

Revista
PENSAMIENTO JURÍDICO
Enero-junio de 2019 No. 49

Administración, justicia
y formación jurídica

Revista
PENSAMIENTO JURÍDICO
Enero-junio de 2019 No. 49

Administración, justicia y formación jurídica



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

REVISTA PENSAMIENTO JURÍDICO No. 49

Título del número: *Administración, justicia y formación jurídica*

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

Lugar y fecha: Bogotá, enero-junio de 2019

© 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. Ómar Huertas Díaz (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 São 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 in St. Louis, Estados Unidos)

Pares Evaluadores

Prof. Msc. Javier Revelo Rebolledo (Universidad de Pennsylvania, Estados Unidos)

Prof. Dr. Francisco Manuel Silva Ardanuy (Universidad de Sevilla, España)

Prof. Dra. Mary Luz Tobón Tobón (Universidad Libre, Colombia)

Prof. Dra. Iveth del Rosario Rodríguez Muñoz (Universidad Libre, Colombia)

Prof. Msc. Sergio Estrada Vélez (Institucion Universitaria de Envigado, Colombia)

Prof. Dr. Blanca Rodríguez Ruiz (Universidad de Sevilla, España)

Prof. Dra. Esther Haydeé Silvia Ferrer de Fernández (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

Prof. Msc. David Ernesto Llinas Alfaro (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)

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: El auto de fe público de la Inquisición novohispana en el pueblo de San Bartolomé Otzolotepec en 1716. Real Cédula de creación del Santo Oficio de la Inquisición de 25.1. de enero de 1569, ed. por Memoria Política de México.

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

Introducción	9-11
 <i>Historia del derecho penal en los virreinos americanos de la Monarquía de las Españas e Indias (1519-1825)</i> <i>History of criminal law in the American Viceroyalty of the Monarchy of Spain and the Indies (1519-1825)</i>	
Bernd Marquardt	13-79
 <i>Claros y oscuros de los procesos administrativos sancionadores surtidos ante la Superintendencia Nacional de Salud</i> <i>Clear and Ambiguous Administrative Disciplinary Proceedings Taking Place at the National Superintendence of Health</i>	
María Lourdes Ramírez Torrado y Albania de la Cruz	81-112
 <i>Las oficinas transnacionales de abogados como autoridad privada</i> <i>Transnational law firms as private authority</i>	
José A. Toro-Valencia	113-143
 <i>Análisis del Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, Sexuales y Reproductivos desde la perspectiva de la eficacia simbólica</i> <i>Analysis of National System of School Coexistence and Training for the exercise of human sexual and reproductive rights from the perspective of symbolic efficiency</i>	
Leonel Esteban Martínez Castro	145-160
 <i>Comienzos de la enseñanza de la administración pública en Colombia, 1826</i> <i>Beginning of the teaching of the public administration in Colombia, 1826</i>	
Miguel Malagón Pinzón	161-186

Rethinking “compound elections” from an interest-based negotiation approach

David Mauricio Guinard Hernández..... 187-203

Hacinamiento carcelario: reflexiones críticas en el constitucionalismo colombiano

Prison Overcrowding: Critical reflections in Colombian constitutionalism

Jeffrey Arcos-Troyano..... 205-228

La responsabilidad civil extracontractual en Colombia a través del debate entre justicia correctiva y el análisis económico del derecho: análisis desde una perspectiva normativa

Extracontractual civil liability in Colombia through the debate between corrective justice and economic analysis of law: analysis from a normative perspective

Nicolás Bernal Poeti..... 229-248

Introducción

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 historia del derecho, la práctica jurídica institucional y la democracia desde un enfoque trans e interdisciplinar, con el ánimo de contribuir a la comprender las lógicas de funcionamiento y evolución del derecho. 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, el profesor de la Universidad Nacional de Colombia Bernd Marquardt (doctor en Derecho con estudios postdoctorales (2000) y su segundo doctorado superior –la Habilitation centroeuropea (2003)– en la Universidad de Sankt Gallen en Suiza, otro posdoctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia (2018), magíster incluyendo el pregrado en Derecho de la Universidad Georgia Augusta de Gotinga en la República Federal de Alemania) presenta el artículo titulado “Historia del derecho penal en los virreinos americanos de la Monarquía de las Españas e Indias (1519-1825)”. Este artículo pretende analizar la historia del derecho penal en los virreinos americanos de la Monarquía de las Españas e Indias, en los tres siglos entre 1519 y 1825, que se pueden entender como la fase tardía de la civilización agraria preilustrado-preindustrial, el Antiguo Régimen y la Modernidad temprana, con diferencias fundamentales en comparación con la posterior cultura ilustrada-liberal. En un total de cinco subcapítulos, presenta el diseño teórico-metodológico, que se fundamenta en la escuela sociocultural y transnacional de la historia del derecho, describe la justicia penal secular, discute los delitos religiosos ante los Tribunales del Santo Oficio de la Inquisición, desarrolla la perspectiva comparada en búsqueda de un balance de evaluación, señala la existencia de una ruptura sistémica en los inicios del siglo XIX, para terminar con algunas observaciones finales.

Seguidamente, la profesora de la Universidad del Norte María Lourdes Ramírez Torrado (doctora en Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III (España) y abogada de la Universidad del Norte) y la funcionaria judicial Albania de la Cruz (magíster en Derecho de la Universidad del Norte, especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, abogada de la Universidad Libre) presentan el texto denominado “Claros y oscuros de los

procesos administrativos sancionadores surtidos ante la Superintendencia Nacional de Salud”. En el artículo se analiza el régimen sancionador de la Superintendencia Nacional de Salud, se revisa la evolución constitucional e institucional del sector, se estudian luego los principios del derecho administrativo sancionador y, por último, las normas que regulan esta actividad en el sector, a partir de los principios del derecho administrativo materia del *ius puniendi* del Estado.

A continuación, el profesor de la Universidad Eafit José A. Toro-Valencia (abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, LL M de la American University y PhD en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra) presenta el artículo “Las oficinas transnacionales de abogados como autoridad privada”. En este documento se analiza cómo las firmas globales de abogados se han constituido en uno de los arquitectos de la promulgación de normas de *soft law* en el derecho internacional. Así mismo, se pretende caracterizar los grandes bufetes de abogados a escala global y con ello identificar su papel de autoridad privada en derecho internacional.

Seguidamente, Leonel Esteban Martínez Castro (abogado de la Universidad del Atlántico) presenta el texto titulado “Análisis del Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, Sexuales y Reproductivos desde la perspectiva de la eficacia simbólica”. Este texto parte de la existencia de múltiples y complejos tipos de violencia, así como de la presencia de múltiples problemáticas que padecen los niños, niñas y adolescentes en la escuela, la familia y la sociedad, que obedecen a diversas causas y tienen diferentes implicaciones. Así mismo, evidencia cómo algunas de esas situaciones fueron reguladas en Colombia por la Ley 1620 y su Decreto Reglamentario 1965 de 2013, exponiendo cómo sus niveles de incidencia han sido insuficientes hasta la fecha. En ese sentido, dicha normatividad es analizada en este artículo desde la perspectiva de su efectividad y, especialmente, de su eficacia simbólica, para comprender las causas reales de su inoperancia y la verdadera pretensión política tras su publicación.

En siguiente lugar, el profesor asociado a la Universidad de los Andes Miguel Malagón Pinzón (abogado de la Universidad de Rosario, doctor en Ciencia Política y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid) presenta el artículo denominado “Comienzos de la enseñanza de la administración pública en Colombia, 1826”. En este artículo se realiza un estudio de cómo comenzó en Colombia la enseñanza de la ciencia administrativa, quiénes fueron sus primeros profesores, y las universidades que primero la implementaron. También se reconstruyen los primeros planes de los estudios jurídicos de otros países latinoamericanos, como Brasil, México y Chile.

Seguidamente, David Mauricio Guinard Hernández (candidato a magíster en Derecho por la Universidad de Melbourne [Australia], máster en Economía, Regulación y Competencia en los Servicios Públicos por la Universidad de Barcelona [España] y abogado de la Universidad Externado de Colombia) presenta el artículo “Rethinking

‘compound elections’ from an interest-based negotiation approach”. En este documento se caracterizan las elecciones compuestas como elecciones indirectas complejas que tienen un proceso de dos etapas (nominación y elección), que están determinadas por la influencia y el poder de las partes que participan, y se caracterizan por el uso de diversas tácticas de negociación para respaldar sus intereses. El artículo sostiene que un enfoque de negociación basado en intereses puede ayudar a tener elecciones compuestas más eficientes, transparentes y objetivas, por lo cual desarrolla los elementos básicos para la implementación de este tipo de enfoque.

Posteriormente, el estudiante de Derecho de la Universidad Santiago de Cali y de la Licenciatura en Filosofía en la Universidad del Valle Jeffrey Arcos-Troyano trae el artículo “Hacinamiento carcelario: reflexiones críticas en el constitucionalismo colombiano”. Este artículo hace un análisis de las implicaciones ético-jurídicas que subyacen al momento de ser decretado un estado de cosas inconstitucional frente al problema del hacinamiento en las cárceles. Se resalta no solo la vulneración masiva de derechos fundamentales, sino también la indiferencia con la que operan los ciudadanos en Colombia, quienes relegan a una minoría de la población que se vuelve vulnerable ante ese trato residual de la sociedad y de un Estado que se niega a resolver ese problema, aduciendo un déficit presupuestal y una incapacidad de sus instituciones para hacerle frente.

Finalmente, el estudiante de la Universidad Nacional de Colombia Nicolás Bernal Poeti presenta el artículo “La responsabilidad civil extracontractual en Colombia a través del debate entre justicia correctiva y el análisis económico del derecho: análisis desde una perspectiva normativa”. Este documento parte de una concepción instrumentalista del derecho, bajo la cual se pregunta sobre los fines de la responsabilidad civil extracontractual en Colombia desde una perspectiva normativa. En consecuencia, se presentan las principales escuelas teóricas que han abordado el tema, desde una perspectiva de consecuencialismo versus no consecuencialismo, para llegar a postular la posibilidad de una tercera vía en cabeza de la teoría conciliatoria, del profesor Samuel Scheffler. Finalmente, se toma la cuantificación del daño como ejemplo de aplicación de la teoría descrita.

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 *Pensamiento Jurídico*, con el ánimo de contribuir a los debates actuales del mundo del derecho en sentido amplio, abordando discusiones pertinentes sobre la evolución del derecho colombiano en perspectiva comparada y su funcionamiento práctico.

BERND MARQUARDT

Director *Revista Pensamiento Jurídico*

Historia del derecho penal en los virreinos americanos de la Monarquía de las Españas e Indias (1519-1825)

History of criminal law in the American Viceroyalty of the Monarchy of Spain and the Indies (1519-1825)

Bernd Marquardt*

Fecha de recepción: 20 de mayo de 2019

Fecha de aceptación: 20 de junio de 2019

RESUMEN

El presente artículo pretende analizar la historia del derecho penal en los virreinos americanos de la Monarquía de las Españas e Indias, en los tres siglos entre 1519 y 1825, que se pueden entender como la fase tardía de la civilización agraria preilustrado-preindustrial, el Antiguo Régimen y la Modernidad temprana, con diferencias fundamentales en comparación con la posterior cultura ilustrada-liberal. En un total de cinco subcapítulos, se iniciará con la introducción teórica-metodológica que se fundamenta en la *escuela sociocultural y transnacional de la historia del derecho* y debate críticamente la concepción entre las ofertas paradigmáticas de derecho indiano y derecho colonial. El segundo subcapítulo se dedicará a la justicia penal secular, preguntando por las normas relevantes,

los delitos y las penas, los delitos políticos de lesa majestad y traición, el combate al bandolerismo rural y el proceso penal inquisitivo, con su enfoque en la *verdad* a través de la tortura judicial. En tercer lugar, se discutirán los delitos religiosos ante los Tribunales del Santo Oficio de la Inquisición, profundizando grupos de casos como la persecución de los cristianos nuevos, los protestantes, los herejes intelectuales, las brujas y los libros herejes, para terminar con la perspectiva comparada en búsqueda de un balance de evaluación. Sigue el cuarto apartado sobre la ruptura sistemática a comienzos del siglo XIX, para terminar con algunas observaciones finales.

Palabras clave: derecho penal preilustrado, derecho indiano, escuela sociocultural y transnacional de la historia del derecho, santa inquisición.

* Profesor titular en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Es fundador y director del Grupo de Investigación CC - *Constitucionalismo Comparado* (A1) e *investigador sénior* en *Colciencias*. Realizó el Doctorado en Derecho con la calificación *summa cum laude* (1999), sus estudios postdoctorales (2000) y su segundo doctorado superior —la *Habilitation* centroeuropea (2003)— en la Universidad de Sankt Gallen, en Suiza. Dispone de otro postdoctorado en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia (2018). De igual forma, es magíster, incluyendo el pregrado en Derecho (*Erstes Juristisches Staatsexamen*, 1995) de la Universidad Georgia Augusta de Gotinga en la República Federal de Alemania. Ha enseñado, entre otros, en los programas de doctorado y maestría de las universidades de Sankt Gallen (Suiza), Zürich (Suiza), Linz (Austria), Autónoma de Saltillo (México), Nacional de Colombia, Libre y Santo Tomás (Bogotá), de Medellín y Surcolombiana (Neiva). Dirige el Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Tiene actualmente 190 publicaciones, con 26 libros completos, incluyendo el primer tomo de la *Historia del derecho de Hispanoamérica en perspectiva transnacional y socio-cultural* (2019), los dos tomos de la *Teoría integral del Estado* (2018), *Ius contra bellum* (2017), *Historia constitucional comparada de Iberoamérica* (2016), *Derechos humanos y fundamentales. Una historia del Derecho* (2015) y *La historia del Estado moderno en Asia y África del Norte* (2014). Correo electrónico: b.marquardt@gmx.ch

INTRODUCCIÓN Y DISEÑO TEÓRICO METODOLÓGICO

Es una observación general que la historia del derecho en Colombia disfrute de una atención menor que en muchos otros países europeos y americanos. Esta observación parece particularmente válida para la *Modernidad temprana* de los siglos XVI a XVIII —pese al interés iushistórico general en esta época— y aún más en cuanto a la historia del derecho penal¹. El presente artículo pretende dedicarse a esta laguna de investigación e iluminar un poco más un tema que contiene múltiples dimensiones del lado oscuro del Estado y su poder punitivo.

Las fechas en el título del texto se refieren al año de 1519 como el inicio de la conquista de América continental por el Sacro Emperador Romano Carlos V y al año de 1825 como la pérdida del último dominio significativo de la corona madrileña en América, a saber, el Alto Perú, que se convirtió en la posterior Bolivia.

Como pioneros de la historiografía del derecho penal temprano-moderno de Hispanoamérica, pero metodológicamente anticuados, pueden señalarse los estudios del abogado e historiador José Toribio Medina Zavala (1852-1930) dedicados al tema de la historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Lima y de Cartagena de las Indias, publicados en 1887 y 1899, respectivamente. En 1898, Arturo Quijano escribió su *Ensayo sobre la evolución del derecho penal en Colombia*, que incluye varias épocas, incluyendo el *Antiguo Régimen*². En cambio, varias investigaciones colombianas más recientes, como las de Antonio J. Cancino Moreno, Aura Helena Peñas Felizola o Francisco Bernate Ochoa, se

- 1 Sobre la historia penal de la Modernidad temprana en otras zonas: Ehrlich, Anna, *Hexen, Mörder, Henker, Eine Kriminalgeschichte*. 2.a ed. Viena: Amalthea, 2007, cap. 1-2. Gschwend, Lukas, *Strafrecht, Droit pénal, Diritto penale. Historisches Lexikon der Schweiz*, 26.11.2013. Disponible en <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/009616/2013-11-26/> (17.6.2019). Hähnchen, Susanne. *Rechtsgeschichte*. 5.a ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2016, pp. 272 y ss. Härter, Karl. *Strafrechts- und Kriminalitätsgeschichte der Frühen Neuzeit*. Berlin-Boston: De Gruyter, 2018. Hinckeldey, Christoph et al. *Justiz in alter Zeit*. Rothenburg: Kriminalmuseum, 1989, pp. 59-368. Knepper, Paul y Johansen, Anja. *The Oxford Handbook of the History of Crime and Criminal Justice*: Oxford: Univ. Press, 2016. Kroeschell, Karl et al. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Tomo 2. 1250-1650. 9.a ed. Colonia: Böhlau, 2008, pp. 293 y ss. Marquardt, Bernd. El primer Código Penal sistemático de la modernidad temprana europea. La Constitutio Criminalis Carolina de 1532. *Pensamiento Jurídico*, 2017, n.º 45, Bogotá, UNAL, 2017, pp. 15-60. Meccarelli, Massimo. Criminal Law before a State Monopoly. En: Pihlajamäki, Heikki et al., eds. *The Oxford Handbook of European Legal History*. Oxford: Univ. Press, 2018, pp. 632-654. Rüping, Hinrich y Jeruschek, Günter. *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*. 6.a ed. Múnich: C.H. Beck, 2011, pp. 13-63. Schild, Wolfgang. *Folter, Pranger, Scheiterhaufen*. Múnich: Bassermann, 2010. Schmidt, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. 3.a ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1995, pp. 46-211.
- 2 Medina Z., José T. *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Lima (1569-1820)*. 2 tomos. Santiago: Impr. Gutenberg, 1887. Medina Z., José T. *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Cartagena de las Indias*. Santiago: Elzeviriana, 1899 (última reed.: Bogotá: Valencia, 1978). Quijano, Arturo. *Ensayo sobre la evolución del derecho penal en Colombia*. Bogotá: M. Rivas, 1898.

enfocan en la posterior era republicana³. Sirven más los grandes iushistoriadores españoles, como Francisco Tomás y Valiente, que analizan el Estado español de entonces, este último sobre *El derecho penal de la monarquía absoluta* (1969/1992) y *La tortura judicial* (1973/2000)⁴. En vez de la ciencia jurídica, ha avanzado más la *investigación de la criminalidad histórica* que se ubica, principalmente, en las ciencias históricas y la antropología. En la bibliografía colombiana, llama la atención el libro de Beatriz Patiño M. sobre la era transformadora, titulado *Criminalidad, ley penal y estructura social en la provincia de Antioquia, 1750-1820*, que se publicó en dos ediciones de 1994 y 2013⁵. En esta esfera, hay que señalar también la multitud de microestudios temáticos y locales que se citarán a lo largo de este artículo. Todavía predominan autores españoles, mexicanos y chilenos.

