GENERAL PRESENTATION TERMS

At the time of filing, an application for a document's author must complete and sign a "compromise document" in which he declares that the article has not been published and will not be submitted simultaneously to another journal so while in the arbitration process.

All authors must submit an additional file with full details of your educational background, institutional affiliation, email (institutional and personal) and list of recent publications. In addition, authors must transfer to the journal, irrevocably, the rights to publish with license to copy, use, disseminated, transmit and display the work publicly, both in print and on its online version, and to include the journal in different databases in which the journal is indexed.

All texts will send to the Editorial Committee, which arbitrators shall appoint specialists conduct academic evaluation of materials, and those who do not know the identities of the authors. Once reviewed and approved the articles, the journal will contact the authors, and then begins the process of proofreading and tuning of the selected material.

Política de Ética Editorial

La revista define los siguientes criterios y recomendaciones relacionados con la ética en la publicación científica:

1. Criterios generales

- 1.1. Los artículos deben contener suficiente detalle y referencias que permitan replicar o rebatir el estudio.
- 1.2. Declaraciones fraudulentas o deliberadamente inexactas constituyen un comportamiento poco ético.
- 1.3. Se deben respetar los derechos de privacidad de los seres humanos.

2. Autoría

Criterios:

- 2.1. Un “autor” es la persona que ha hecho una contribución intelectual significativa al artículo, por lo tanto, todas las personas nombradas como autores deben reunir los requisitos de autoría, y todos aquellos que los reúnan deben ser mencionados de forma explícita.
- 2.2. Se deben cumplir colectivamente tres criterios básicos para ser reconocido como autor:
 - a) Contribución sustancial a la concepción y diseño, adquisición de datos, análisis e interpretación del estudio.
 - b) Redacción o revisión del contenido intelectual.
 - c) Aprobación de la versión final.
- 2.3. El orden de la autoría debe ser una decisión conjunta de los coautores.
- 2.4. Las personas que participen en un estudio pero que no se ajusten a los criterios de autoría deben aparecer como “Colaboradores” o “Personas reconocidas”.

- 2.5. Hay tres tipos de autorías que se consideran inaceptables: autores “fantasma”, que contribuyen sustancialmente pero no son reconocidos (a menudo pagados por promotores comerciales); autores “invitados”, que no hacen ninguna contribución discernible pero se nombran para aumentar las posibilidades de publicación; y autorías “honorarias”, que se basan únicamente en una afiliación tenue con un estudio.

Recomendaciones:

- 2.6. Antes de iniciar la investigación se recomienda documentar la función y la forma como se reconocerá la autoría de cada investigador.
- 2.7. No se debe mentir sobre la participación de una persona en la investigación o publicación, si su contribución se considerada “sustancial” se justifica la autoría, bien sea como autor o colaborador.
- 2.8. No se debe asignar una autoría sin contar con el consentimiento de la persona.
- 2.9. Todas las personas nombradas como autores deben reunir los requisitos de autoría, y todos aquellos que reúnan los requisitos deben aparecer como autores o contribuidores.
- 2.10. Algunos grupos colocan los autores por orden alfabético, a veces con una nota para explicar que todos los autores hicieron contribuciones iguales al estudio y la publicación.

3. Cambios en la autoría

Criterios:

- 3.1. Hace referencia a la adición, supresión o reorganización de los nombres de autor en la autoría de un artículo aceptado.
- 3.2. Las peticiones de añadir o eliminar un autor, o para reorganizar los nombres de los autores, deben ser enviados por el autor correspondiente del artículo aceptado, y deben incluir:
- a) La razón por la cual debe ser añadido o eliminado, o los nombres de los autores reorganizado.
 - b) La confirmación por escrito (e-mail) de todos los autores que están de acuerdo con la adición, supresión o reorganización. En el caso de adición o eliminación de los autores, esto incluye la confirmación de que el autor sea añadido o eliminado

4. Conflicto de intereses

Crterios:

- 4.1. Cuando un investigador o autor, editor tenga alguna opinión o interés financiero/personal que pueda afectar su objetividad o influir de manera inapropiada en sus actos, existe un posible conflicto de intereses. Este tipo de conflictos pueden ser reales o potenciales.
- 4.2. Los conflictos de intereses más evidentes son las relaciones financieras, como:
 - a) Directas: empleo, propiedad de acciones, becas, patentes.
 - b) Indirectas: honorarios, asesorías a organizaciones promotoras, la propiedad de fondos de inversión, testimonio experto pagado.
- 4.3. Los conflictos también pueden existir como resultado de relaciones personales, la competencia académica y la pasión intelectual. Por ejemplo, un investigador que tenga:
 - a) Algún tipo de interés personal en los resultados de la investigación.
 - b) Opiniones personales que están en conflicto directo con el tema que esté investigando.