En términos metodológicos, se avisa que el artículo no comparte el extendido Foucault-centrismo adoptado por muchos penalistas colombianos. De acuerdo con la opinión predominante en la historiografía iuspenal de Europa, se considera *Vigilar y castigar*⁶ una obra marginal, en vez del presumido *magnum opus* y referente de la disciplina, al estilo de un ensayo provocativo, con ideas interesantes pero no siempre compatibles con el estado del arte. En cambio, el presente artículo se fundamenta en la *escuela sociocultural y transnacional de la historia del derecho*, que el autor ha desarrollado y perfilado detalladamente en otros textos, combinando lo jurídico del pasado con enfoques de la historia social, historia cultural y del derecho comparado⁷. Por lo tanto, se analizan los textos de los siglos XVI a XVIII en su contexto, con las respectivas precondiciones y consecuencias, incluyendo casos llamativos que ilustran la práctica, sin olvidar determinar el lugar de la zona de estudio en comparación con otros Estados de la misma época.

- 3 Cancino M., Antonio J. *Las instituciones penales colombianas y su evolución a partir del código de 1837*. 3 tomos. Bogotá: Universidad Externado, 1990. Peñas F., Aura H. *Génesis del sistema penal colombiano*. Bogotá: Doctrina & Ley, 2006. Peñas F., Aura H. La producción del derecho penal público en la fundación del Estado nacional en Brasil y Colombia (1808-1849). En: Marquardt, Bernd y Llinás, David, eds. *Historia comparada del derecho público latinoamericano del siglo XIX. Anuario VII de CC - Constitucionalismo Comparado*. Bogotá: Ibáñez, 2018, pp. 413-456. Bernate O., Francisco. El Código penal colombiano de 1890. *Estudios Jurídico-Sociales*, 2004, vol. 6, n.º 2, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004, pp. 535-558.
- 4 Tomás y V., Francisco. *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*. 2.ª ed. Madrid: Tecnos, 1992 (1.ª ed. de 1969). Tomás y V., Francisco. *La tortura judicial en España*. 2.ª ed. Barcelona: Crítica, 2000 (1.ª ed. de 1973).
- 5 Patiño M., Beatriz. *Criminalidad, ley penal y estructura social en la provincia de Antioquia, 1750-1820*. 2.ª ed. Bogotá: Universidad del Rosario, 2013. Además: Muñoz C., Andrés D. La administración de justicia penal y la criminalidad en la Gobernación de Popayán (1750-1820). *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 2013, vol. 40, n.º 1, Bogotá, UNAL, pp. 19-48. En general: Härter, *Strafrechts- und Kriminalitätsgeschichte der Frühen Neuzeit*, op. cit.
- 6 Foucault, Michel. *Vigilar y castigar*. México: Siglo XXI, 1998. Título original en francés: *Surveiller et punir*, París, Gallimard, 1975.
- 7 Véase en particular: Marquardt, Bernd. *Historia del derecho de Hispanoamérica en perspectiva transnacional y socio-cultural*. Tomo 1. *Los métodos & la Modernidad Temprana. Los Virreinos de la Monarquía española, 1519-1825*. Bogotá: Ibáñez, 2019, pp. 1-87.

En términos de los conceptos aplicables, una pregunta clave es la de la denominación del derecho de la *modernidad temprana* española en América. Al respecto, se ha impuesto la propuesta del derecho indiano según Ricardo Levene, de 1916⁸, que continúa siendo vigente hasta hoy. A diferencia de unos malentendidos extendidos, la expresión *indiano* no tiene que ver ni con los indígenas ni con la India, sino que la palabra es el adjetivo gentilicio que hace referencia a las *Indias*, en el papel, la denominación oficial de Hispanoamérica en la época analizada que apareció en múltiples fuentes primarias, incluyendo la famosa *Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias* de 1680⁹. La desventaja de la denominación *derecho indiano* es que no es entendible directamente en el presente.

Una propuesta alternativa habla del supuesto *derecho colonial*¹⁰, en concordancia con el ascenso de las teorías poscoloniales en boga, pero no convence debido a tres causas: primero, se considera que es menos precisa por no especificar su ámbito espaciotemporal de validez; segundo, la terminología colonial es ajena a las fuentes primarias que casi nunca hablaron de colonias; y, tercero, la concepción colonial es muy dudosa para partes integrales de una *monarquía compuesta*¹¹ del Antiguo Régimen preilustrado y preindustrial, pues lleva a asociaciones difíciles con el imperialismo industrial del tándem anglo-francés entre 1850 y 1950. En su núcleo, la teoría pos, de y neocolonial tiende a un uso mitologizante de la historia con connotaciones nacionalistas y neo-derechistas que buscan fortalecer identidades colectivas del presente, efectuando un juego engañoso con imaginarios de identidades colectivas. Según el patrón más extendido de esta escuela, parece que *los españoles nos conquistaron* hasta que nosotros nos *liberamos* de ellos, en lo que casi todo es falso: los que hicieron la revolución ilustrada de 1820-1825 no representaron ningún movimiento anti-colonial de grupos arbitrariamente sometidos, sino que se trató precisamente de los bisnietos de los conquistadores mismos (sic), mientras los campesinos

8 Levene, Ricardo. *Introducción al estudio del derecho indiano*. Buenos Aires: Caraciolo, 1916.

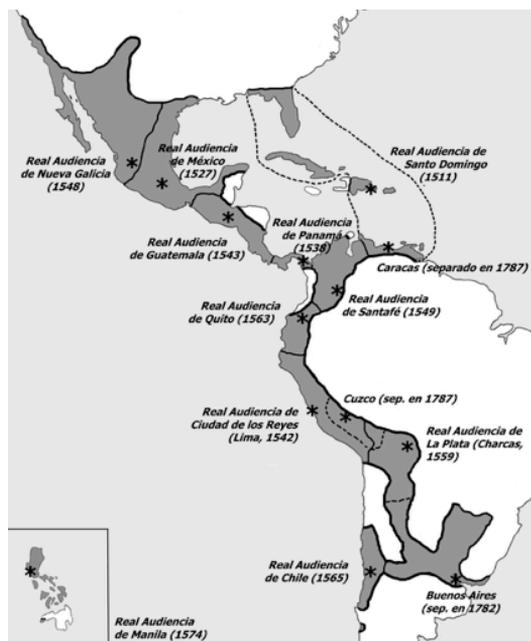
9 *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, mandadas imprimir y publicar por la Magestad Católica del Rey Don Carlos II*. 4 tomos. Madrid: Ivlian de Paderes, 1681; 2ª ed.: Madrid: por Antonio Balbas, 1756; 3ª ed.: Madrid: por Andrés Ortega, 1774; ed. en facsímile: Congreso de la República de Perú, ed. *Archivo digital de la Legislación del Perú*. Lima, Archivo General del Congreso. Disponible en: http://www.leyes.congreso.gob.pe/leyes_indias.aspx (15.6.2019).

10 P. ej., en Malagón P., Miguel. *Salvajes, bárbaros e inmigrantes en el derecho administrativo hispanoamericano*. Bogotá: Universidad Externado, 2015, p. 87.

11 Sobre este concepto: Bravo L., Bernardino. *Constitución y reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica*, 1511-2009. Santiago: A. Perrot, 2010, pp. 16 y ss. Elliott, John H. Una Europa de monarquías compuestas. En: Elliott, John H. *España en Europa*. Valencia: Univ., 2002, pp. 65-92. Feros, Antonio. *Speaking of Spain*. Cambridge: Harvard Univ. Press, 2017, pp. 12 y ss. Marquardt, Bernd. *Teoría integral del Estado. Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial. Tomo 1. La era preilustrada y preindustrial. Desde la sociedad pre-estatal hasta el Estado de la paz interna (3000 a.C.-1775 d.C.)*. Bogotá: Ibáñez, 2018, pp. 337 y ss. Marquardt, Bernd. *Historia del derecho de Hispanoamérica en perspectiva transnacional y socio-cultural*. Tomo 1. Op. cit., pp. 185 y ss. Pérez, Joseph. *Historia de España*. Nueva ed. Barcelona: Crítica, 2014, pp. 213 y ss.

indígenas de entonces defendieron mayoritariamente la legitimidad de la Corona del Antiguo Régimen en vez del liberalismo ilustrado, que les pareció más amenazante. En los siglos XVI-XVIII, no existió ninguna nación A que hubiera explotado la nación B, sino un rey común que dominó paralelamente en todas las partes agregadas de su *monarquía compuesta* las respectivas sociedades estamentales, segmentarias y señoriales. Muchas veces, la señalada oferta teórica recita la *leyenda negra*¹² para estigmatizar el dominio español, olvidando que los Reyes Católicos actuaban plenamente en el marco de las normalidades de su época, que no fueron peores que las inglesas o francesas de entonces. En las monedas del siglo XVIII, los jefes de Estado con sede en Madrid se presentaron con el título de “Rey de las Españas y de las Indias”¹³, incluyendo a América en el nombre oficial, es decir, los virreinos americanos no fueron nada subordinado a un derecho especialmente discriminador y explotador, sino que, al igual que los virreinos europeos, pertenecieron al cuerpo agregado de un Estado que se entendió a sí mismo como la Monarquía de las Españas e Indias. De todos modos, lo más correcto y entendible sería partir de la denominación *derecho hispanoamericano del Antiguo Régimen*¹⁴.

- 12 Críticos: Bernhard, Roland. *Geschichtsmythen über Hispanoamerika*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2013, pp. 169 y ss. Molina M., Miguel. *Historia de la leyenda negra hispano-americana*. Madrid: Marcial Pons, 2004, pp. 47 y ss., 149 y ss. Roca B., María. *Imperiofobia y leyenda negra*. 2.ª ed. Madrid: Siruela, 2016, pp. 121 y ss., 291 y ss. Schilling, Heinz. Del Imperio común a la leyenda negra. En: Wegener, Henning y Vega C., Miguel Á., eds. *España y Alemania. Percepciones mutuas de cinco siglos de historia*. Madrid: Complutense, 2002, pp. 37-61. Vaca de O., José. *El Imperio y la leyenda negra*. Madrid: Rialp, 2004, pp. 147 y ss.
- 13 Comp. figura 2.
- 14 Debate detallado del *paradigma colonial* y sus problemas en: Marquardt, *Historia del derecho de Hispanoamérica en perspectiva transnacional y socio-cultural*. Tomo 1. *Op. cit.*, pp. 72-75, 121-132. Véase además: Cardim, Pedro. Political Status and Identity. Debating the Status of American Territories across the 16th and 17th Century Iberian World. *Rechtsgeschichte, Legal History*, 2016, n.º 24, Fráncfort, Klostermann, pp. 101-116, 106. García P., Rafael. El estatus jurídico de América en la Monarquía española. *Revista de Historia del Derecho*, 2017, n.º 53, Buenos Aires, Inhide, pp. 41-80. Lempérière, Annick. El paradigma colonial en la historiografía latinoamericanista. *Istor*, 2004, n.º 19, México, CIDE, pp. 107-128. Ortega, Francisco. Entre “constitución” y “colonia”. El estatus ambiguo de las Indias en la Monarquía española. En: Ortega, Francisco *et al.*, ed. *Conceptos fundamentales de la cultura política de la independencia*. Bogotá: UNAL, 2012, pp. 61-91, 64 y ss. Tanck de E., Dorothy y Marichal, Carlos. ¿Reino o colonia? Nueva España, 1750-1804. En: Velásquez G., Erik *et al.*, eds. *Nueva historia general de México*. México: El Colegio, 2010, pp. 307-353.



Figuras 1-2. La América virreinal: a la izquierda, se ve la subdivisión territorial de Hispanoamérica en 14 distritos de la jurisdicción suprema, es decir, en reales audiencias, en el siglo XVIII. A la derecha, se ve la identidad del Estado en un medio de pago: un *real de a 8* acuñado en 1770 en la ceca de Potosí —con el respectivo sello PTS entrelazado—. La parte delantera presentó al monarca Carlos III como el “Rey de las Españas y de las Indias”, mientras la parte de atrás mostró los dos hemisferios del globo, con el hispanoamericano en el primer plano¹⁵.

2. LA JUSTICIA PENAL SECULAR

Cualquier estudio del derecho penal público del Antiguo Régimen europeo y neoeuropeo que se refiere a una monarquía católica debe diferenciar entre el derecho penal general para los delitos terrenales y el derecho penal canónico para los delitos religiosos. En el primer caso, fueron competentes los jueces del Estado dinástico y en el segundo, la jurisdicción eclesiástica, sin olvidar mencionar las esferas borrosas de la persecución dual. Esto no debe malentenderse como una falta del monopolio estatal, pues tanto la monarquía como la Iglesia representaron los dos brazos de la estatalidad dual de entonces. El presente subcapítulo inicia con el brazo secular.

15 Mapa: Marquardt, Bernd. Moneda según: Marquardt, Bernd. *Historia del derecho de Hispanoamérica en perspectiva transnacional y socio-cultural*. tomo 1, op. cit., p. 291.

2.1. Las fuentes relevantes

Como fuente principal del derecho penal ordinario no sirvió tanto la *Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias* de 1680, una colección sistematizada de múltiples *Reales Cédulas* a partir del Emperador Carlos V con una dedicación particular a los virreinos americanos. Más bien, predominó el derecho penal general de Castilla con base en la *Séptima Partida* proveniente del siglo XIII, en la que se enumeraron varios delitos entendidos como violatorios de la esfera pública garantizada y, de tal manera, como social y éticamente reprochables¹⁶. No se trató de ningún código sistemático y abstracto al estilo de la *Constitutio Criminalis Carolina* que el monarca conquistador de América, el mismo Carlos V, promulgó para el Sacro Imperio Romano en 1532¹⁷, sino de un documento medieval, caracterizado por un estilo que osciló entre lo casuístico y lo didáctico, sin alcanzar mucha precisión de abstracción. Estas normas, con una edad de varios siglos, requirieron de la interpretación profunda para adaptarlas a la mentalidad jurídica más *cientificada* del siglo XVI. Uno de los intentos más llamativos fue la reedición glosada y actualizada de las *Siete Partidas* de manos del jurista Gregorio López, de 1555. El octavo libro de la *Nueva Recopilación*, iniciada por Carlos V y promulgada por su hijo Felipe II en 1567, pretendió coleccionar y sistematizar las normas penales aplicables de la fase de consolidación estatal —incluyendo los estatutos de la *Santa Hermandad* desde 1476—, lo que se actualizó en varias ediciones posteriores¹⁸. En cambio, el Libro VII de la

- 16 Séptima Partida de las *Siete Partidas* del Reino de León y Castilla, de 1256/1265, Real Academia de la Historia, ed. *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*. 3 tomos. Madrid: Imprenta Real, 1807. Edición glosada del siglo XVI: *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de su majestad*. Salamanca: Impr. por Andrea de Portonaris, 1555. También la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680, *op. cit.*, en su libro VII, título II, ley 7, subrayó la prioridad de las “Leyes de estos Reinos de Castilla”. *Vid.* Altamira, Rafael. Estudios sobre las fuentes de conocimiento del derecho indiano. *Revista de Historia de América*, 1948, n.º 25, México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, pp. 69-134, 123. Bravo L., Bernardino. Vigencia de las Siete Partidas en Chile. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 1985, vol. 10, Valparaíso, PUC, pp. 43-105, 94 y ss., 103 y ss.
- 17 *Carolina* según el nombre del Sacro Emperador Romano en latín, Carolus. Texto: *Constitutio Criminalis Carolina (1532), Peinlich Halssgericht, des allerdurchleuchtigsten grossmächtigsten unüberwindlichsten Keyser Carols dess Fünfften und dess Heyligen Römischen Reichs peinlich Gerichts Ordnung*. Fráncfort: Schmidt, 1577. Comp. Marquardt, *El primer Código Penal sistemático de la modernidad temprana europea. La Constitutio Criminalis Carolina de 1532, op. cit.*, pp. 15-60.
- 18 *Nueva Recopilación (1567). Recopilacion de las leyes destos reynos hecha por mandado de la Magestad Catolica del Rey don Felipe Segundo nuestro señor, que se ha mandado imprimir, con las leyes que despues de la yltima impresion se han publicado, por la Magestad Catolica del Rey don Felipe Quarto*. Madrid: Catalina de Barrio Angulo y Diego Diaz de la Carrera, 1640. *Nueva Recopilación, Tomo segundo de las Leyes de Recopilacion, que contiene los libros sexto, septimo, octavo i nono*. Madrid: Imprenta Real de la Gazeta, 1772. En 1805, fue reemplazada por el 12º libro de la *Novísima Recopilación de las Leyes de España, dividida en XII libros, en que se reforma la Recopilacion publicada por el Señor Don Felipe II en el año de 1567, reimpresa últimamente en el de 1775, y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones Reales, y otras providencias no recopiladas y expedidas hasta el de 1804, mandada formar por el Señor Don Carlos IV*, Madrid, 1805. Al respecto: Patiño M. *Criminalidad, ley penal y estructura social en la provincia de Antioquia, op. cit.*, p. 7. Tomás y V. *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII), op. cit.*, pp. 27 y ss., 37.

Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias de 1680 contuvo más normas de la buena policía que características de un código penal¹⁹. Sin embargo, en el último aparecieron varias disposiciones especiales, como la sorprendente discriminación positiva “que los delitos contra indios sean castigados con mayor rigor que contra españoles” y se prohibió aplicar la pena de marcación contra ellos²⁰. Cabe resaltar que las fuentes jurídicas relevantes no se limitaron a los textos señalados, pues nadie debe subestimar la relevancia del pensamiento de la ciencia jurídica, de las costumbres no codificadas y de las decisiones jurídicas anteriores.



Figuras 3-5. Normas relevantes: primero, las *Siete Partidas* del Medioevo castellano que se publicaron nuevamente en nombre del emperador Carlos V bajo el águila bicéfala del Sacro Imperio Romano en 1555; segundo, la *Nueva Recopilación* de Castilla de 1567 en la edición de 1640; tercero, la *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias* de 1680.

2.2. Delitos y penas

No hay muchas dudas en lo tocante a que el derecho penal castellano e hispanoamericano del Antiguo Régimen compartió las líneas generales de la cultura punitiva de la Cristiandad europea de entonces. El historiador cultural Richard von Dülmen habló del *teatro del terror*, subrayando el carácter demostrativo

19 Libro VII, especialmente título VIII de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680, *op. cit.*

20 Libro VI, título X, ley 21 & libro VII, título VIII, ley 6 de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680, *op. cit.*

y exhibicionista de la violencia punitiva ante el público local reunido²¹. Las cuatro finalidades principales oscilaron entre la *paz territorial* a través de la *prevención general* de los delitos por intimidación —ante pocas otras opciones de precaución con respecto al crimen en ese entonces— la *seguridad pública* en el sentido de la eliminación de la presencia o existencia de personas consideradas peligrosas, la escenificación del *poder público* del Estado y la reconciliación de la sociedad con los *poderes divinos* del cielo, considerados como quebrados por la actuación del malhechor, lo que contuvo una fuerte connotación de la seguridad espiritual, teniendo en cuenta el patrón de entonces, que interpretó las epidemias, terremotos y otros desastres naturales como castigos colectivos de la ira divina contra un pueblo tolerante con los pecadores²².

El inventario de delitos se dedicó a la protección del Estado y su jefe, la paz pública, la seguridad de los pagos, la vida humana, el honor, el cuerpo, el patrimonio, la vivienda, la moral sexual y la fe. La normatividad obligó, por ejemplo, a la persecución penal de la lesa majestad —incluyendo el levantamiento contra la institucionalidad establecida—²³, el quebrantamiento de la paz pública, la falsificación de monedas por contenidos inferiores de plata u oro que los acuñados, los homicidios —con agravantes en línea recta, como el parricidio e infanticidio²⁴—, los suicidios²⁵, las injurias verbales²⁶ y reales (ofensas físicas)²⁷, los robos, los hurtos, los incendios, los raptos (secuestro de una mujer honorable),

- 21 Dülmen, Richard van. *Theater des Schreckens*. 6.a ed. Múnich: Beck, 2014 (trad. de la ed. anterior en inglés: *Theatre of Horror*. Oxford: Polity Press, 1990).
- 22 Comp. Jurado J., Juan C. Terremotos, pestes y calamidades. Del castigo y la misericordia de Dios en la Nueva Granada (siglos XVIII y XIX). *Revista de Historia Iberoamericana*, 2011, vol. 4, n.º 1, Madrid, Universia, pp. 25-49.
- 23 J. Tanzi, Héctor. El derecho penal indiano y el delito de lesa majestad. *Revista de Historia de América*, 1977, n.º 84, México, IPGH, pp. 51-62.
- 24 Similar: el uxoricidio, *excepto los casos del adulterio in flagranti*. Sobre el delito de homicidio: Patiño, *Criminalidad, ley penal y estructura social en la provincia de Antioquia*, op. cit., pp. 263 y ss.
- 25 Estudio de caso de Popayán de 1775 sobre un esclavo que se negó a trabajar en las minas en: Alzate E., Adriana M. “El escandaloso delito de matarse”. Proceso criminal contra el esclavo Ambrosio Mosquera, Nuevo Reino de Granada, 1775. En: Bonnett V., Diana, ed. *Una obra para la historia*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2015, pp. 31-56. El castigo consistió en la infamia pública *post mortem* que subrayó el bloqueo de la entrada al *más allá*.
- 26 Estudios de caso sobre juicios de injuria en Chile a finales del Antiguo Régimen (con un enfoque interesante en la reconciliación de las partes): Albornoz V., María E. Cortar la causa, no más escrito, obligar al perdón. En: Caselli, Elisa, ed. *Justicia, agentes y jurisdicciones. De la Monarquía hispánica a los Estados nacionales*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2016, pp. 125-157.
- 27 Se usó esta figura en vez del moderno delito de lesiones contra la integridad corporal. Vid. Patiño M., *Criminalidad, ley penal y estructura social en la provincia de Antioquia*, op. cit., pp. 187 y ss. Pérez, Rodrigo S. Porque palabras duelen más que puñadas. *Fronteras de la Historia*, 2008, vol. 13, n.º 2, Bogotá, ICANH, pp. 353-374.

las violaciones sexuales²⁸, los adulterios²⁹, los incestos³⁰, las sodomías (relaciones homosexuales y sexo con animales)³¹, los falsos testimonios³², los perjurios y los delitos religiosos *duales*, como las idolatrías³³, las blasfemias y las hechicerías³⁴. En la experiencia de Santafé de Bogotá y Santiago de Chile del siglo XVIII, el delito más judicializado fue el robo, mientras en Guatemala compitieron los delitos contra la integridad corporal y contra la propiedad, seguidos por aquellos contra la vida, en el tercer puesto³⁵. En este sentido empírico, no son correctas aquellas suposiciones teóricas muy esquemáticas que creen en una especie de modernización de la criminalidad desde “la violencia interpersonal [...] al atentado contra la propiedad”³⁶, con el posterior surgimiento del capitalismo liberal del siglo XIX, pues ya en el Antiguo Régimen predominó claramente el

28 Vigarello, Georges. *Historia de la violación. Siglos XVI-XX*. Valencia: Univ., 1999, pp. 17 y ss.

29 Montoya G., María V. La jurisdicción de los jueces pedáneos en la administración de justicia a nivel local. La ciudad de Antioquia, 1750-1809. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 2012, vol. 39, n.º 2, Bogotá, UNAL, pp. 19-40.

30 Sobre este delito: Malagón P., Jenny Y. El incesto padre e hija a través de los juicios criminales en el Nuevo Reino de Granada (1773-1828). *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 2008, n.º 35, Bogotá, UNAL, pp. 65-90.

31 Molina, Fernanda. *Cuando amar era pecado. Sexualidad, poder e identidad entre los sodomitas coloniales (Virreinato del Perú, siglos XVI- XVII)*. Lima: IFEA, 2017. Además: Gamboa M., Jorge A. *El cacicazgo muisca en los años posteriores a la conquista. Del sithpkua al cacique colonial, 1537-1575*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2010, p. 467, explica el caso del cacique Diego Franco de Monquirá en Boyacá, condenado a muerte por este delito en 1586. La fuente es indirecta, a saber, el testamento del malhechor en beneficio de sus hijos y de 100 misas para él mismo, de modo que falta la información penal detallada. Sin embargo, el testamento señala la aplicación de la tortura judicial.

32 Libro VII, título VIII, ley 3 de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680, *op. cit.*

33 Ejemplo: *El proceso contra el cacique de Ubaque en 1563*, transcripción de Clara Inés Casilimas y Eduardo Londoño, en Boletín Museo del Oro, 2001, n.º 49, Bogotá, Museo del Oro, pp. 49-101. Comp. Londoño, Eduardo. El proceso de Ubaque de 1563. *Boletín Museo del Oro*, 2001, n.º 49, Bogotá, Museo del Oro, pp. 1-12. Muñoz A., Santiago. *Costumbres en disputa. Los muiscas y el imperio español en Ubaque, siglo XVI*. Bogotá: Uniandes, 2015, pp. 1 y ss., 103 y ss. Cordero F., Macarena. Las penas y los castigos para la idolatría aplicados en las visitas de idolatría en Lima durante el siglo XVII. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2010, n.º 32, Valparaíso, PUC, pp. 351-379.

34 Libro VII, título VIII, ley 2 de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680, *op. cit.* No fueron únicamente asuntos de los jueces espirituales. Luzán C., Olivia. Indios acusados de hechicería ante el foro de justicia civil de la ciudad y provincia de Tlaxcala (siglo XVIII). En: Albani, Benedetta *et al.*, eds. *Normatividades e instituciones eclesiásticas en la Nueva España, siglos XVI-XIX*. Fráncfort del Meno: MPI for European Legal History, 2018, pp. 197-216.

35 Aguilar, René J. *La pena de muerte en la época colonial*. Guatemala: Univ., 2006, p. 7. González Q., Nicolás A. El juzgado y los ladrones. *Historia Crítica*, 2010, n.º 42, Bogotá, Uniandes, pp. 158-181. León, Leonardo. Criminalidad plebeya en los preámbulos de la independencia, Chile, 1800-1810. *Anuario de Historia de América Latina*, 2013, n.º 50, Colonia, Böhlau, pp. 153-187, 176 y ss. Para la ciudad de Antioquia en la Nueva Granada: Patiño M., *Criminalidad, ley penal y estructura social en la provincia de Antioquia, op. cit.*, pp. 399, 414, 430: contrasta, para el periodo entre 1750-1812/1819, una cifra de 362 sentencias por lesión física con 220 por injurias verbales y 41 por homicidios, pero faltan cifras del robo.

36 Rojas R., J. Alexander. Imaginarios sociales y prácticas punitivas del criminal a través de los códigos penales de Colombia, 1837-1890. En: Marquardt y Llinás, *Historia comparada del derecho público latinoamericano del siglo XIX. Anuario VII de CC - Constitucionalismo Comparado, op. cit.*, pp. 457-498, 490, nota 112.

robo. Puede decirse que este tipo de delito surge casi siempre en sociedades cerradas con grandes diferencias en las oportunidades y con una marginación inescapable del espectro inferior de la respectiva sociedad. En realidad, como el estrato social más perseguido por el poder punitivo, aparecen las clases subcampesinas sin acceso a fuentes de subsistencia: los errantes y mestizos.

Varios delitos culturalmente ajenos requieren de algunas palabras de precisión. Por ejemplo, la protección penal del juramento promisorio resultó del significado religioso de una *automaldición condicionada*, pues, en el pensamiento mágico de la era preilustrada, el que prestó juramento invocó a Dios como vengador de la falta de veracidad, es decir, según la convicción de la época, la falsa promesa jurada bloqueaba el acceso a la vida eterna en el más allá. En el fondo, se trató de una especie de *sacramento de poder* para asegurar funciones político-jurídicas contra la destructiva mentira estratégica y la mentalidad del incumplimiento³⁷.

El derecho penal del Antiguo Régimen prestó una especial atención a la sexualidad humana, criminalizando toda interacción corporal fuera del matrimonio sacramental. En cuanto al delito de adulterio —que hoy en día es típicamente descriminalizado en los países occidentales—³⁸, llama la atención una norma *indiana de igualdad* estamental que obligó a castigar “sin diferencia entre españolas y mestizas”³⁹. En esta frase, el lector no debe subestimar el significado de la formulación explícitamente femenina para delimitar el círculo de las posibles delinquentes, muy a diferencia del artículo 120 de la *Constitutio Criminalis Carolina* romano-germánica de 1532, que obligó al tratamiento igualitario de mujeres y hombres en la infidelidad⁴⁰. En su núcleo, el monoconfesionalismo católico partió de un honor de género particular y estricto de la mujer, bajo la sospecha latente que la estigmatizó como moralmente más vulnerable a la tentación y el pecado, con un enfoque funcional en la prevención de hijos adulterinos de otro padre biológico. Adicionalmente, la Ley 82 del cuerpo normativo *de Toro*

37 Luminati, Michele. “Eid/ Serment/ Giuramento”. *Historisches Lexikon der Schweiz*, de 7.9.2011. Disponible en <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/044630/2011-09-07/> (15.6.2019). Munzel-E., Dietlinde. Eid. En: Cordes, Albrecht *et al.*, eds. *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*. Tomo 1. 2.ª ed. Berlin: Schmidt, 2008, pp. 1249-1261. Paolo, Prodi. *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*. Nueva ed. Bolonia: Il Mulino, 2017.

38 Despenalización: en Colombia, en 1936; en España, en 1978; en Paraguay, en 1990; en Chile, en 1994; en Argentina, en 1995; en México, en 2011. Para comparar: en Alemania e Italia, en 1969; en Francia, en 1975; en Suiza, en 1989; y en Austria, en 1997. Faltan los EE UU. En casi todos los países islámicos continúa siendo delito, excepto Turquía; también en la India.

39 Libro VII, título VIII, ley 4 de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680, *op. cit.*

40 Fue creada para un Estado que se preparó para la nueva realidad biconfesional de la paz religiosa: aunque mayoritariamente católico, despenalizó la herejía. Por eso, tampoco compartió el duro carácter sacramental del matrimonio.

de 1505 reconoció un derecho arcaico de venganza espontánea de los hombres, pues en caso de un adulterio sorprendido *in flagranti*, el esposo celoso podía matar a su mujer junto con el amante⁴¹. Sin embargo, como muestran estudios recientes de los expedientes judiciales del siglo XVIII, fue más típico el caso opuesto del homicidio matrimonial cometido por la esposa en complicidad con su amante para eliminar el esposo fastidioso⁴². Con respecto a la criminalización de las relaciones sexuales no matrimoniales, también llama la atención el delito de infanticidio, cometido típicamente por parte de una mujer joven para esconder la vergüenza social de una relación ilícita⁴³.

Las condenas de la justicia penal del Antiguo Régimen hispanoamericano contenían sanciones diversificadas de ocho tipos: primero, se enuncian las penas de muerte ejecutadas públicamente al estilo de un *teatro del terror* intimidante y ritual de la muerte que subrayó la omnipotencia del monarca de gracia divina. Entre los ejemplos de la variada fantasía mortal, se indican el ahorcamiento⁴⁴, la incineración en la hoguera, el descuartizamiento del cuerpo⁴⁵, el estrangulamiento por el garrote⁴⁶ y la decapitación mediante la espada. En la percepción cultural de entonces, solo los últimos dos evitaron la eliminación del alma y posibilitaron todavía la entrada en la vida eterna⁴⁷.

41 Ley 82 de las *Leyes de Toro (1505)*. *Quaderno de las leyes y nuevas decisiones hechas y ordenadas en la ciudad de Toro sobre las dudas de derecho que continuamente solian y suelen ocurrir en estos Reynos, en que auia mucha diuersidad de opiniones entre los Doctores y letrados de estos Reynos*. Salamanca: Casa de Juan de Junta, 1551. Comp. Collantes de T., M. José. El delito de adulterio en el derecho general de Castilla. *Anuario de Historia del Derecho Español*. 1996, n.º 66, Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 201-228.

42 Uribe-U., Victor M. *Fatal Love, Spousal Killers, Law, and Punishment in the Late Colonial Spanish Atlantic*. Stanford: Univ. Press, 2016. *Vid.* además: Sánchez-A., José. La delincuencia femenina en México a finales del siglo XVIII. *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2013, vol. 20, Madrid, Univ. Complutense, pp. 89-154, 128 y ss.

43 Cf. Buenaventura G., Laura A. *Malas amistades. Infanticidios y relaciones ilícitas en la provincia de Antioquia*. Bogotá: Univ. del Rosario, 2017.

44 En contra de la convicción popular, típicamente la muerte no ocurría por la fractura del cuello, sino mediante el bloqueo del flujo sanguíneo arterial hacia la cabeza.

45 En la Europa noralpina, se practicó la alternativa aún más brutal de la destrucción del cuerpo por la rueda (o desde arriba —con el primer golpe contra el cuello— o desde abajo —el delincuente era todavía testigo de la destrucción sistemática de su existencia terrenal—).

46 La muerte ocurría a través del cierre de la tráquea.

47 Por tanto, fue posible el indulto de una pena de muerte infamante a una pena de muerte honorable.

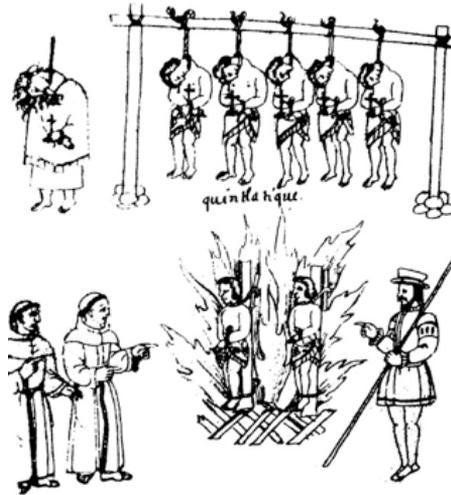


Figura 6. Dos tipos de penas de muerte en el Virreinato de la Nueva España del siglo XVI: la horca y la hoguera⁴⁸.

En segundo lugar, el poder punitivo contó con una pluralidad de penas corporales, como amputar partes del cuerpo o aplicar una variedad de azotes dolorosos. Tercero, se aplicaron las penas públicas contra el honor —aparte de la declaración de infamia, se señala en particular la exhibición pública en un escenario de vergüenza y la marcación visual de la cara por un símbolo de delincuencia—. Cuarto, con frecuencia la monarquía española condenó al servicio forzado como remero encadenado en las galeras de guerra del mar Mediterráneo⁴⁹ —que encarnó una especie de esclavitud de facto con el efecto de una pena de muerte prolongada—. Quinto, fueron previstas las penas laborales de servir para trabajos públicos⁵⁰. Sexto, existieron las penas de exclusión gradual o total de la sociedad hasta el destierro. Séptimo, se practicó la confiscación de los bienes en beneficio de la Corona⁵¹. Y, octavo, los delitos menores se sancionaban típicamente con meras multas. Según el estudio de Levaggi para Buenos Aires, predominaron los destierros, azotes y servicios

48 *Castigo a nobles indígenas idólatras*, de Diego de Muñoz C. *Descripción de la ciudad y de la provincia de Tlaxcala de las Indias y mar Océano para el buen gobierno y ennoblecimiento de ellas* (Manuscrito de Glasgow), 1585, folio 242v. Se refiere a juicios de idolatría de la fase temprana de la cristianización —de 1527 y 1539— en Tlaxcala. Noguez, Xavier. “Descripción de la Ciudad y Provincia de Tlaxcala (Manuscrito de Glasgow). *Arqueología Mexicana*, 2013, n.º 120, México, Raíces, 2013, pp. 16-17.

49 Supresión en 1748. Tomás y V., *El derecho penal de la monarquía absoluta*, op. cit., pp. 391 y ss.

50 Incluyendo los trabajos para la Iglesia. Libro VII, título VIII, ley 10 de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680, op. cit.

51 Cf. Cordero F., *Las penas y los castigos para la idolatría*, op. cit., pp. 366 y ss. Pino A., Miguel. *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*. Madrid: Dykinson, 2014, pp. 199 y ss. Tomás y V., *El derecho penal de la monarquía absoluta*, op. cit., pp. 393 y ss. Wesel, Uwe. *Geschichte des Rechts in Europa*. Múnich: C.H. Beck, 2010, p. 351.

forzados en las galeras⁵², mientras Patiño indica que el 17 % de los juicios por homicidio de Antioquia terminaron con una pena de muerte⁵³. En cambio, la pena privativa de libertad no existió como pena estandarizada⁵⁴, pues bajo la escasez estructural del *sistema de energía solar-agrario* y sus limitaciones alimenticias, el poder público no quiso ser obligado a nutrir durante múltiples años a los delincuentes, predominantemente pobres.

Para ejecutar las penas de muerte y corporales —y también para aplicar la tortura procesal—, el Estado judicial de la Modernidad temprana empleó un funcionario público denominado verdugo. Este *juez posterior* cargaba con la reputación de infamia fuera de la sociedad de los honorables, de modo que se entregaba el cargo, de vez en cuando, a uno de los condenados a muerte⁵⁵.

La cultura punitiva del Antiguo Régimen no fue ni mecanicista ni legalista; más bien, el observador tiene que reconocer una actividad creativa y flexible de los operadores del derecho en la solución de sus casos. Pese a la insistencia formal en “guarda[r] las leyes” y “no modera[r] las penas legales”⁵⁶, textos normativos como la *Séptima Partida*, la *Nueva Recopilación* y la *Recopilación de Indias* no fueron nada más que un criterio entre varios, pues no lograron reclamar exclusividad efectiva ni prohibir la analogía. A veces, los jueces recurrieron incluso a las normas del derecho divino bíblico, en vista de la presumida equivalencia entre pecado y delito⁵⁷. Se observa la admisión de perspectivas diferenciadoras, pues, bajo influencias canónicas, los jueces pretendieron individualizar la pena según las circunstancias del delito. Por tal razón, los jueces complementaron lo objetivo con lo subjetivo, ponderando y teniendo en cuenta las motivaciones, distinguiendo entre intención y negligencia y preguntando por una eventual

52 Abelardo Levaggi, *El derecho penal argentino en la historia*, Buenos Aires, Univ. de Buenos Aires, 2013.

53 En el periodo de 1750 a 1812. Patiño M., *Criminalidad, ley penal y estructura social en la provincia de Antioquia*, *op. cit.*, p. 430. Sobre la pena de muerte, véase además: Arancibia F., Claudia *et al.* Hasta que naturalmente muera. Ejecución pública en Chile colonial (1700-1810). *Revista de Historia Social y de las Mentalidades*, 2001, n.º 5, Santiago, Univ. de Santiago, pp. 167-178. Batalla R., Juan J. La pena de muerte durante la colonia, siglo XVI. *Revista de Antropología Americana*, 1995, n.º 25, Madrid, Univ. Complutense, 1995, pp. 71-110. Mata y M., Ricardo M. Delitos y penas en el Nuevo Mundo. *Revista de Estudios Colombianos*, 2010, n.º 6, Segovia, SIDC, pp. 65-81.