Recomendaciones:

- 4.4. Revelar si se está en algún conflicto real o potencial de intereses que influya de forma inapropiada en los hallazgos o resultados del trabajo presentado, dentro de los tres (3) años de haber empezado el trabajo presentado que podría influir indebidamente (sesgo) el trabajo.
- 4.5. Revelar el papel de un promotor (o promotores) del estudio, si los hubiere, en el diseño del estudio, en la recopilación, análisis e interpretación de los datos, en la redacción del informe y en la decisión de presentar el documento para su publicación.
- 4.6. Los investigadores no deben entrar en acuerdos que interfieran con su acceso a todos los datos y su capacidad de analizarlos de forma independiente, y de preparar y publicar los manuscritos.
- 4.7. Al presentar un documento, se debe hacer una declaración (con el encabezamiento “Papel que ha tenido la fuente de financiación”) en una sección separada del texto y colocarse antes de la sección “Referencias”.

4.8. Algunos ejemplos de posibles conflictos de intereses que deben ser revelados, incluyen: empleo, consultoría, propiedad de acciones, honorarios, testimonio experto remunerado, las solicitudes de patentes / registros y subvenciones u otras financiaciones.

4.9. Todas las fuentes de apoyo financiero para el proyecto deben ser revelados.

4.10. Se debe describir el papel del patrocinador del estudio.

5. Publicación duplicada

Crterios:

5.1. Los autores tienen la obligación de comprobar que su artículo sea basado en una investigación original (nunca publicada anteriormente). El envío o reenvío intencional de su trabajo para una publicación duplicada se considera un incumplimiento de la ética editorial.

5.2. Se produce una publicación duplicada o múltiple cuando dos o más artículos, sin hacerse referencias entre sí, comparten esencialmente las mismas hipótesis, datos, puntos de discusión y/o conclusiones. Esto puede ocurrir en diferentes grados: Duplicación literal, duplicación parcial pero sustancial o incluso duplicación mediante parafraseo.

5.3. Uno de los principales motivos por los que la publicación duplicada de investigaciones originales se considera no ético es porque puede dar lugar a una “ponderación inadecuada o a un doble recuento involuntario” de los resultados de un estudio único, lo que distorsiona las pruebas disponibles.

Recomendaciones:

5.4. Los artículos enviados para su publicación deberán ser originales y no deberán haberse enviado a otra editorial. En el momento del envío, los autores deberán revelar los detalles de los artículos relacionados (también cuando estén en otro idioma), artículos similares en prensa y traducciones.

5.5. Aunque un artículo enviado esté siendo revisado y no conozca el estado, debe esperar a que el equipo de la revista informe antes de ponerse en contacto con otra revista, y sólo si la otra editorial no publicará el artículo.

5.6. Evite enviar un artículo previamente publicado a otra revista.

5.7. Evite enviar artículos que describan esencialmente la misma investigación a más de una revista.

- 5.8. Indique siempre los envíos anteriores (incluidas las presentaciones de reuniones y la inclusión de resultados en registros) que pudieran considerarse una publicación duplicada.
- 5.9. Evite escribir sobre su propia investigación en dos o más artículos desde diferentes ángulos o sobre diferentes aspectos de la investigación sin mencionar el artículo original.
- 5.10. Se considera manipulador crear varias publicaciones a raíz de la misma investigación.
- 5.11. En el momento del envío, indique todos los detalles de artículos relacionados en un idioma diferente y las traducciones existentes.

6. Reconocimiento de las fuentes

Criterios:

- 6.1. Los autores deben citar las publicaciones que han sido influyentes en la determinación de la naturaleza del trabajo presentado.
- 6.2. Información obtenida de forma privada, no debe ser usada sin explícito permiso escrito de la fuente.
- 6.3. La reutilización de las tablas y/o figuras requiere del permiso del autor y editor, y debe mencionarse de manera adecuada en la leyenda de la tabla o figura.
- 6.4. La información obtenida en el transcurso de servicios confidenciales, tales como manuscritos arbitrales o las solicitudes de subvención, no debe ser utilizada sin el permiso explícito y por escrito del autor de la obra involucrada en dichos servicios.