54 En cambio, se usó la prisión preventiva para fines de investigación. Además, hubo varias penas con otras características que intervinieron en la libertad: el confinamiento en una isla, el arresto domiciliario (para personas privilegiadas), las galeras, el servicio a los pobres en un hospital o la reeducación en un convento. *Vid.* Patiño M., *Criminalidad, ley penal y estructura social*, *op. cit.*, p. 34.

55 Rivera M., Sebastián N. Los verdugos chilenos a fines del periodo colonial. *Historia Crítica*, 2008, n.º 36, Bogotá, Uniandes, 2008, pp. 124-147. Patiño M., *Criminalidad, ley penal y estructura social en la provincia de Antioquia*, *op. cit.*, p. 30.

56 Libro VII, título VIII, leyes 16 y 15 de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680, *op. cit.* También en la *Séptima Partida*, título XXXI, ley 1, aparece el ideal de una especie de protolegalidad.

57 Agüero, Alejandro. Las penas impuestas por el Divino y Supremo Juez. Religión y justicia secular en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII. *Anuario de Historia de América Latina*, 2009, n.º 46, Colonia, Böhlau, pp. 203-230.

responsabilidad reducida por edad o capacidad mental, y todo esto ocurrió sin disponer de criterios estandarizados textualmente. También jugaron un papel las preevaluaciones culturales, como sucedió con respecto al delito de adulterio, que se enfrentó a prácticas socio-culturales extendidas de relaciones de concubinato, pero la mentalidad judicial se caracterizó por una cierta tolerancia e impunidad de facto, siempre y cuando la persona sospechosa perteneciera al género masculino y actuara más o menos discretamente⁵⁸. En comparación con la respectiva pena modelo según la *Séptima Partida* y sus precisiones posteriores, el castigo real pudo ser tanto más laxo como especialmente riguroso. Como un nivel correctivo, se observa una práctica extendida del perdón, tanto por parte de las autoridades locales que aplicaron, de vez en cuando, la psicología de amenazar duramente para aplicar después generosamente la misericordia, pero también de modo general por parte de la Corona, por ejemplo, para agradecer el nacimiento de un príncipe. La expectativa del perdón fue la reintegración social de las personas beneficiadas por sentirse agradecidas. El estilo punitivo señalado no fue arbitrario en el sentido tiránico, pero las enormes libertades del juez al evaluar el caso dejaron un sabor de lo poco calculable⁵⁹.

- 58 Estudio de caso sobre un juicio de adulterio en la Nueva Granada de 1798: López B., Pilar. Empapelar al enemigo. En: Caselli, *Justicia, agentes y jurisdicciones, op. cit.*, pp. 79-124.
- 59 Sobre el derecho penal castellano e hispanoamericano del Antiguo Régimen, *vid.* al lado de los hasta ahora citados: Barbosa D., Francisco R. *Justicia, rupturas y continuidades*. Bogotá: Univ. Javeriana, 2007, pp. 178 y ss. Boys, Alberto du. *Historia del derecho penal de España*. Madrid: Pérez, 1872, pp. 202 y ss. Colmenares, Germán. La ley y el orden social. Fundamento profano y fundamento divino. *Boletín Cultural y Bibliográfico*, 1990, vol. 27, n.º 22, Bogotá, Bibl. L. Á. Arango, pp. 1-19, 7 y ss. Heras S., José L. de las. *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*. 1.ª reimpr. Salamanca: Univ., 1994, pp. 147 y ss., 211 y ss. Hernández S., Óscar. La justicia criminal novohispana. En: Machado C., Gustavo C. *et al. El derecho penal en la edad moderna*. Madrid: Dykinson, 2016, pp. 111-148. Jurado J., Juan C. *Vagos, pobres y mendigos. Contribución a la historia social colombiana, 1750-1850*. Medellín: La Carreta, 2004. Levaggi, Abelardo. *Historia del derecho penal argentino*. Buenos Aires: A. Perrot, 1978, pp. 17-90. Margadant, Guillermo F. *Introducción a la historia del derecho mexicano*. 18.a ed. Naucalpan: Esfinge, 2001, pp. 131 y ss. Muñoz C., *La administración de justicia penal y la criminalidad en la Gobernación de Popayán, op. cit.*, pp. 19-48. Olaza P., Sandro. Perdones reales a indígenas en la administración virreinal rioplatense. *Iushistoria Investigaciones*, 2013, n.º 6, Buenos Aires, USAL, pp. 71-90. Pihlajamäki, Heikki. The Westernization of Police Regulation. En: Pihlajamäki, Heikki y Duve, Thomas, eds. *New Horizons in Spanish Colonial Law. Contributions to Transnational Early Modern Legal History*. Fráncfort del Meno: MPI for European Legal History, 2015, pp. 97-124, 107 y ss. Ruiz G., Juan C. Suplicios capitales y humillación del cadáver en la justicia penal del Monarquía hispánica. El caso de San Luis de Potosí en 1767. En: Caselli, *Justicia, agentes y jurisdicciones, op. cit.*, pp. 253-286. Sánchez-A., José. *Jueces, criminalidad y control social en la ciudad de México a finales del siglo XVIII*. Madrid: Dykinson, 2016, pp. 39 y ss., 157 y ss. Serra R., Rafael. Finalidad de la pena en la legislación de las Partidas. *Anales de la Universidad de Murcia*, 1962-1963, vol. XXI, n.º 3-4, Murcia, Univ., pp. 199-257. Sotomayor G., Jesús G. *Historia del derecho y la abogacía en México*. México: Porrúa, 2016, pp. 83 y ss. Sued, Gazir. *Genealogía del derecho penal*. Tomo 1. San Juan: La Grieta, 2015, pp. 409 y ss., 599 y ss., 625 y ss. Suescún, Armando. *Derecho y sociedad en la historia de Colombia*. Tomo 2. *El derecho colonial. Siglo XVI-XIX*. Tunja: UPTC, 2001, pp. 199 y ss. Tomás y V., *El derecho penal de la monarquía absoluta, op. cit.*, pp. 112 y ss., 203 y ss., 295 y ss., 353 y ss., 380 y ss., 397 y ss. Velasco P., Julián A. *Justicia para los vasallos de su majestad. Administración de justicia en la villa de San Gil, siglo XVIII*. Bogotá: Univ. del Rosario, 2015, pp. 100 y ss.

2.3. Los delitos políticos: lesa majestad y traición

De vez en cuando, la estatalidad punitiva de la Monarquía de las Españas e Indias aplicó los rasgos del derecho penal político contra personas consideradas enemigos públicos. En general, la *paz territorial indiana* funcionó mejor que la posterior paz republicana, pero a veces resultó quebrada por actuaciones violentas que se interpretaron como de lesa majestad o traición. En estos casos, se aplicó por lo menos de modo selectivo toda la dureza del poder punitivo, mezclada con una generosidad de amnistías e indultos que también parece selectiva.

Por ejemplo, en 1782, el jornalero José Antonio Galán fue condenado a muerte por la Real Audiencia de Santafé de Bogotá, pues había dirigido las manifestaciones colectivas de los *comuneros* de la provincia neogranadina del Socorro. Se trató de una insurrección campesina clásica que reclamó —según el lema *¡viva el Rey y muera el mal gobierno!*— varias modificaciones en las reformas recientes del derecho tributario según el interés de defender el antiguo estatus privilegiado en comparación con los tributantes de Castilla. En particular, se levantaron en pro de la felicidad popular a través del acceso fácil a drogas estimulantes, partiendo de una especie de derecho inalienable al aguardiente y tabaco baratos y rechazando el aumento de las respectivas cargas públicas⁶⁰. Los jueces lo evaluaron como un caso calificado del delito de *lesa majestad* en la modalidad de la insurrección, ordenando toda la dureza del *teatro del terror*:

En la causa criminal [...] contra Joseph Antonio Galán [...], habiendo visto los graves y atroces atentados, que ha cometido este reo, [...] por la invasión hecha en Puente Real de Vélez, desde donde pasó a Facatativá para interceptar la correspondencia de oficio [...], acuatrillando y capitaneando un cuerpo de gentes, con las que sublevó a aquel pueblo, saqueó las administraciones de aguardiente, tabaco y naipes, nombró capitanes a los sediciosos y rebeldes, y faltando al sagrado respeto de la justicia, [...] atendida su [...] falta de religión [...] y su] resist[encia ... a] la misma persona de nuestro muy católico y amado monarca [...] serán responsables y tratados como verdaderos reos y cómplices en el abominable crimen de lesa majestad, y por tanto merecedores de las atroces penas, que las leyes le imponen [...].

Condenamos a José Antonio Galán a que [...] sea puesto en la horca hasta cuando naturalmente muera; que, bajado, se le corte la cabeza, se divida su cuerpo en cuatro partes y pasado por las llamas (para lo que se encenderá una hoguera delante del patíbulo); su cabeza será conducida a Guaduas, teatro de sus escandalosos insultos; la mano derecha puesta en la plaza del

60 Véase Phelan, John L. *El pueblo y el Rey. La revolución comunera en Colombia, 1781*. 2ª. ed. Bogotá: Univ. del Rosario, 2009, pp. 61 y ss., 261 y ss. Cortés A., Heidi. Los Comuneros, ¿una revuelta anti-colonial? *Repositorio UNAL*, 2012, pp. 1-31. Disponible en: <http://bdigital.unal.edu.co/7171/> (15.6.2019).

Socorro; la izquierda en la villa de San Gil; el pie derecho en Charalá, lugar de su nacimiento; y el pie izquierdo en el lugar de Mogotes. Declarada por infame su descendencia, ocupados todos sus bienes y aplicados al real fisco; asolada su casa y sembrada de sal, para que de esta manera se dé olvido a su infame nombre y acabe con tan vil persona, tan detestable memoria, sin que quede otra que la del odio y espanto que inspira la fealdad del delito⁶¹.

Fue aún más cruel la pena de muerte que el poder estatal ordenó contra el rebelde peruano José Gabriel Condorcanqui en la Plaza de Armas de la ciudad andina del Cuzco en 1781. El ejecutado fue visto como el dirigente del único intento serio de independizar un Estado dinástico. Precisamente, el señor feudal Condorcanqui estaba frustrado por haber perdido ante la Real Audiencia de Lima el juicio de sucesión (1776-1780) por el prestigioso marquesado de Santiago de Oropesa, con su reputación primaria en la nobleza peruana⁶². Según el constructo de descendencia del último rey inca Túpac Amaru, planteado ante la Real Audiencia, Condorcanqui adoptó ahora el seudónimo simbólico Túpac Amaru II, aparte de afirmar al estilo europeo ser “José I, por la gracia de Dios rey del Perú”⁶³. Velando bajo la bandera de la afirmada legitimidad dinástica prehispánica, movilizó los descontentos difusos de la población rural con quejas sobre administradores y tributos, relacionadas con las reformas autocráticas de Carlos III. Sin embargo, el intento de crear un Estado neoincaico fracasó rápidamente ante la negativa de la nobleza incaica del Cuzco —el cacique quechua Mateo Pumacahua dirigió incluso gran parte de las fuerzas contrainsurgentes, compuestas por indígenas— y también en vista de la aceptación de la oferta de amnistía de la Corona por parte de sus seguidores. Rápidamente, el noble sedicioso Condorcanqui fue capturado y sentenciado. En las palabras del visitador general José Antonio de Areche, quien presidió la real justicia:

En la causa [...] contra José Gabriel Tupac-Amaro, cacique del pueblo de Tungasuca [...], por el horrendo crimen de rebelión o alzamiento general

- 61 *Sentencia de muerte contra los capitanes comuneros Galán, Ortiz, Molina y Alcantuz, 1782*, en Biblioteca Nacional de Colombia, *Documentos de los comuneros*, t. III, Ms 371, folio 13, tb. ed. por AGN (ed.), *Documentos que hicieron un país*. Bogotá: Presidencia de la República, 1997, pp. 91-94. Comp. Phelan, *El pueblo y el Rey*, op. cit., pp. 284 y ss. Romero T., Juan F. La construcción del enemigo interior. La regulación de los estados de excepción en el siglo XIX. Un aporte a la revisión del caso colombiano y del panorama en Latinoamérica. En: Marquardt y Llinás, *Historia comparada del derecho público latinoamericano del siglo XIX. Anuario VII de CC - Constitucionalismo Comparado*, op. cit., pp. 199-285, 208 y ss.
- 62 Con respecto al litigio perdido por la sucesión en el marquesado incaico de Oropesa: Cahill, David. First among Incas. The Marquesado de Oropesa Litigation (1741-1780) en route to the Great Rebellion. *Anuario de Historia de América Latina*, 2004, n.º 41, Colonia, Böhlau, pp. 137-166.
- 63 *Edicto de autocoronación de José Gabriel Túpac Amaru Inga Rey Perú de 1781*, Antonio Gutiérrez E., ed. “Tupac Amaru II. Sol vencido ¿El primer precursor de la emancipación?”. *Revista Araucaria*, 2006, vol. 9, n.º 15, Sevilla, Univ., 2006, pp. 205-223, 213.

de los indios, [...] con la idea [...] de quererse coronar Señor de ellos, [...] haciéndose legislador, [...] imponía pena de la vida a los que no le obedecían, plantaba o formaba horcas a este fin en todos los pueblos ejecutando muchas, se hacía pagar tributos, [...] para oponerse a la autoridad del Rey [... D]esde el principio de su traición mandó [...] como Rey, bajo el frívolo y falso pretexto de ser descendiente legítimo y único [...] de la sangre real de los emperadores gentiles, y con especialidad del Inca Felipe Tupac-Amaro, cuya declaración se usurpó desde luego sin facultad, pues el tributo de la Real Audiencia de Lima, donde pendía esta causa, no le había declarado ningún derecho a esta descendencia [... No] conoce la subordinación y acatamiento debido a la legítima potestad de nuestro adorable Soberano [...].

Debo condenar y condeno a José Gabriel Túpac Amaro a que sea sacado a la plaza principal y pública de esta ciudad, arrastrado hasta el lugar del suplicio, donde presencie la ejecución de las sentencias que se dieren a su mujer, Micaela Bastidas, sus dos hijos, Hipólito y Fernando Tupac Amaro, [...] y a algunos de los otros principales capitanes y auxiliares [...], y concluidas estas sentencias, se le cortará por el verdugo la lengua, y después, amarrado o atado por cada uno de los brazos y pies con cuerdas fuertes, y de modo que cada una de estas se pueda atar o prender con facilidad a otras que penden de las cinchas de cuatro caballos, para que, puesto de este modo, o de suerte que cada uno de estos tire de su lado mirando a otras cuatro esquinas o puntas de la plaza, marchen, partan o arranquen a una voz los caballos de forma que quede dividido su cuerpo en otras tantas partes, llevándose [...] al cerro [...] de Piccho [...], para que allí se quemé en una hoguera que estará preparada, echando sus cenizas al aire [...]. Su cabeza se remitirá al pueblo de Tinta, para que estando tres días en la horca, se ponga después en un palo la entrada más pública de él; uno de los brazos al de Tungasuca, en donde fue cacique [...]⁶⁴.

64 *Sentencia expedida por el Visitador General del Reino José Antonio de Areche contra José Gabriel Tupac Amaru en el Cusco, 15 de mayo de 1781*, Luis Durand F. et al., eds. *Colección Documental del Bicentenario de la Revolución Emancipadora de Túpac Amaru*. Tomo 3. Lima: Comisión Nacional del Bicentenario de la Rebelión de Túpac A., 1981, pp. 268-277. Comp. Alconini, Sonia et al. *The Oxford Handbook of the Incas*. Oxford: Univ. Press, 2018, pp. 770 y ss. Gutiérrez E., *Tupac Amaru II. Sol vencido*, op. cit., pp. 214 y ss. Rinke, Stefan. *Revolutionen in Lateinamerika, 1760-1830*. Múnich: C.H. Beck, 2010, p. 62. Ruiz G., *Suplicios capitales y humillación del cadáver en la justicia penal del Monarquía hispánica*, op. cit., pp. 255 y ss. Walker, Charles F. *Crime in the Time of the Great Fear*. En: Salvatore, Ricardo D. et al., eds. *Crime and Punishment in Latin America*. Durham: Duke Univ. Press, 2001, pp. 35-55.



Figura 7. La muerte pública del líder rebelde peruano José Gabriel Condorcanqui —el autoproclamado Rey neoincaico Túpac Amaru II— en el Cuzco en 1781⁶⁵.

Por su parte, el rebelde Julián Apaza, quien dirigió una sublevación de las clases subcampesinas del Alto Perú bajo el seudónimo de Túpac Katari, con tendencias al terror genocida contra todo estamento superior, incluyendo caciques incaicos, recibió la siguiente sentencia de muerte en 1781:

En la causa criminal y extraordinaria de sedición y alzamiento de Yndios, [... contra] el feroz rebelde Julián Apasa alias TupaKatari [... con base en] la confesión de dicho Tupa Katari, [...por] haber sitiado la ciudad de Nuestra Señora de La Paz [...], por notoriedad irrefrenable [... por haber] saqueado las haciendas [...por] mortandad en ella de los vasallos españoles y otras clases e igualmente en diferentes pueblos en que al principio de la sublevación fueron asesinados generalmente sin reserva de mujeres [...] usurpando tanto la suprema real potestad del Soberano por el mismo caso de la sedición contra la Majestad negando la debida sujeción a las Leyes y sus Ministros y el de titularse con la alta dignidad de Virrey cuya circumspecta elección es particular regalía del soberano y también por el de nombrar y elegir bárbara y despóticamente librando títulos en forma de caciques, alcaldes, justicias, coroneles, capitanes y otros mandones creados por llevar adelante el fermento y perversidad de la sublevación cuanto la humanidad y jurisdicción eclesiástica en el mandar comparecer prisioneros ante sí a varios curas doctrineros y eclesiásticos [...] incurrió en los delitos de lesa Majestad Divina y humana [...].

Fallo [...] que debo condenar y condeno al dicho Julian Apasa alias Tupakatari, en pena ordinaria de muerte y último suplico. [...M]ando que sacado de la prisión donde se halla arrastrado a la cola de un caballo con una

65 Ilustración de la época.

soga de esparto al cuello [...] y a voz de pregonero que publique sus delitos a la Plaza de este Santuario [...]. Y que asido por unas cuerdas robustas [...] sea descuartizado por 4 caballos [...] hasta que naturalmente muera y fecho sea transferida su cabeza a la ciudad de la Paz, para que fixada sobre la horca de la Plaza Mayor [...]»⁶⁶.

Como otro grupo de procesos políticos de la fase final del Antiguo Régimen, se señalan los juicios antilustradores, dirigidos en el espíritu de la autodefensa del Antiguo Régimen contra personas que se acercaron mentalmente a la futura *gran transformación* sistémica: el caso más famoso fue la condena del periodista bogotano Antonio Nariño en 1795, por haber traducido y publicado la *Declaración de los derechos del hombre* de la Revolución francesa, lo que la Real Audiencia de Santafé de Bogotá interpretó como sedición publicitaria y conspiración, estableciendo la pena excepcional de diez años de presidio, destierro eterno de América y confiscación de todos sus bienes. El autor del delito se escapó en el puerto castellano de Cádiz, volvió a Santafé de Bogotá, fue arrestado nuevamente por parte del Virrey, cumplió su condena hasta 1803, recibió una reducción a la reclusión domiciliaria y, finalmente, fue liberado en 1810⁶⁷.

Todavía en el presente, los casos expuestos llevan a emociones y parcialidades según el sabor de la historia patria de América Latina —aunque la posterior identidad nacional no fue tema de los actores del Antiguo Régimen—. Un patrón extendido presenta al delincuente condenado como la víctima íntegra y trágica y a la justicia penal en el papel del victimario cruel e injusto. En estos casos, se reemplazan los criterios iushistóricos por prejuicios de tipo nacionalista, en los cuales el usurpable por la historia patria figura siempre como el *bueno* y su oponente como el *mal*. Es una observación general que el terrorista de los ojos del uno, es casi siempre el luchador para la causa justa del otro, y al revés.

De todos modos, el historiador del derecho debe ser cuidadoso de no hacer de sí mismo el juez de revisión según criterios que no pertenecen a la época analizada. Nada de lo examinado fue prevaricación u otra arbitrariedad, sino que se aplicaron penas para delitos previamente tipificados, cometidos intencionalmente en

66 *Juicio a Túpac Katari* de 1781, en *Compulsa del primer Cuaderno de Autos Criminales que se formaron contra el rebelde Julián Apasa, alias Tpuakatari, después de las paces propuestas por Miguel Bastidas y del edicto librado por otro rebelde nombrado Carlos Poma que se halló en el Santuario de las Penas*, Agl. Buenos Aires 319, en Archivo de La Paz, fondo donación María E. Siles, f. 3, no. 5. Comp. Asebey C., Ricardo C. y Mamani S., Roger L. *Violencia y conflicto en la historia de Bolivia. Tinkazos*, 2015, n.º 37, La Paz, PIEB, 2015, pp. 139-150. Barragán, Rossana. Los discursos políticos de la represión. Una comparación entre 1781 y 1809. *Secuencia. Revista de historia y ciencias sociales*, 2008, n.º conm., México, Inst. Mora, pp. 163-198.

67 Comp. el estudio detallado del caso elaborado por: Quiroga C., Héctor E. *Juicio al Toro del Fucha. Juicio a Don Antonio Nariño por la edición y distribución de un papel considerado sedicioso*. Bogotá: Academia de Jurisprudencia, 2004, pp. 24 y ss., 204 y ss. Además: Bushnell, David. *Colombia. Una nación a pesar de sí misma*. Bogotá: Planeta, 1996, pp. 58 y ss.

conocimiento de la prohibición penal, sin causas de justificación ni de inculpa-
bilidad, bajo una situación probatoria con numerosos testigos que no dejó lugar
a dudas. Además, los castigos duros y simbólicos de los delincuentes políticos
correspondieron con las prácticas punitivas acostumbradas en toda la Europa
del Antiguo Régimen. También murieron por desmembramiento en contextos de
delitos políticos: en 1706, Johann G. Kidler por la rebelión bávara contra el Sacro
Emperador Romano; en 1723, el conspirador jacobita Christopher Layer en Gran
Bretaña; en 1757, Robert F. Damiens por el intento de regicidio contra Luis XV
de Francia; en 1772, Johann F. Struensee en Dinamarca. En los casos de los dos
Túpacs de 1781, no debe desconocerse que el reproche contuvo, al lado de que
los condenados eran peligrosos para la integridad y funcionalidad del Estado, el
rechazo ante la conducta de ordenar masacres contra la población civil peruana,
es decir, delitos que el lenguaje jurídico de hoy evaluaría en el espectro entre lesa
humanidad y genocidio⁶⁸. El lector tampoco debe subestimar que todavía en la
actualidad los Estados persiguen, a través del brazo político de su justicia penal,
con la máxima severidad constitucionalmente permitida, los delitos contra la
constitución y las instituciones, denominados terrorismo, rebelión, sedición o
algo semejante. Se trata de la misma categoría y mentalidad jurídica⁶⁹.

2.4. El combate del bandolerismo rural

Desde hace algunos decenios, las investigaciones especializadas que se dedican
a la criminalidad histórica de las sociedades preindustriales muestran que estas
tendieron a un nivel crónico de bandolerismo rural. Para la Europa de los siglos
XVI a XVIII, las causas del fenómeno han sido detectadas, primero, en el perfil
socioambiental de una densidad poblacional alta con una escasez alimenticia
estructural del *sistema de energía solar-agrario* que presionó las sociedades
locales a prácticas de exclusión en sus márgenes, por ejemplo, de los hijos con-
siderados ilegítimos; segundo, se alude la consolidación de la clase significativa
de *los que no pertenecen a nada*, es decir, de los errantes sin ciudadanía local
ni acceso a fuentes de subsistencia que fueron presionados estructuralmente a
la criminalidad para sobrevivir y que fueron estigmatizados como los *hombres
nocivos para el país (landschädliche Leute)*; tercero, se menciona el carácter
cerrado de la sociedad estamental que no ofreció opciones legales de ascenso
social, es decir, toda posición subestamental pareció como una damnificación
inexorable y, evidentemente, el que no percibe ninguna lealtad de la sociedad,
tampoco es leal a las normas de esta; cuarto, se indica el problema de los mer-

68 Sobre el problema del genocidio *tupacista*: Robins, Nicholas A. *Genocide and Millennialism in Upper Peru. The Great Rebellion of 1780-1782*. Westport: Greenwood, 2002.

69 Vid. Romero T., *La construcción del enemigo interior, op. cit.*, pp. 208 y ss.

cenarios del belicismo europeo que, en fases de la paz, sin empleo, tendieron a aplicar su profesión violenta de manera modificada en nombre del lucro propio; quinto, se señalan las opciones prometedoras para los errantes de esconderse en el anonimato del pueblo móvil de las carreteras compuesto por mendigos, peregrinos, malabaristas, etcétera, escapándose de la presión de la persecución por trasladarse a lugares fuera del alcance de la comunicación interlocal concreta; sexto, se denuncia la formación de una verdadera subcultura bandida como forma de vida⁷⁰.

También en la Hispanoamérica de los siglos XVI a XVIII existió el fenómeno criminal-sociológico del bandolerismo rural contra la propiedad de los demás, con un número significativo de grupos de asaltantes más o menos organizados en los caminos, de ladrones de animales agrarios —como bovinos, caballos y mulas—, o de intrusos, lo que a veces fue agravado por delitos contra la vida, salud o libertad. Con respecto a las causas estructurales expuestas en el párrafo anterior, faltaron la presión socioambiental análoga —en vista de una densidad poblacional baja con múltiples tierras libres y cultivables— y el fenómeno de mercenarios sin empleo —ante la escasez de guerras terrestres en esta zona—. Sin embargo, también la sociedad estamental de los virreinos americanos tendió a la formación de clases subcampesinas sin escape fácil de la marginación estructural. Entre otros, se señalan los *mestizos* denunciados como ilegítimos, los esclavos fugitivos llamados *cimarrones* o los exvecinos que habían perdido por conflictos locales y condenas su acceso a fuentes de subsistencia, de modo que existió análogamente la —así percibida— plaga de los errantes o vagabundos, etiquetados como peligrosos y perjudiciales para el país. No pudieron esconderse tan fácilmente en el anonimato de un gran pueblo móvil de las carreteras, pero también dispusieron de toda oportunidad para translocalizarse y, además, lograron aprovecharse de las opciones aumentadas de esconderse en los enormes paisajes naturales de montes y selvas no estatalizados. De igual forma, puede pensarse en efectos de la subcultura de los mineros con sus tendencias a compensar la brevedad de su expectativa de vida insana por buscar la ganancia rápida y a arriesgarse en juegos de azar ilícitos⁷¹.

70 Véase Härter, *Strafrechts- und Kriminalitätsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 38 y ss. Kroeschell *et al.*, *Dt. Rechtsgeschichte*, tomo 2, *op. cit.*, pp. 220 y ss. Kroeschell *et al.*, *Dt. Rechtsgeschichte*, tomo 3, *op. cit.*, pp. 104 y ss. Rüping y Jerouschek, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, *op. cit.*, pp. 55 y ss. Sellert, Wolfgang. *Landschädliche Leute*. En: Cordes *et al.*, *Handwörterbuch zur Rechtsgeschichte*, tomo 3, *op. cit.*, pp. 578-581. Sobre el *erranticidio* judicial de la Modernidad temprana: Marquardt, *Teoría integral del Estado. Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, tomo 1, *op. cit.*, pp. 182, 209 y ss., 232, 362, 364, 393 y ss., 406 y ss., 487 y ss. Sobre España: Hernández S. A., Ángel. *Bandidos y salteadores de caminos en los siglos XVI, XVII y XVIII*. En: *Lanza, Diario de La Mancha*, 25 de junio de 2017. Disponible en: <https://www.lanzadigital.com/opinion/bandidos-salteadores-caminos-los-siglos-xvi-xvii-xviii/> (15.6.2019).

71 Pino A., *El delito de juegos prohibidos. Análisis histórico-jurídico*, *op. cit.*, pp. 67 y ss., 82 y ss.



Figura 8. Asalto de bandidos a una diligencia a finales del siglo XVIII⁷².

De todos modos, se considera exagerado romantizar el bandolerismo social en el sentido de la hipótesis —popularizada en América Latina— de Eric Hobsbawm sobre los “bandidos sociales”⁷³. Esta es valiosa por rechazar la tendencia del brazo individualista, moralizante y patologizante de la criminología que prefiere hacer invisible que muchos bandidos tenían su raíz en circunstancias socioeconómicas⁷⁴, pero hay que subrayar que no se trató de ningún movimiento de lucha de clase en pro de cambios sociales, sino que la motivación subjetiva radicó predominantemente en el propio enriquecimiento. No todos actuaron de modo unilateral contra la élite acomodada, sino que hubo también bandidos empleados por parte de miembros de la élite que aterrorizaron a campesinos comunes. Por ejemplo, en 1799, las autoridades del cabildo de San José de Cúcuta, en la Nueva Granada, detectaron que el hacendado Juan Gregorio Almeida era quien ordenaba actos de delincuencia ejecutados por sus esclavos, falsamente declarados como *fugitivos*. De todas maneras, la sociedad de la Modernidad temprana percibió a los bandidos como antisociales. La Santa Hermandad los

72 *Asalto de ladrones*, óleo del pintor español Francisco de Goya, 1793-1794.

73 Hobsbawm, Eric. *Bandidos*. 2.^a ed. Barcelona: Crítica, 2003. Título original en inglés: *Bandits*. Londres: Weidenfeld & Nicolson, 1969.

74 P. ej., articula muchas dudas frente al concepto de la criminalidad por miseria: Restrepo F., Jorge. *Criminología. Un enfoque humanístico*. 4.^a ed. Bogotá: Temis, 2014, pp. 428 y ss. Por supuesto, hay que diferenciar según los tipos de los delitos: evidentemente, la corrupción no es ningún delito de los pobres.

persiguió y, cuando fue exitosa, la justicia penal los condenó a penas públicas duras⁷⁵. En general, se alude a que hay todavía muchas tareas abiertas para conectar la historia sociocultural de la delincuencia grave de entonces con la historia de la aplicación del derecho penal público.

2.5. El proceso penal inquisitivo

2.5.1. 'Verdad' y tortura

El derecho procesal penal del Antiguo Régimen castellano e hispanoamericano mostró un carácter inquisitivo, es decir, se basó en la persecución *ex officio* de los delitos en el marco de la tarea estatal del combate sistemático al crimen. Adoptó la finalidad de la búsqueda de la verdad histórica de los hechos delictivos concretos. Por eso, reconoció prioritariamente la prueba de la confesión y aplicó la tortura judicial para presionar a dichas manifestaciones. Las tres modalidades más aplicadas de la *pregunta dolorosa* fueron el *potro* —al estilo de estirar el interrogado a través de cuerdas en los pies y manos, movidas por giros en un torno cuando aquel era fijado en una camilla de madera—, la *garrucha* —colgar al sospechoso del techo de las manos atadas en la espalda— y el *tormento de agua* —consistente en verter cantidades significativas de agua en la boca con la cabeza fijada—.

75 Comp. Horlent, Laura. El bandolerismo en el Tucumán colonial. Una aproximación. *Etnohistoria*, 1999. Disponible en http://etnohistoria.equiponaya.com.ar/hm/07_articulo.htm (15.6.2019). León, *Criminalidad plebeya en los preámbulos de la independencia, Chile, 1800-1810, op. cit.*, pp. 153-187. Lozoya, Ivette. *Delinquentes, bandoleros y montoneros. Violencia social en el espacio rural chileno*. Santiago: Lom, 2014. Olveda, Jaime. El imperio de los bandidos. *Ruris*, 2015, vol. 9, n.º 2, Campinas, Rurais, pp. 165-180, 166 y ss. Salazar C., Robinson. Conflicto y bandidaje en la villa de San José de Cúcuta a finales del siglo XVIII. El caso de los esclavos de Juan Gregorio Almeida. *Tzintzun, Revista de Estudios Históricos*, 2015, n.º 62, Morelia, Univ. Michoacana, 2015, pp. 9-43. Taylor, William B. Bandolerismo e insurrección. Agitación rural en el centro de Jalisco, 1790-1816. En: Katz, Friedrich ed. *Revolución, rebelión y revolución. La lucha rural en México del siglo XVI al siglo XX*. 2.ª ed. México: Era, 2004, pp. 187-224. Tomás y V., *El derecho penal de la monarquía absoluta, op. cit.*, pp. 248 y ss. Vivanco L., Carmen. Bandolerismo colonial peruano, 1760-1810. Caracterización de una respuesta popular y causas económicas. En: Aguirre, Carlos y Walker, Charles, eds. *Bandoleros, abigeos y montoneros. Criminalidad y violencia en el Perú, siglos XVIII-XIX*. Lima: Instituto de Apoyo Agrario, 1990, pp. 25-56.



Figura 9. Tres métodos extendidos de la *pregunta dolorosa* del derecho procesal del Renacimiento y Barroco: la garrucha, el tormento de agua y el potro⁷⁶.

Según el conocimiento de hoy, la tortura procesal debe ser vista como un método probatorio irracional, pues promovió que el interrogado confirmara, debido al dolor irresistible, lo que el interrogante quiso escuchar con base en la evaluación previa de la autoridad, pero la justicia penal del confesionalismo renacentista y barroco partió de la necesidad de la *pregunta dolorosa* para liberar al malhechor del poder negador del demonio que, supuestamente, había ocupado su alma. En general, la confesión fue mitificada religiosamente, pues el catolicismo creyó en la fuerza purificadora de la comunicación explícita de los pecados. De todos modos, también es cierto que el Antiguo Régimen se caracterizó por una escasez estructural de otros medios probatorios, pues no dispuso de las posibilidades de las ciencias forenses de la era industrial posterior: nadie pudo imaginarse la fotografía criminal, la dactiloscopia, la balística, la trazología, la fonética, la entomología, la genética, la toxicología, la medicina forense, etcétera.

Es importante subrayar que el Estado no permitió a sus servidores aplicar la tortura de modo libre. Como explicó el jurista renacentista Jerónimo Castillo de Bobadilla (1547-1605), la precondition consistió en indicios suficientes⁷⁷. Mientras en el derecho penal contemporáneo puede condenarse directamente

76 De la edición de 1565 de la *Constitutio Criminalis Carolina*, *op. cit.* La misma estuvo vigente en el Sacro Imperio Romano, pero en Castilla e Indias los métodos de la tortura fueron los mismos.

77 Castillo de Bobadilla, Jerónimo. *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz, y de guerra*. Tomo 2. Madrid: Imprenta Real de la Gazeta, 1775 (1.ª ed. de 1595), pp. 630 y ss.

con base en las evidencias circunstanciales, en el Antiguo Régimen abrieron el camino al paso adicional de la tortura para recibir la confesión indispensable del malhechor. Se reconoce la misma lógica limitadora como en la *Constitutio Criminalis Carolina* romano-germánica de 1532. En el caso de la tortura excesiva, fue viable la demanda por tormento injusto. Así se combinó la antítesis del futuro Estado de derecho, la tortura, con ciertas protoideas del mismo.

Por problemas metodológicos insuperables, no se sabe la cuota de condenas injustas de personas inocentes bajo el régimen probatorio de la pregunta dolorosa. En comparación, la disfuncionalidad fue prácticamente la misma, como la anterior de las ordalías con su determinación de la benevolencia divina a través de pruebas de agua fría, agua hirviente, juramento a una reliquia, duelo, etcétera. Parece plausible partir de una eficacia desastrosa y una cuota de errores judiciales por encima del 50 %.

El autor considera oportunas dos contextualizaciones adicionales para evitar malentendidos: primero, el derecho penal de los siglos XVI a XVIII diferenciaba estrictamente entre la categoría de la tortura como método probatorio (en ello, la muerte negligente del interrogado fue un error muy grave del interrogador) y el eventual posterior castigo corporal con base en dicha prueba lograda; segundo, el lector puede encontrar en internet varias imágenes históricas de supuestos tormentos de la Modernidad temprana, pero hay que manejar estas fuentes visuales de modo crítico, pues muchas de estas visualizaciones son *ficticias*, en el sentido de que el artista histórico aspiró generar efectos psicológicos de choque o pretendió entretener al público horrorizado de su época⁷⁸.

2.5.2. Otros elementos

Al lado del proceso inquisitivo, el primer título de la *Séptima Partida* previó un segundo modo procesal, denominado acusatorio, que se inicia por solicitud del hombre adulto, bajo LA EXCLUSIÓN DEL DERECHO EQUIVALENTE DE LA MUJER. Sin embargo, el camino acusatorio fue de alto riesgo para el acusador privado en caso de la insuficiencia probatoria, pues la *Séptima Partida* estipuló el *castigo de tipo espejo* de dar al falso “acusador aquella misma pena que daría al acusado”⁷⁹. Del acusador con interés propio se distinguió el mero denunciador del proceso inquisitivo que puso a disposición la información inicial para la actuación *ex officio* de las autoridades. En este caso, también la mujer fue calificada para actuar.