7. Fraude científico

Criterios:

- 7.1. El fraude en la publicación científica hace referencia a la presentación de datos o conclusiones falsas que no fueron generados a través de un proceso riguroso de investigación.
- 7.2. Existen los siguientes tipos de fraude en la publicación de resultados de investigación:
 - a) Fabricación de datos. Inventar datos y resultados de investigación para después comunicarlos.

- b) Falsificación de datos. La manipulación de materiales de investigación, imágenes, datos, equipo o procesos. La falsificación incluye la modificación u omisión de datos o resultados de tal forma que la investigación no se representa de manera precisa. Una persona podría falsificar datos para adecuarla al resultado final deseado de un estudio.

Recomendaciones:

- 7.3. Antes de enviar un artículo, lea cuidadosamente las políticas editoriales y de datos de la revista.
- 7.4. Nunca modifique, cambie u omita datos de forma intencional. Esto incluye materiales de investigación, procesos, equipos, tablas, citas y referencias bibliográficas.
- 7.5. Tanto la fabricación como la falsificación de datos son formas de conducta incorrecta graves porque ambas resultan en publicaciones científicas que no reflejan con precisión la verdad observada.
- 7.6. El autor debe hacer una gestión adecuada de los datos que soportan la investigación, teniendo especial cuidado en la recopilación, producción, conservación, análisis y comunicación de los datos.
- 7.7. Mantenga registros minuciosos de los datos en bruto, los cuales deberán ser accesibles en caso de que un editor los solicite incluso después de publicado el artículo.

8. Plagio

Criterios:

- 8.1. El plagio es una de las formas más comunes de conducta incorrecta en las publicaciones, sucede cuando uno de los autores hace pasar como propio el trabajo de otros sin permiso, mención o reconocimiento. El plagio se presenta bajo formas diferentes, desde la copia literal hasta el parafraseado del trabajo de otra persona, incluyendo: datos, ideas, conceptos, palabras y frases.
- 8.2. El plagio tiene diferentes niveles de gravedad, como por ejemplo:
- a) Qué cantidad del trabajo de otra persona se tomó (varias líneas, párrafos, páginas, todo el artículo)
 - b) Qué es lo que se copió (resultados, métodos o sección de introducción)

8.3. El plagio en todas sus formas constituye una conducta no ética editorial y es inaceptable.

8.4. La copia literal solo es aceptable si indica la fuente e incluye el texto copiado entre comillas.

Recomendaciones:

8.5. Recuerde siempre que es esencial reconocer el trabajo de otros (incluidos el trabajo de su asesor o su propio trabajo previo) como parte del proceso.

8.6. No reproduzca un trabajo palabra por palabra, en su totalidad o en parte, sin permiso y mención de la fuente original.

8.7. Mantenga un registro de las fuentes que utiliza al investigar y dónde las utilizó en su artículo.

8.8. Asegúrese de reconocer completamente y citar de forma adecuada la fuente original en su artículo

8.9. Incluso cuando haga referencia a la fuente, evite utilizar el trabajo de otras personas palabra por palabra salvo que lo haga entre comillas.

8.10. El parafraseado solo es aceptable si indica correctamente la fuente y se asegura de no cambiar el significado de la intención de la fuente.

8.11. Incluya entre comillas y cite todo el contenido que haya tomado de una fuente publicada anteriormente, incluso si lo está diciendo con sus propias palabras.

9. Fragmentación

Criterios:

9.1. La fragmentación consiste en dividir o segmentar un estudio grande en dos o más publicaciones.

9.2. Como norma general, con tal de que los “fragmentos” de un estudio dividido compartan las mismas hipótesis, población y métodos, no se considera una práctica aceptable.

9.3. El mismo “fragmento” no se debe publicar nunca más de una vez. El motivo es que la fragmentación puede dar lugar a una distorsión de la literatura existente.

Recomendaciones:

- 9.4. Evite dividir inapropiadamente los datos de un solo estudio en dos o más trabajos.
- 9.5. Cuando presente un trabajo, sea transparente. Envíe copias de los manuscritos estrechamente relacionados al manuscrito en cuestión. Esto incluye manuscritos publicados, enviados recientemente o ya aceptados.

10. Corrección de artículos publicados**Criterio:**

Cuando un autor descubre un error o inexactitud significativa en el trabajo publicado, es obligación del autor notificar de inmediato a la revista y cooperar en el proceso de corrección.

Editorial Ethics Policy

The journal defines the following criteria and recommendations related to ethics in scientific publication:

1. General criteria

- 1.1. The articles must contain sufficient detail and references to permit replicate or refute the study.
- 1.2. Fraudulent or knowingly inaccurate statements constitute unethical behavior.
- 1.3. You must respect the privacy rights of human beings.