78 Uno de los ejemplos clásicos es la *doncella de hierro*, según el ejemplar de Núremberg (quemado en 1945): nadie ha podido comprobar el uso en la realidad jurídica. Otro mito no comprobable es la *sierra* (más un supuesto método de ejecución y no de tortura).

79 Séptima Partida, título I, ley 26 de las *Siete Partidas* del Reino de León y Castilla, *op. cit.*

Otra característica del régimen punitivo preilustrado fue el *asilo en sagrado*, que la Iglesia romana entendió como uno de sus atributos propios frente a la justicia secular. Quien escapó en el interior de una iglesia o de un monasterio, inocente o criminal grave, fue protegido frente a la persecución del brazo secular. La extradición procedió eventualmente, solo bajo garantías como la de no ser condenado a la pena de muerte⁸⁰. Por ejemplo, fue excomulgado el gobernador de la Alta California Fernando Rivera y Moncada cuando violó el derecho al asilo por entrar con la espada en la misión franciscana de San Diego de Alcalá en 1776⁸¹.

En cuanto a la organización judicial, puede apuntarse que el derecho penal castellano e hispanoamericano contó con varias instancias, empezando con los jueces locales, con lo que se detecta un paralelismo institucional —no siempre bien delimitado— entre los *alcaldes del cabildo* comunal, las *hermandades* intercomunales (donde fueron establecidas) y el *corregidor* del rey. Por encima, siguió el control ante las reales audiencias y la revisión de las penas de muerte contra miembros del estamento noble en el Consejo de Indias, del monarca que fue uno de los consejos zonales de la *monarquía compuesta*⁸².

3. LOS DELITOS RELIGIOSOS ANTE LOS TRIBUNALES DEL SANTO OFICIO DE LA INQUISICIÓN

3.1. Concepto y fundación

Durante los siglos del antiguo régimen, el *ius puniendi* de la Iglesia católica fue generalmente reconocido en el marco de la separación de poderes entre las dos

80 Libro I, título V de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680, *op. cit.* En el siglo XVIII hubo algunas limitaciones, p. ej., la exclusión de los salteadores de las ermitas y capillas rurales como “iglesias frías” por el *Concordato* de 1737, y la reducción a dos iglesias en pueblos grandes y una en pueblos pequeños por el breve papal de Clemente XIV de 1772. Comp. Luque T., Miguel. La inmunidad del sagrado o el derecho de asilo eclesiástico a la luz de la legislación canónica y civil indiana. *Históricas Digital. Serie Historia Novohispana*, 2015, n.º 75, México, UNAM, pp. 253-284. En general: Landau, Peter. *Europäische Rechtsgeschichte und kanonisches Recht im Mittelalter*. Badenweiler: Bachmann, 2013, pp. 224 y ss.

81 Engelhardt, Zephyrin. *The Missions and Missionaries of California*. Tomo 2. San Francisco: Barry, 1912, pp. 75 y ss.

82 Sobre el derecho procesal y probatorio: Arancibia F., Claudia *et al.* ¿Veis aquí el potro del tormento? ¡Decid la verdad! Tortura judicial en la Real Audiencia de Santiago de Chile. *Revista de Historia Social y de las Mentalidades*, 2000, n.º 5, Santiago, Univ. de Santiago, pp. 131-150. García L., Susana. La aplicación del tormento judicial en la Nueva España. *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2010, vol. extraordinario, Madrid, Univ. Complutense, pp. 129-145. Martínez D., Gonzalo. La tortura judicial en la legislación histórica española. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1962, n.º 32, Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 223-300. Patiño M., *Criminalidad, ley penal y estructura social, op. cit.*, pp. 18 y ss., 49 y ss. Tomás y V., *El derecho penal de la monarquía absoluta, op. cit.*, pp. 153 y ss. Tomás y V., *La tortura judicial en España, op. cit.*, pp. 15 y ss., 93 y ss.

espadas de lo público⁸³, secular y espiritual. El quinto libro del *Liber Extra* de 1234 incorporó prácticamente todo tipo de delito, aunque frente a los no clérigos, la Iglesia persiguió principalmente delitos de pensamiento, conciencia y expresión, como herejía, apostasía y blasfemia. Mientras la *Constitutio Criminalis Carolina* romano-germánica de 1532 renunció al delito de herejía en vista de la paz religiosa en proceso de creación⁸⁴, la Corona toledano-madrileña lo entendió como el *crimen máximum* de lesa majestad divina. De modo consecuente, extendió a los virreinos hispanoamericanos el modelo jurisdiccional de los *Tribunales del Santo Oficio de la Inquisición*, que había sido creado a través de la bula *Exigit sinceræ devotionis affectus* del Papa Sixto IV para la Castilla propia en 1478⁸⁵, al estilo de la profesionalización zonal de la inquisición general de la Europa latina con sus raíces lejanas en el Tercer Concilio Lateranense de 1179⁸⁶.

En su carácter nuclear, pueden entenderse los Tribunales del Santo Oficio de la Inquisición como órganos del derecho canónico, subordinados al Papa romano, bajo una cierta participación de la Corona en la selección del personal dirigente, que investigaron delitos religiosos y realizaron procesos públicos teatrales, llamados *autos de fe* (de *actus fidei*: acto de la fe), en los cuales el público presente fue testigo de la sumisión del malhechor a la *verdad* papal o de la condena del mismo, con los respectivos efectos psicológicos de un ritual de poder y de intimidación. Tanto los condenados como los reconciliados tenían que vestirse con diferentes modelos de gorros altos, llamados *corozas*, y con ponchos, denominados *sambenitos*, que sirvieron como símbolos de la infamia. Como jueces sirvieron clérigos-juristas con una educación universitaria en teología y derecho canónico.

83 Cf. Marquardt, Bernd. El Espejo Sajón de 1225. Derecho público del Medioevo europeo en imágenes. *Pensamiento Jurídico*, 2016, n.º 43, Bogotá, UNAL, 2016, pp. 17-58, 27 y ss.

84 Marquardt, *El primer Código Penal sistemático de la modernidad temprana*, op. cit., p. 25.

85 *Exigit sinceræ devotionis affectus*, bula del papa Sixto IV de 1478, Gonzalo Martínez D., ed. *Bulario de la Inquisición española. Hasta la muerte de Fernando el Católico*. Madrid: Univ. Complutense, 1997, pp. 74-79. Tribunales en la parte europea de la Monarquía española: Sevilla, Córdoba, Toledo, Llerena, Valladolid, Murcia, Cuenca, Las Palmas, Logroño, Granada, Santiago de Compostela, Zaragoza, Valencia, Barcelona, Mallorca, Palermo y Cerdeña.

86 Sobre la antehistoria medieval, vid. Eiden, Herbert. Vom Ketzer- zum Hexenprozess. En: Beier, Rosmarie et al., eds. *Hexenwahn, Ängste der Neuzeit*. Berlín. DHM, 2002, pp. 48-59. Hattenhauer, Hans. *Europäische Rechtsgeschichte*. 4.ª ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2004, pp. 261 y ss. Prodi, Paolo. *Una historia de la justicia*. Buenos Aires: Katz, 2008 (título original en italiano: *Una storia della giustizia*. Nueva ed. Bolonia: Il Mulino, 2015; 1.ª ed. de 2000), pp. 85 y ss., 154. Rüping y Jerouschek, *Grundriss*, op. cit., pp. 14 y ss. Schild, Folter, Pranger, Scheiterhaufen, op. cit., pp. 82 y ss. Trusen, Winfried. Inquisitionsprozess. En: Auty, Robert et al., eds. *Lexikon des Mittelalters*. Tomo 5. München: DTV, 2002, pp. 441-442. Wesel, *Geschichte des Rechts*, op. cit., pp. 196, 239, 241, 282 y ss.



Figura 10. El *auto de fe* público de la Inquisición novohispana en el pueblo de San Bartolomé Oztoltepec en 1716. En el centro del ritual judicial se ubican los seis reos vestidos como penitentes con *corozas* y *sambenitos* de infamia⁸⁷.

A partir de la respectiva Real Cédula de Felipe II de 1569, actuaron los Tribunales del Santo Oficio de la Inquisición en las dos capitales virreinales de Lima y México⁸⁸, y, desde la Real Cédula de Felipe III de 1610, también en el puerto caribeño de Cartagena de Indias, con la competencia territorial para las reales audiencias de la Nueva Granada, Panamá y Santo Domingo⁸⁹. En su tarea de proteger la pureza dogmática del monoconfesionalismo católico sin permitir desviaciones, reemplazaron la inquisición episcopal que se había practicado en los decenios anteriores. Como tribunal de apelación sirvió, debido al privilegio papal y la delegación apostólica, el Consejo de la Suprema Inquisición, presidido por el Inquisidor General de la Santa Sede para Castilla y Aragón, lo que sustituyó zonalmente la *Rota Romana* de la capital papal como tribunal de

87 Óleo sobre tela de un autor anónimo; lugar: Museo Nacional de Arte en México. Interpretación detallada: Ortega, Emmanuel. *The Reception of Autos-de-Fe in 18th Century New Spain*, Albuquerque, Univ. of New Mexico (tesis), 2010.

88 *Real Cédula de creación del Santo Oficio de la Inquisición* de 25 de enero de 1569, ed. por Memoria Política de México. Disponible en <http://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/Independencia/1569DRT.html> (15.6.2019). Cf. García-M., Antonio M. *Las hogueras de la inquisición en México*. México: UNAM, 2016, pp. 18 y ss

89 *Reales Cédulas de creación del Santo Oficio de la Inquisición en Cartagena* de 21 de febrero, 25 de febrero, 27 de febrero y 8 de marzo de 1610, en Rodríguez B., Luis E., ed. *Índice de documentos de archivos españoles para la historia colonial del Nuevo Reino de Granada*. Bogotá: ICANH, s.f., pp. 81 y ss

última instancia. El liderazgo de los tribunales mostró una cierta fluctuación con la élite arzobispal-obispal de los virreinos.



Figura 11. El Palacio de la Santa Inquisición en Cartagena de Indias, construido en 1770 al estilo barroco⁹⁰.

3.2. Grupos de casos

Del mismo modo que en las partes europeas de la monarquía de las Españas e Indias, los tribunales mexicano, limeño y cartagenero fueron competentes para investigar y perseguir delitos contra el dogma, la expectativa de lealtad y el honor de la Iglesia romana.

3.2.1. Los cristianos nuevos

De modo prioritario, los Tribunales del Santo Oficio pretendieron vigilar la pureza de la fe de los *cristianos nuevos* con raíces en los conversos forzados de

90 Foto: Bernd Marquardt.

la religión musulmana y judía de al-Ándalus. En la práctica hispanoamericana, esto afectó, en vista de la prohibición de la presencia de cristianos nuevos de Castilla en el Nuevo Mundo, al lado de una cierta cuota de la no eficacia de dicha norma migratoria, a un grupo pequeño de comerciantes, esclavo-trafficantes y marineros de Portugal durante la unión dinástica de 1580 a 1640, que fueron vigilados bajo la sospecha general de ser *judaizantes* notorios detrás de una mera fachada seudocatólica. El caso más famoso fue el de Luis de Carvajal y de la Cueva, gobernador del Nuevo Reino de León, de origen portugués, acusado de ser judaizante en 1590, quien murió en la prisión provisional de la inquisición novohispana al año siguiente, mientras su hermana Francisca y los hijos de ella, incluyendo el poeta Luis de Carvajal, terminaron quemados vivos —algunos después de la aplicación previa del garrote— en las hogueras de la ciudad de México en 1596 y 1601. En ambos juicios de 1590 y 1596, el Santo Oficio aplicó la tortura probatoria en cadena, preguntando cada vez por complicidades, de modo que una familia completa resultó exterminada⁹¹. Otro caso bien investigado es el de María Francisca Ana de Castro, condenada a muerte por el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Lima y quemada en 1736, debido al reproche de criptojudasismo confirmado bajo la tortura judicial y después de diez años en la prisión preventiva, en lo que lo más llamativo es el evidente abuso de las denuncias religiosas en un caso de venganzas privadas contra una cortesana descrita como bonita que había provocado muchos celos en la élite limeña⁹².

- 91 Cf. Adler, Cyrus y Kohut, George A. Carabajal. En: Singer, Isidore *et al.*, eds. *Jewish Encyclopedia*. Nueva York: Funk & Wagnalls, 1906. Brenner, Michael. *A Short History of the Jews*. Princeton: Univ. Press, 2010, p. 123 (título original en alemán: *Kleine jüdische Geschichte*. Múnich: C.H. Beck, 2008). Escobar Q., Ricardo. *Inquisición y judaizantes en América española (siglos XVI-XVII)*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008, pp. 78 y ss., 289 y ss. García M., *Las hogueras de la inquisición en México, op. cit.*, pp. 48 y ss., 216 y ss. Greenleaf, Richard E. *La inquisición en Nueva España, Siglo XVI*. 5.ª reimpresión. FCE, 2015, pp. 182 y ss. (1.ª ed. de 1981; título original en inglés: *The Mexican Inquisition of the 16th Century*. Albuquerque: Univ. of New Mexico Press, 1969). Para la Nueva Granada: Navarrete P., María C. Cristianos nuevos en la Audiencia de Santa Fe, Popayán y Tierra Firme, entre los siglos XVI y XVII. *Historia y Espacio*, 2010, n.º 36, Cali, Univ. del Valle, pp. 1-19. Sánchez B., José E. Judíos y protestantes. La herejía en la jurisdicción de la inquisición de Cartagena de Indias. En: Villar G., María B. y Pezzi C., Pilar, eds. *Los extranjeros en la España moderna*. Tomo 2. Málaga: Digarza, 2003, pp. 711-719, 717 y ss.
- 92 Vid. Millar C., René. *La Inquisición de Lima. Signos de su decadencia, 1726-1750*. Santiago: Lom, 2004, pp. 17 y ss. Williams, Jerry M. A New Text in the Case of Ana de Castro, Lima's Inquisition on Trial. *Dieciocho, Hispanic Enlightenment*, 2001, vol. 24, n.º 1, Charlottesville, Univ. of Virginia, pp. 7-32.



Figura 12. La pena de muerte de la supuesta judaizante Mariana de Carvajal en la hoguera de México de 1601, con el *privilegio* del estrangulamiento previo⁹³.

3.2.2. Los protestantes

En segundo lugar, los Tribunales del Santo Oficio persiguieron las doctrinas herejes de la era de la Reforma protestante, que dudaron o negaron la autoridad del Papa, los santos, las reliquias, los sacramentos, el celibato o la virginidad eterna de la madre de Jesús, María⁹⁴. Esto afectó, en particular, a los luteranos, calvinistas y anglicanos extranjeros del noroeste europeo y de algunas de las islas caribeñas. En la primera hoguera pública de Cartagena de Indias, en 1622, fue quemado el marinero-comerciante inglés *Adán Edón*⁹⁵ por ser hereje ostentoso

93 Ilustración de Payno, Manuel y Riva P., Vicente. *El libro rojo, 1520-1867*. México: Díaz de León y White, 1870.

94 Vid. Graf, Joël. *Die Inquisition und ausländische Protestanten in Spanisch-Amerika (1560-1770), Rechtspraktiken und Rechtsräume*. Colonia: Böhlau, 2017, pp. 113 y ss., 129 y ss., 171 y ss., 215 y ss. Ita R., Lourdes de. Extranjería, protestantismo e inquisición. *Signos históricos*, 2017, vol. 19 n.º 38, México, Univ. Autónoma Metropolitana, pp. 8-55. Quiroz N., Alfonso W. La expropiación inquisitorial de cristianos nuevos portugueses en Los Reyes, Cartagena y México, 1635-1649. *Histórica*, 1986, vol. 10, n.º 2, Lima, PUCP, 1986, pp. 237-303. Sánchez B., *Judíos y protestantes, op. cit.*, pp. 718 y ss. Splendiani, Anna M. Los protestantes y la inquisición. Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura, 1996, n.º 23, Bogotá, UNAL, pp. 5-31.

95 Esta hispanización de las actas judiciales se refiere eventualmente a una persona llamada en inglés Adam Hayton.

y notorio, precisamente anglicano sin disposición a abjurar⁹⁶. En general, fue ilegal la presencia de estos extranjeros en Hispanoamérica, que se presentó como uno de los lugares menos accesibles y más intimidantes del mundo de entonces para viajeros sin pertenencia a la religión in situ. Sin embargo, con base en varios tratados internacionales a partir de 1604, la Corona legalizó la presencia de ciertos extranjeros protestantes, lo que obstaculizó la persecución eclesiástica en tiempos de paz. Paulatinamente, el Santo Oficio modificó su actitud represiva frente a los protestantes extranjeros, para servir, en el siglo XVIII, como una institución integradora que apoyó la conversión católica y la inclusión en la sociedad hispanoamericana.

Relación de las causas de pacheada en el año de 1619
de fe que se celebró en el S. Oficio de la Inquisición de
Cartagena a los 15 días del mes de Mayo de 1622 ab²
Relaxado -
Adán Edón inglés de Nación natural del pueblo de Bristol
quaxenta leguas de la ciudad de Londres de edad
de 31 años de profesión de fe Protestante
de la Señoría de la Cámara de
los señores de la Inquisición de la Inquisición de
Cartagena de Indias, a quien se le dio fe
por el mes de Mayo de 1619 ab²

Figura 13. El juicio mortal del protestante extranjero ‘Adán Edón’ según la documentación del Tribunal del Santo Oficio de Cartagena de Indias de 1622⁹⁷.

Como un subgrupo particular de los protestantes, fueron perseguidos los corsarios paraestatales y piratas privados de la Europa noroccidental. Por ejemplo, en 1561, fue capturado y ejecutado el capitán francés Jacques de la Brière por sentencia del tribunal eclesiástico yucateco, que tuvo en cuenta el delito de herejía por ser protestante —al lado del saqueo de puertos como el hondureño de Trujillo—. De igual forma, cuando la Armada española venció en la batalla de San Juan de Ulúa de 1568 al barco insignia *Jesus von Lübeck* del corsario inglés John Hawkins, la justicia eclesiástica juzgó a varios de los marineros capturados en el primer auto de fe mexicano, de 1574, enviándolos mayoritariamente a la pena de muerte prolongada del servicio militar como

96 Tribunal del Santo Oficio de Cartagena de Indias, *Caso de Adán Edón, 1619-1622*, en *Relaciones de causas de fe, Años 1614-1697, Cartagena, 1614-1697*, libro 1, folios 204-208, en Archivo Histórico Nacional de Madrid, Sección de Inquisición, ed. digital por Biblioteca Luis Ángel Arango, Bogotá. Comp. Graf, *Die Inquisition und ausländische Protestanten*, op. cit., pp. 151 y ss., 169.

97 Tribunal del Santo Oficio de Cartagena de Indias, *Caso de Adán Edón*, op. cit.

remeros encadenados en las galeras mediterráneas. El mismo auto de fe se dedicó de modo análogo a los capturados de la tripulación del corsario francés Pierre Chuetot en el saqueo yucateco. De modo ejemplar, fueron condenados a la hoguera un inglés y un francés. Tuvo más suerte el hijo del Hawkins citado, el corsario Richard Hawkins, capturado en la batalla de la bahía de San Mateo en 1594, pues la inquisición limeña permitió su traslado a Castilla, donde recibió su libertad en 1602. En los juicios contra los corsarios y piratas puede sorprender la competencia eclesiástica, pero aparte del reproche de la herejía protestante, hay que ver que la perspectiva católica entendió el *ius ad bellum e in bello* como un asunto clásico del derecho canónico. De todos modos, en los juicios antipiratas se condenó a peligrosos criminales de guerra. No obstante, desde el siglo XVII, el Santo Oficio cedió típicamente la precedencia a la justicia secular en cuanto al manejo penal del bandolerismo organizado de alta mar⁹⁸.

3.2.3. Herejes intelectuales y brujas

En tercer lugar, se advierten los *otros* casos de la delincuencia religiosa. Por ejemplo, en el marco del delito de herejía, el Santo Oficio suprimió a quienes propusieron escuelas alternativas dentro de la misma Iglesia romana. Al respecto, puede citarse el caso del dominico intelectual Francisco de la Cruz, rector de la Universidad de Lima, quien terminó su vida en la hoguera de la Inquisición peruana en 1578 por ser un dogmatizador intelectual considerado heterodoxo⁹⁹. De igual forma, hubo múltiples investigaciones y juicios sobre el delito de blasfemia en el sentido de afirmaciones injuriosas contra Dios, Jesús, María y los santos, incluyendo el lenguaje vulgar negligente en conversaciones privadas por maldecir e insultar bajo el uso de palabras religiosas¹⁰⁰. Casi siempre fue sospechoso articular el desinterés en la fe por no visitar la misa dominical o criticar agudamente al sacerdote local. Tampoco fueron recomendables excesos en las devociones populares, por ejemplo, en forma de afirmar experiencias milagrosas y apariciones de figuras divinas, lo que llevó, por ejemplo, en la Nueva España, a una condena en 1792¹⁰¹.

98 También la bula penal *In coena Domini*, confirmada permanentemente entre 1363 y 1770, incluyó explícitamente la piratería como facultad eclesiástica. Sobre los casos señalados: Graf, *Die Inquisition und ausländische Protestanten*, op. cit., pp. 113 y ss. Greenleaf, *La inquisición en Nueva España*, op. cit., pp. 175 y ss. Guerreiro G., Luis R. *Inquisición y derecho. Nuevas visiones de las transgresiones inquisitoriales en el Nuevo Mundo*. México: UNAM, 2014, pp. 163 y ss.

99 Cf. Pantoja V., José L. *Algunos aspectos del proceso inquisitorial del loperano Fray Francisco de la Cruz García Chiquero quemado en la hoguera en Lima en el año 1578*, 2011. Disponible en: <https://www.cronistadelopera.com/2011/01/18/algunos-aspectos-del-proceso-inquisitorial-del-loperano-fray-francisco-de-la-cruz-garcia-chiquero-quemado-en-la-hoguera-en-lima-en-el-ano-1578/> (15.6.2019).

100 Sobre este delito: Saint Victor, Jacques de. *Blasphème, Brève histoire d'un 'crime imaginaire'*. París: Gallimard, 2016.

101 Guerrero G. et al., *Inquisición y derecho*, op. cit., p. 141.

Además, los inquisidores persiguieron la superstición, la magia negra y la adoración al demonio, lo que pudo ser tratado en el marco del delito de hechicería en unidad con blasfemia. En la Inquisición limeña del siglo XVIII, el 16,5 % de los 297 casos tuvo que ver con la superstición y 77,6 % de las personas condenadas por tal razón fueron mujeres¹⁰². Sin embargo, a pesar de la vigencia general de la *bula contra las brujas* del papa Inocencio VIII de 1484, denominada *Summis desiderantes affectibus*¹⁰³, en Castilla e Hispanoamérica nunca se dio ninguna caza sistemática y masiva de supuestos hechiceros y brujas satánicas, como en la Europa noralpina, aunque hubo un cierto número de casos individuales de delitos mágicos —por ejemplo, contextualizando así la muerte infantil inexplicable—, tratados por los jueces mexicanos, cartageneros y limeños con menos miedo infernal que aquel de sus colegas noralpinos y sin responder ni con la misma represión general ni con la gran mortandad pública¹⁰⁴.

Otras actividades del Santo Oficio se refirieron a las fallas sexuales del pueblo, incluyendo la bigamia¹⁰⁵ y la sodomía (homosexualidad y zoofilia). De igual forma, supervisó las prohibiciones canónicas de la usura o el perjurio.

3.2.4. Libros herejes

En cuarto lugar, la justicia penal eclesiástica se dedicó a tareas de censura. Ya para consolidar la conquista de Yucatán, en 1562, el provincial franciscano Diego de Landa organizó un gran auto de fe contra la idolatría en el convento de San Miguel Arcángel en Maní, en el cual quemó en la hoguera, al lado de múltiples ídolos, casi todos los *códices* mayas, debido al reproche de propagar, supuestamente, una religión diabólica¹⁰⁶. Más tarde, los Tribunales del Santo Oficio vigilaron la producción, circulación y consumo de libros impresos por

102 Urra J., Natalia. *Mujeres, brujería e inquisición. Tribunal inquisitorio de Lima, siglo XVIII*. Madrid: Univ. Autónoma (tesis doctoral), 2012, pp. 164, 212.

103 *Summis desiderantes affectibus*, bula anti-bruja del papa Inocencio VIII de 1484, ed. por Wolfenbütteler Digitale Bibliothek, 1981, n.º 8, Santiago, Jurídica de Chile, pp. 93-107. Guerrero G. et al., *Inquisición y derecho*, op. cit., pp. 47 y ss. Luzán C., *Indios acusados de hechicería ante el foro de justicia civil*, op. cit., pp. 197-216. Valenzuela, Eduardo. *Maleficio, Historias de hechicería y brujería en el Chile colonial*. Santiago: Pehuén, 2013. Urra J., *Mujeres, brujería e inquisición*, op. cit.

104 Comp. Ceballos G., Diana L. *La inquisición de Cartagena de Indias o de cómo se inventa una bruja en el siglo XVII*. Medellín: Univ. Nacional de Colombia (documento de promoción docente), 2001. Disponible en: http://bdigital.unal.edu.co/6190/1/43035975_2001_1.pdf (15.6.2019). Crespo V., Pablo L. *La inquisición española y las supersticiones en el Caribe hispano a principios del siglo XVII*. Bloomington: Palibrio, 2011, pp. 94 y ss., 160 y ss. Dougnac R., Antonio. El delito de hechicería en Chile indiano. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 1981, n.º 8, Santiago, Jurídica de Chile, pp. 93-107. Guerrero G. et al., *Inquisición y derecho*, op. cit., pp. 47 y ss. Luzán C., *Indios acusados de hechicería ante el foro de justicia civil*, op. cit., pp. 197-216. Valenzuela, Eduardo. *Maleficio, Historias de hechicería y brujería en el Chile colonial*. Santiago: Pehuén, 2013. Urra J., *Mujeres, brujería e inquisición*, op. cit.

105 Gacto F., Enrique. El delito de bigamia y la inquisición española. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1987, n.º 57, Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 465-492.

106 Chuchiak IV, John F. El regreso de los autos de fe, Fray Diego de Landa y la extirpación de idolatrías en Yucatán, 1573-1579. *Península*, 2005, vol. 1, Mérida, UNAM, pp. 29-47, 31. Han sobrevivido tres de estos

la élite educada, para revisar si eran compatibles con los dogmas oficiales de la Iglesia papal o no. Como referencia sirvió el *Index Librorum Prohibitorum*, que la Santa Sede actualizó permanentemente en múltiples ediciones a partir de 1559. Esta larga lista de libros considerados herejes y contrarios a la fe católica tenía fuerza de ley y la mera lectura era amenazada con penas eclesiásticas. De modo excepcional, fue posible recibir una licencia para leer libros prohibidos, especialmente si el solicitante era clérigo. En la segunda mitad del siglo XVIII, la inquisición novohispana condenó una variedad de libros a la hoguera y quemó, en particular, la *Historia del pueblo de Dios* y *L'Encyclopédie*. Hay que reconocer un totalitarismo intelectual en el papel de la antítesis de la libertad Gacto F., Enrique. El delito de bigamia y la inquisición española. Anuario de Historia del Derecho Español, 1987, n.º 57, Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 465-492. de conciencia, expresión, prensa y ciencia, que la posterior civilización ilustrada aprendió a estimar como derecho natural¹⁰⁷.



Figura 14. La quema de libros herejes en nombre del papa Benedicto XIV en la portada del *Index Librorum Prohibitorum*, según la edición de 1764¹⁰⁸.

códices religiosos: en el Museo de América de Madrid, en la Biblioteca Estatal y Universitaria de Dresde (Alemania) y en la Biblioteca Nacional de París.

107 Véase también libro I, título XXIV, ley 7 de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680, *op. cit.* Comp. Álvarez G., Héctor. La legislación censoria española en los siglos XVI-XVIII. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2009, n.º 10, Madrid, Univ. Complutense, pp. 145-164. Guibovich P., Pedro M. *Censura, libros e inquisición en el Perú colonial, 1570-1754*. Sevilla: Univ., 2003, pp. 99 y ss. Ramos S., José A. *Los delinquentes de papel. Inquisición y libros en la Nueva España (1571-1830)*. México: FCE, 2011.

108 *Index Librorum Prohibitorum*, nueva ed., Roma: Cámara Apostólica, 1764.

3.2.5. Indígenas y afrodescendientes

En la era habsburga consolidada, con base en una *Real Cédula* de Felipe II de 1575, los Tribunales del Santo Oficio no tenían ninguna jurisdicción sobre los indígenas americanos, aunque los jueces seculares pudieron dedicarse a sus delitos religiosos¹⁰⁹. No obstante, en la era borbónica, precisamente entre 1714 y 1755, la inquisición novohispana celebró una docena de ceremonias barrocas de tipo auto de fe para combatir las supersticiones e idolatrías de los aztecas, sin penas de muerte ejecutadas, pero al estilo educativo de la presentación pública de la abjuración y reconciliación con la Iglesia romana¹¹⁰. En general, se aplicó una especie de discriminación positiva de tipo culturalista, pues los indios, supuestamente, no entendieron toda la transcendencia de la fe católica. En este sentido, el *Estado misional* de Hispanoamérica no se basó en la misma desconfianza crónica y vigilancia excesiva contra la población autóctona, presionada al catolicismo, como en las conquistas antislámicas de al-Ándalus en el sur de la península Ibérica.

En cambio, los afrodescendientes, traídos en la calidad de esclavos, nunca recibieron ningún privilegio semejante, sino que la Iglesia romana entendió como sospechosas sus creencias y rituales animistas y chamanistas que llegaron de la preestatalidad subsahariana (santería, lumbalú, etc.). Por ejemplo, en 1628, la Inquisición cartagenera condenó a la africana María Cacheco, proveniente del golfo de Guinea y residente de Panamá, a cien azotes y al trabajo con los pobres en un hospital, debido a sus servicios mágicos ofrecidos de manera abierta, incluyendo muertos confesados¹¹¹.

109 Libro VI, título I, ley 35 de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680, *op. cit.* Ejemplo: *El proceso contra el cacique de Ubaque en 1563*, *op. cit.*, pp. 49-101. Comp. Londoño, *El proceso de Ubaque de 1563*, *op. cit.*, pp. 1-12. Muñoz A., *Costumbres en disputa*, *op. cit.*, pp. 1 y ss., 103 y ss. Cordero F., *Las penas y los castigos para la idolatría*, *op. cit.*, pp. 351 y ss.

110 Comp. Lara C., Gerardo. Los autos de fe para indios en el Arzobispado de México, siglo XVIII (1714-1755). En: Castañeda G., Rafael y Pérez L., Rosa A., eds. *Entre la solemnidad y el regocijo*. Zamora-México: El Colegio de Michoacán-CIESAS, 2015, pp. 255-272.

111 Crespo V., *La inquisición española y las supersticiones en el Caribe hispano*, *op. cit.*, pp. 175, 182, 193, 233.



Figura 15. En la ciudad de México, el palacio de la Santa Inquisición, construido de 1732 a 1736, se ubicó directamente en el lado sur (a la derecha) del convento dominico¹¹².

3.3. La delimitación de competencias

Según el modelo de la separación de poderes secular-espiritual, la justicia penal eclesiástica no debía intervenir en la esfera del conocimiento de los delitos definidos como seculares, que estaba en manos de las cortes monárquicas. Las reales audiencias, como manifestaciones de la jurisdicción suprema del monarca, pretendieron vigilar dicha delimitación a través del *recurso de fuerza*, aunque exactamente esta supremacía fue controvertida en los escasos choques dentro del dualismo secular-espiritual. En el lado eclesiástico, la bula penal *In coena Domini*, confirmada permanentemente entre 1363 y 1770, amenazó con castigar la evasión de asuntos de la jurisdicción de la Iglesia¹¹³. A veces, los jueces eclesiásticos intentaron expandir su esfera mediante la figura de la conexividad con la salvación eterna, lo que también pudo ser visto, dependiente del caso, de modo generoso, como si la Corona no tuviese ningún interés en ello o como si esta estuviese contenta con el manejo dado al caso por los clérigos. Por otro lado, en ocasiones, también los jueces seculares se dedicaron generosamente a delitos religiosos, como la hechicería o la blasfemia¹¹⁴.

112 De Casimiro Castro, 1855-1856.

113 Arranz L., Nuria. *Instituciones de derecho indiano en la Nueva España*. México: Norte Sur, 2000, pp. 62 y ss. Mallo, Silvia C. Justicia eclesiástica y justicia real. Los recursos de fuerza en el Río de La Plata. *Memoria Académica*, 1999, n.º 25, La Plata, Univ. Nacional, pp. 267-292. Margadant, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, op. cit., p. 132. Millar C., René. Los conflictos de competencia de la Inquisición de Lima. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 1986, n.º 12, Santiago, Univ. de Chile, pp. 95-128. Sotomayor G., *Historia del derecho y la abogacía en México*, op. cit., p. 107.

114 Luzán C., *Indios acusados de hechicería ante el foro de justicia civil*, op. cit., pp. 197-216.

No hubo ningún desacuerdo en casos concertados, como los novohispanos que se dedicaron a los sacerdotes sediciosos Miguel Hidalgo y José María Morelos en 1811 y 1815, respectivamente, condenados primero, por el brazo religioso, a la degradación religiosa bajo acusación de haber incurrido en el delito de herejía y, después, por el brazo secular, a la muerte por fusilamiento¹¹⁵. Una cooperación generalizada de ambos poderes públicos ocurrió en la ejecución de las penas, pues la Iglesia no quiso ensuciarse las propias manos y matar por sí misma y entregó al condenado, a través de la llamada *relajación*, al brazo secular para la ejecución en la hoguera o para que fuera enviado a servicios mortales, como el de remero encadenado en las galeras mediterráneas¹¹⁶.

3.4. La perspectiva comparada: en búsqueda de un balance de evaluación

En este lugar, parece útil contextualizar los Tribunales del Santo Oficio de modo comparativo en el marco de las prácticas punitivas de los demás Estados de su época. Frente a las largas sombras de la *leyenda negra* que la antigua

- 115 Herrera P., José. *Morelos ante sus jueces*. México: Porrúa, 1985. Ibarra P., Francisco. Libertad y tradición. El juicio inquisitorial y la causa militar contra Miguel Hidalgo. En: Ibarra P., Francisco, ed. *Juicios y causas procesales en la independencia mexicana*. México: UNAM, 2010, pp. 1-46. Serrano M., Fernando. José María Morelos. Un juicio a debate. En: Ibarra P., Francisco, ed. *Juicios y causas procesales en la independencia mexicana*. México: UNAM, 2010, pp. 189-208.
- 116 Sobre la justicia penal eclesiástica en Hispanoamérica, al lado de los anteriormente citados: Álvarez A., Fermín. Herejes ante la Inquisición de Cartagena de Indias. *Revista de la Inquisición*, 1997, n.º 6, Madrid, Univ. Complutense, pp. 239-269. Ayllón, Fernando. *El tribunal de la inquisición*. 2.ª reimpression. Lima: Congreso del Perú, 2000. Fernández G., María del C. *La sentencia inquisitorial*. Madrid: Univ. Complutense, 2000, pp. 17 y ss. Henningsen, Gustav. The Database of the Spanish Inquisition. The “relaciones de causas”-project revisited. En: Mohnhaupt, Heinz y Simon, Dieter, eds. *Vorträge zur Justizforschung, Geschichte und Theorie*. Tomo 2. Fráncfort: Klostermann, 1993, pp. 43-85. Medina Z., *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Lima*, 2 tomos, *op. cit.*, pp. 1 y ss. Medina Z., *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Cartagena de las Indias*, *op. cit.*, pp. 35 y ss. Miranda O., Pedro. Las sanciones de la fe. Los autos de fe y la aplicación de penas del régimen inquisitorial en el México colonial. *Contribuciones desde Coatepec*, 2008, n.º 14, Toluca, UAEM, 2008, pp. 61-83. Orozco O., José Z. y Valencia S., Verónica. *Historia del derecho universal y mexicano*. 2.ª ed. México: Porrúa, 2016, pp. 242 y ss. Pérez, Joseph. *Breve historia de la inquisición en España*. Barcelona: Crítica, 2009, pp. 57 y ss., 93 y ss. Ramírez M., Marco A. La inquisición. Análisis socio-religioso. *Revista Universidad Eafit*, 2012, vol. 28, n.º 87, Medellín, Univ. Eafit, 2012, pp. 67-74. Sánchez-L., Sixto. *El crimen de herejía y su represión inquisitorial*. Barcelona: Univ. Pompeu Fabra, 2017. Splendiani, Anna M., ed. *Cincuenta años de inquisición en el Tribunal de Cartagena de Indias, 1610-1660*. Bogotá: CEJA, 1997. Terráneo, Sebastián. Penas. *Research Paper Series*, 2017, n.º 7, Fráncfort, MPI for European Legal History, pp. 1-22. Torre R., José I. de la. *Breve historia de la inquisición*. Madrid: Nowtilus, 2014, cap. 4. Uribe, María V. Los ocho pasos de la muerte del alma. La inquisición en Cartagena de Indias. *Boletín Cultural y Bibliográfico*, 1987, vol. 24, n.º 13, Bogotá, Bibl. L. Á. Arango, 1987, pp. 29-39.

historiografía protestante diseñó para estigmatizar a la España católica¹¹⁷ y a sus jueces espirituales como maliciosos¹¹⁸, vale la pena guardar las proporciones.