2. Authorship Criteria:

- 2.1. An “author” is the person who has made a significant intellectual contribution to the article, therefore, all persons named as authors should qualify for authorship, and all those who meet should be mentioned explicitly.
- 2.2. They must collectively meet three basic criteria to be recognized as author:
 - a) Contribution: substantial contributions to conception and design, data acquisition, analysis and interpretation of the study.
 - b) drafting or revision of intellectual content.
 - c) Approval of the final version.
- 2.3. The order of authorship should be a joint decision of the coauthors.
- 2.4. Persons participating in a study but do not meet the criteria for authorship must be listed as “Partners” or “recognized persons”.
- 2.5. There are three types of authorship that are considered unacceptable: authors “ghost”, which contribute substantially but are not recognized (often paid by commercial developers); authors “guests” who make no discernible contribution but are named to increase the chances of publication; and authorship “honorary”, which are based solely on a tenuous affiliation with a study.

Recommendations:

- 2.6. Before starting the research it is recommended to document the function and how the responsibility of each researcher will be recognized.
- 2.7. Do not lie on the participation of a person in research or publication, if their contribution is considered “substantial” authorship is justified, either as author or collaborator.
- 2.8. You do not assign authorship without the consent of the person.
- 2.9. All persons named as authors should qualify for authorship, and all those who qualify should be listed as authors or contributors.
- 2.10. Some groups put the authors in alphabetical order, sometimes with a note explaining that all authors made equal contributions to the study and publication.

3. Changes in authorship**Criteria:**

- 3.1. It refers to the addition, deletion or rearrangement of author names in the author of an accepted article.
- 3.2. Requests to add or remove an author, or to rearrange the names of the authors should be sent by the corresponding author of a paper accepted, and should include:
 - a) The reason why the the names of the authors should be added, deleted or reorganized.
 - b) The written confirmation (e-mail) of all authors agree with the addition, deletion or reorganization. In the case of addition or removal of the authors, this includes confirmation that the author is added or removed.

4. Conflict of interests**Criteria:**

- 4.1. When a researcher or author, publisher have any opinion or financial / personal interest that could affect their objectivity or improperly influence their acts, there is a potential conflict of interest. Such conflicts can be real or potential.

- 4.2. The most obvious conflicts of interest are financial relations, such as:
- a) Direct: employment, stock ownership, grants, patents.
 - b) Indirect: fees, consulting promoting organizations, property of investment funds, pay for expert testimony.
- 4.3. Conflicts can also occur as a result of personal relationships, academic competition and intellectual passion. For example, a researcher who has:
- a) any personal interest in the outcome of the investigation.
 - b) Personal opinions that are in direct conflict with the topic they are researching.

Recommendations:

- 4.4. Disclose if you are in any real or potential conflict of interest that inappropriately influence on the findings or results of the work presented, within three (3) years of beginning the work presented that could unduly (bias) influence the work.
- 4.5. Reveal the role of a promoter (s) of the study, if any, in study design; in the collection, analysis and interpretation of data, writing the report and the decision to submit the paper for publication.
- 4.6. Researchers must not enter into agreements that interfere with their access to all data and its ability to analyze it independently, and to prepare and publish manuscripts.
- 4.7. When submitting a document, you must make a statement (with the heading “Paper that has been the source of financing”) in a separate text and placed before the “References” section.
- 4.8. Some examples of potential conflicts of interest that must be disclosed, including: employment, consultancies, stock ownership, honoraria, paid expert testimony, patent applications / registrations and grants or other funding.
- 4.9. All sources of financial support for the project must be disclosed.
- 4.10. You must describe the role of the study sponsor.

5. Publication duplicate

Criteria:

- 5.1. The authors are required to check that their articles are based on original research (never published before). Sending or forwarding his work intentionally for a duplicate publication is considered a breach of editorial ethics.
- 5.2. A duplicate or multiple publication occurs when two or more items, without making references to each other, essentially share the same hypothesis, data, discussion points and / or conclusions. This can occur in varying degrees: literal Duplication, partial duplication but substantial or even by paraphrasing.
- 5.3. One of the main reasons that duplicate publication of original research is considered unethical is because it can lead to an “inadequate weight or inadvertent double counting” of the results of a single study, which distorts the available evidence.

Recommendations:

- 5.4. Articles submitted for publication must be original and should not have been sent to another publisher. At the time of shipment, authors should disclose details of related items (also when they are in another language), like newspaper articles and translations.
- 5.5. Although a paper submitted is being reviewed and does not know the state of it, you must wait for the journal’s report before contact with another journal, and only if the other publisher does not publish the article.
- 5.6. Avoid submitting an article previously published in another journal.
- 5.7. Avoid sending articles describing essentially the same research to more than one journal.
- 5.8. Always state the previous submission (including meeting presentations and the inclusion of results in registries) that could be considered a duplicate publication.
- 5.9. Avoid writing about his own investigation into two or more items from different angles or different aspects of the investigation not to mention the original article.
- 5.10. It is considered manipulative create multiple publications as a result of the same investigation.

5.11. At the time of shipment, specify every detail of articles in a different language and existing translations.

6. Recognition of sources

Criteria:

- 6.1. Authors must cite publications that have been influential in determining the nature of the work presented.
- 6.2. Information obtained privately must not be used without express written permission from the source.
- 6.3. The reuse of tables and / or figures requires the permission of the author and editor, and must be mentioned properly in the legend of the table or figure.
- 6.4. The information obtained in the course of confidential services, such as arbitration manuscripts or grant applications must not be used without the express written permission of the author of the work involved in such services.

7. Scientific Fraud

Criteria:

- 7.1. Fraud in scientific publication refers to the submission of false data or conclusions that were not generated through a rigorous screening process.
- 7.2. There are the following types of fraud in the publication of research results:
 - a) Manufacture of data. Invent data and research results and then communicate.
 - b) Falsification of data. Manipulating research materials, images, data, equipment or processes. Counterfeiting includes modification or omission of data or results such that the research is not accurately represented. A person could falsify data to suit the desired study outcome.

Recommendations:

- 7.3. Before submitting an article, please read the editorials and journal data policies.
- 7.4. Never alter, change or omit information intentionally. This includes research materials, processes, equipment, tables, citations and references.

- 7.5. Both manufacturing and data falsification are forms of serious misconduct because both result in scientific publications that do not accurately reflect the observed truth.
- 7.6. The author must make a proper data management that support the investigation, taking special care in the collection, production, storage, analysis and reporting of data.
- 7.7. Keep careful records of raw data, which must be accessible in case of an editor's request even after publication of the article.

8. Plagiarism

Criteria:

- 8.1. Plagiarism is one of the most common forms of misconduct in publications, it happens when an author poses as their own the work of others without permission, mention or recognition. Plagiarism occurs in different forms, from the literal to the paraphrased copy of another person's work, including: information, ideas, concepts, words and phrases.
- 8.2. Plagiarism has different severity levels, such as:
 - a) How much of someone else's work took (several lines, paragraphs, pages, whole article)
 - b) What is it was copied (results, methods or input section)
- 8.3. Plagiarism in all its forms constitutes unethical publishing behavior and is unacceptable.
- 8.4. Verbatim copying is only acceptable if it indicates the source and include the copied text in quotes.

Recommendations:

- 8.5. Always remember that it is essential to recognize the work of others (including work your adviser or their own previous work) as part of the process.
- 8.6. Do not replicate a work, word by word, in whole or in part without permission and reference to the original source.
- 8.7. Keep track of the sources used to investigate and where used in his article.
- 8.8. Be sure to fully recognize and properly cite the original source in his article.

8.9. Even when you reference the source, avoid using other people's work word by word unless you do it in quotes.

8.10. The paraphrase is only acceptable if properly indicates the source and make sure not to change the intended meaning of the source.

8.11. Include quotes and cite all the content is taken from a published source above, even if it is saying in their own words.

9. Fragmentation

Criteria:

9.1. Fragmentation is to divide or segment a large study in two or more publications.

9.2. As a general rule, provided that the "fragments" of a study divided share the same assumptions, population and methods, it is not considered an acceptable practice.

9.3. The same "fragment" should never post more than once. The reason is that fragmentation can lead to distortion of the existing literature.

Recommendations:

9.4. Avoid improperly split the data from a single study in two or more works.

9.5. When submitting a job, be transparent. Send copies of manuscripts closely related to the manuscript in question. This includes manuscripts published recently accepted or already sent.

10. Correction of published articles

Criteria:

When an author discovers a significant error or inaccuracy in the published work, the author is obliged to immediately notify the magazine and cooperate in the process of correction.

Democracia, participación e inclusión

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, SEDE BOGOTÁ
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales
“Gerardo Molina” – UNIJUS

Se terminó de imprimir en los talleres de DGP Editores S.A.S.

300 libros impresos sobre papel book cream de 90 grs,
con tipografía de familia Constantia a 10 puntos.
Diagramación: Melissa Ruano Chacón.