En primer lugar, es una suposición insostenible creer que el protestantismo no hubiera estado dispuesto a nada semejante a la justicia penal antihereje de corte católico. Más bien, en las teocracias protestantes, que se caracterizaban por la unión de las funciones del jefe secular y espiritual en manos del mismo rey, se dirigió la justicia penal general del monarca contra articulaciones de creencias antidogmáticas: en vez de requerir de un delito de lesa majestad divina —prácticamente papal—, pudieron aplicarse inmediatamente los delitos comunes de lesa majestad y traición. De todas maneras, está comprobado que la Inglaterra anglicana dejó ejecutar varios cientos de católicos por no abjurar de la antigua fe ahora indeseada, especialmente en la fase de imposición de la nueva confesión entre 1534 y 1612, y, otra vez, en la histeria anticatólica de 1678 a 1681. La cima de persecución se dio en Irlanda, pues la población de esta isla no estuvo dispuesta a renunciar al catolicismo heredado. A partir de 1714, bajo la dinastía alemana de los Hannover, bajó la mortalidad, pero las *Leyes penales* discriminaron duramente a los católicos, hasta que la legislación de 1829 terminó con el Antiguo Régimen religioso de Gran Bretaña¹¹⁹. Los dos monoconfesionalismos acentuadamente intolerantes de la Modernidad temprana europea, el español y el inglés, no se distinguieron tanto en su concepto de persecución, sino sencillamente en la respectiva fe de las víctimas, que fueron una vez protestantes y la otra vez católicos (al lado de seguidores del *falso* protestantismo británico). Lo que parece poco dudoso es que se ejecutaron más personas por el reproche de la confesión indeseada en Inglaterra, que en Hispanoamérica.

117 Críticos: Bernhard, *Geschichtsmymen über Hispanoamerika*, *op. cit.*, pp. 169 y ss. Molina M., *Historia de la leyenda negra hispano-americana*, *op. cit.*, pp. 47 y ss., 149 y ss. Roca B., *Imperiofobia y leyenda negra*, *op. cit.*, pp. 121 y ss., 291 y ss. Schilling, *Del Imperio común a la leyenda negra*, *op. cit.*, pp. 37-61. Vaca de O., *El Imperio y la leyenda negra*, *op. cit.*, pp. 147 y ss.

118 Resumen de los clichés: Suescún, *Derecho y sociedad en la historia*, tomo 2, *op. cit.*, pp. 215 y ss.

119 La Iglesia católica ha reconocido más de 350 mártires católicos de la reforma inglesa. Entre los famosos, se señalan el lord canciller Thomas More (1535), el cardenal y obispo John Fisher de Rochester (1535), el abad Thomas Marshall de Colchester (1539), el abad Hugh Faringdon de Reading (1539), el abad Richard Whiting de Glastonbury (1539), el abad Gelasius Ó Cuileanáin de Boyle (1580), el arzobispo Dermot O'Hurley de Cashel (1584), el arzobispo Peter Talbot de Dublín (1680) y el arzobispo Oliver Plunkett de Armagh (1681). Véase Marquardt, *Teoría integral del Estado*, tomo 1, *op. cit.*, pp. 418 y ss. Sagenschneider, Marie. *50 Klassiker Prozesse*. 2ª ed. Hildesheim: Gerstenberg, 2005, pp. 56 y ss. Selwood, Dominic. Never forget the Bloody Horrors of the English Reformation. *Catholic Herald*, 26 de octubre de 2017. Disponible en: <http://catholicherald.co.uk/issues/october-27th-2017/never-forget-the-bloody-horrors-of-the-english-reformation/> (15.6.2019).

Además, según los estudios cuantitativos de Henningsen sobre la base de los documentos oficiales de la Inquisición hispanoamericana de la época de 1570 a 1700, son comprobables 1176 casos tratados en el Tribunal del Santo Oficio de Lima, 950 en la institución hermana en México y 699 en Cartagena de Indias, de los cuales 30, 17 y 3, respectivamente, terminaron con la ejecución de una pena de muerte en la hoguera y la pena secundaria de la confiscación de los bienes, es decir, menos del 2 %¹²⁰. También en los 34 juicios cartageneros del siglo XVII contra marineros y corsarios extranjeros de fe protestante, solo el citado *Adán Edón* fue ejecutado, mientras los otros ingleses, holandeses, franceses y alemanes recibieron penas menores¹²¹. Para toda la época de la existencia de la Inquisición cartagenera, se han detectado no más de cinco penas de hoguera¹²². En otras palabras, la mayor parte de los investigados fueron absueltos o castigados ligeramente, al estilo de requerir la abjuración pública, participar descalzo en unas misas, el servicio a los pobres en un hospital o la reeducación católica en un convento. Un buen ejemplo de la práctica punitiva del Santo Oficio es el caso de Lorenzana de Azereto. Después de acusaciones acumuladas en el espectro de no ir a la misa, superstición y adulterio, en 1612, el tribunal de Cartagena de Indias la condenó a una misa punitiva, el destierro de dos años y una multa. Sin embargo, en vista de la apelación de su esposo al Consejo de la Suprema Inquisición, ella resultó absuelta en 1614¹²³. A diferencia del derecho penal monárquico, predominó la finalidad pedagógica de la resocialización en la uniformidad de la comunidad católica intolerante.

120 Cifras según Henningsen, *The Database of the Spanish Inquisition*, op. cit., pp. 58, 84. Vid. también: Escobar Q., *Inquisición y judaizantes en América española*, op. cit., pp. 332 y ss.

121 Álvarez A., *Herejes ante la Inquisición de Cartagena de Indias*, op. cit., pp. 239-269.

122 Ramírez M., *La inquisición. Análisis socio-religioso*, op. cit., p. 74.

123 *Sentencia del Tribunal de la Inquisición en el juicio de Lorenzana de Azereto, en Cartagena de Indias, 1612*, en Archivo Histórico Nacional de Madrid, *Ciudad Cartagena, Rollo 1*, ed. por AGN, *Documentos que hicieron un país*, op. cit., pp. 60 y ss. *Relación de la causa de doña Lorenzana de Azereto, que se votó en esta Inquisición de Cartagena en 28 de enero de 1613 años y Auto del Consejo de 1614*, ed. por Splendiani, *Cincuenta años de inquisición en el Tribunal de Cartagena de Indias, 1610-1660*, t. 2, op. cit., pp. 93-96. Sobre el caso: Fernández G., *La sentencia inquisitorial*, op. cit., pp. 235 y ss. Crespo V., *La inquisición española y las supersticiones en el Caribe hispano*, op. cit., pp. 168 y ss.



Figura 16. Una condenada del Tribunal del Santo Oficio con coroza y sambenito. El paseo en el burro subrayó la vergüenza pública¹²⁴.

En perspectiva comparada, las cifras señaladas parecen moderadas y muy por debajo de la dimensión de las víctimas penales en los *procesos de brujería* efectuados en la Europa no mediterránea, en el lado norte de los Alpes, tanto en la parte católica como en la protestante¹²⁵. La mayor intensidad se dio entre 1560 y 1690, cuando se condenó a alrededor de 60 mil mujeres y hombres por el reproche de haber causado daños a través de la magia negra en complicidad con el diablo. Para citar un ejemplo: de 1678 a 1680, el pequeño condado vasallo de Hohenems-Vaduz, ubicado en la zona alpina del Sacro Imperio Romano, investigó a 122 presumidos brujos y brujas y ejecutó a 54 de ellos¹²⁶, es decir, en solo tres años un micro-territorio no superior a 30 kilómetros de longitud mató judicialmente a más enemigos de la fe que la extensa inquisición hispanoamericana en los 250 años transcurridos de 1570 a 1820. En este sentido, es adecuado indicar que

124 Número 24 de los *Caprichos* de Francisco de Goya, de 1897-1799; lugar: Museo del Prado, Madrid.

125 El Reino de Inglaterra transfirió los procesos de brujería también a Norteamérica, teniendo en cuenta los respectivos juicios de Salem (Massachusetts) en 1692-1693. Comp. Sagenschneider, *50 Klassiker Prozesse*, *op. cit.*, pp. 84 y ss.

126 Estudio detallado del caso en: Marquardt, Bernd. El fenómeno de los procesos de brujería y los orígenes de la justicia constitucional en el Estado judicial de los siglos XVI y XVII. *Pensamiento Jurídico*, 2011, n.º 30, Bogotá, UNAL, pp. 217-244.

los jueces de la Europa mediterránea —incluyendo Hispanoamérica—, en vista de su perfil universitario, no pudieron imaginarse perseguir tan masivamente delitos mágicos y demonológicos sobre daños ocasionados, supuestamente, por hechiceros en colaboración con el anticristo después de haber celebrado un pacto a través del acto sexual con este, a diferencia de los jueces campesinos e iletrados de la instancia segmentaria-local en el centro y norte del viejo continente. Vistas así, las diferencias en la organización judicial y en la educación de los operadores del derecho resultaron decisivas para determinar la inmunidad o, por el contrario, la adicción a construir una criminalidad mágica y ficticia. También puede decirse que se materializó, por última vez, la diferencia zonal entre el Mediterráneo civilizado y el norte bárbaro de Europa, proveniente del pasado lejano de la Antigüedad romana¹²⁷.

De igual forma, vale la pena una breve mirada comparativa a las civilizaciones no europeas de los siglos XVI a XVIII. Los imperios musulmanes, como el Otomano y el Mogol, conocieron también la responsabilidad penal por la blasfemia y la apostasía, pero no organizaron ninguna jurisdicción especializada de persecución y, en general, se comportaron de forma mucho más relajada frente a variaciones y también toleraron a otras religiones en el respectivo espacio intrainperial. En las demás civilizaciones asiáticas es aún más difícil encontrar fundamentalismos semejantes al católico y su hijo protestante. Por ejemplo, el *universismo* chino tendió a entender toda creencia como una manifestación válida de los mismos principios espirituales¹²⁸. Queda una conclusión evidente: aunque muchos *occidentales* modernos quieren creer que pertenecen a la zona de origen del valor de la tolerancia¹²⁹, es obvio que, en la comparación intercivilizatoria de la Modernidad temprana, la cultura occidental fue la más intolerante y fanática con respecto a la imposición de la homogeneidad y pureza religiosa, sin sentir remordimientos ante estrategias represivas del miedo y de la violencia. Hispanoamérica se ubicó dentro de este espectro europeo, pero no se situó de ninguna manera en su pico radical.

4. LA RUPTURA SISTÉMICA EN LOS INICIOS DEL SIGLO XIX

Todavía en el primer decenio del siglo XIX, el régimen penal descrito estuvo en pleno vigor. Sin embargo, la crisis estatal de la Monarquía de las Españas e Indias a partir de 1808 no solo llevó a la desmembración en una variedad de Estados

127 Cf. también Behringer, Wolfgang. *A Cultural History of Climate*. Cambridge: Polity Press, 2010, pp. 130 y ss. (título original en alemán: *Kulturgeschichte des Klimas*. Múnich: C.H. Beck, 2007).

128 Sobre la tolerancia religiosa en las civilizaciones no europeas de la Modernidad temprana: Marquardt, *Teoría integral del Estado*, tomo 1, *op. cit.*, pp. 621-633.

129 Las revoluciones ilustradas alrededor de 1800 no perfeccionaron tendencias anteriores, sino que significaron una fuerte ruptura sistémica.

sucesores —definitivamente en 1825—, sino que la revolución ilustrada-liberal significó también cambios sustanciales en todo tipo de normatividad.

Hasta el último momento de la fase revolucionaria de la *gran transformación* que llevó, en dinámicas complejas entre 1808 y 1825, al reemplazo del Antiguo Régimen por una nueva realidad estatal y socioeconómica, la monarquía española continuó aplicando el derecho penal político. En particular, pueden añadirse las penas de muerte en la Nueva Granada del año 1816 contra los rebeldes y separatistas capturados del quinquenio revolucionario de tipo ilustrado-liberal que representan, en la perspectiva de hoy, los padres del Estado constitucional en América Latina: entre los condenados a muerte por lesa majestad y traición, se señalan el expresidente de *facto* de la Nueva Granada Camilo Torres Tenorio, el expresidente de *facto* de Cundinamarca Jorge Tadeo Lozano, y el científico Francisco José de Caldas. Ante la dinámica militar de la *pacificación*, fueron juzgados por un tribunal excepcional de tipo militar y denominado Consejo de Guerra Permanente¹³⁰. Para la antigua legitimidad, fueron con argumentos indudables criminales peligrosos, mientras la nueva los adoptó según su plausibilidad como héroes nacionales.

Según el nuevo espíritu ascendente, ya no pareció tolerable ni la tortura judicial ni la Santa Inquisición. La tortura fue abolida en la España napoleónica en 1808 y en la España gaditana en 1812, y nunca más volvió; tampoco la renovó la restauración autocrática de Fernando VII en 1814¹³¹. Por su parte, en Cartagena de Indias, la Santa Inquisición fue expulsada por primera vez por el gobierno rebelde de 1811 a 1815 —precisamente, se escapó a Santa Marta y, después, a Panamá—, para ser suprimida definitivamente como resultado de la conquista colombiana y del artículo 1º de la Ley sobre el Modo de Conocer y Proceder en las Causas de Fe de 1821. En cambio, la España napoleónica abolió el Santo Oficio en 1808, mientras la España gaditana introdujo la libertad de expresión en 1810 y decretó la abolición de la inquisición en 1813, pero la restauración de 1814 la reactivó. En 1820, el *trienio liberal* se enfocó de nuevo en la libertad de prensa y la abolición, lo que significó la supresión definitiva de la Inquisición mexicana

130 En los constructos de la antigua historia patria se había exagerado la brutalidad de la *reconquista* (en el sentido de matar criollos por malicia como un fin en sí mismo, con números de víctimas muy exagerados, p. ej. en Suescún, *Derecho y sociedad en la historia*, tomo 2, *op. cit.*, p. 216) como la antítesis más negra de la justicia material para dejar brillar al *Libertador* Bolívar (y para encubrir las masacres y ejecuciones extralegales de este *warlord* sanguinario con su *guerra a muerte*). Comp. Earle, Rebecca. *España y la independencia de Colombia, 1810-1825*. Bogotá: Uniandes, 2014, pp. 99 y ss. Gutiérrez A., Daniel. *La restauración en la Nueva Granada (1815-1819)*. Bogotá: Univ. Externado, 2016, pp. 37 y ss., 179 y ss., 209 y ss. Sourdis N., Adelaida. El Consejo de Guerra de los mártires de Cartagena en 1816. En Calvo S., Haroldo y Meisel R., Adolfo, eds. *Cartagena de Indias en la Independencia*. Cartagena: Banco de la República, 2011, pp. 297-335.

131 Perspectiva comparada de la abolición sucesiva de la tortura judicial en la *gran transformación*, con Prusia como precursor (a partir de 1740) y el cantón suizo de Glaris como rezagado (1851): Marquardt, *Teoría integral del Estado*, tomo 2, *op. cit.*, p. 106. Wesel, *Geschichte des Rechts*, *op. cit.*, pp. 348 y ss.

y limeña, una decisión que se prolongó en la formación de los respectivos Estados sucesores, mientras la segunda restauración española de 1823 la reactivó de manera modificada en la forma de las Juntas de la Fe, hasta el decreto de supresión definitivo de la *regente* María Cristina en 1834, que ahora afectó en América nada más que a las Antillas Mayores¹³². Las oscilaciones duras subrayan la fundamentalidad del combate cultural entre el derecho divino del Antiguo Régimen y el derecho natural del futuro.

En el caso colombiano, el producto de la segunda revolución exitosa de la zona, la constitución ilustrada de la República de Colombia de 1821, rompió la columna vertebral del derecho del Antiguo Régimen, pues reclamó la prioridad de la nueva *norma de normas*. La misma constitucionalizó la supervivencia de normas del derecho histórico, pero de modo limitado a lo homogéneo con los nuevos valores supremos (art. 188), que contuvieron –al lado de la libertad, propiedad privada e igualdad legal– también una reforma relevante para la temática penal del presente artículo, a saber, la garantía de la seguridad de la persona frente al poder punitivo por garantías procesales.

Las transformaciones se profundizaron con la Ley sobre Procedimiento en las Causas de Hurto y Robo de 1826 y con el Código de Procedimiento en los Negocios Criminales de 1848. El derecho penal material recibió sus contornos ilustrados —más allá de las garantías dentro de los textos constitucionales— a través del Código Penal de la Nueva Granada de 1837¹³³, que se orientó todavía en la transformación española, precisamente, en el proyecto de Código Penal de 1822, que había fracasado inmediatamente en la península con la supresión militar del *trienio liberal* por la Santa Alianza europea. Por lo tanto, la abolición explícita de todas las leyes españolas a través del artículo 15 de la Ley 153, *por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales de 1887*, fue simplemente un punto final declaratorio de desarrollos ya cumplidos en los decenios anteriores.

132 Comp. Lama, Enrique de la. El derrumbamiento de la Inquisición. Críticos y fanáticos (1793-1834). *Anuario de Historia de la Iglesia*, 2010, vol. 19, Pamplona, Univ. de Navarra, pp. 167-199. Parra, Emilio la y Ángeles C., María. *La Inquisición en España, Agonía y abolición*. Madrid: Catarata, 2013. Rodríguez L., Carlos. El final de la inquisición. *Historia Constitucional*, 2014, n.º 15, Madrid-Oviedo, CEPC-Univ. de Oviedo, pp. 573-579.

133 *Código penal de la Nueva Granada de 1837*, en *Colección de las leyes i decretos espeditos por el Congreso constitucional de la Nueva Granada en el año de 1837*. Bogotá: J. A. Cualla, 1837, pp. 93-229. Comp. Peñas F., *Génesis del sistema penal colombiano*, op. cit., pp. 91 y ss. Peñas F. *La producción del derecho penal público en la fundación del Estado nacional en Brasil y Colombia*, op. cit., pp. 413-456. Cancino M., *Las instituciones penales colombianas y su evolución a partir del código de 1837*, 3 tomos, op. cit.

OBSERVACIONES FINALES

Sintetizando, puede apuntarse que el derecho penal de la Monarquía de las Españas e Indias participó en la cultura del derecho escrito de la Modernidad temprana europea, pero, a diferencia de la *Constitutio Criminalis Carolina* romano-germánica de 1532, no dispuso de ningún código completamente actualizado, uniformado y sistematizado. El derecho penal hispano-indiano compartió de lo normal de su época tanto los fines de tipo estatal, paz territorial, seguridad pública, preventivo-intimidadores y celestial-religiosos, como la brutalidad ostentativa contra el cuerpo y el alma, buscando del mismo modo, como en los demás lugares de la Cristiandad latina, la escenificación del poder público a través del espectáculo del *teatro del terror*. En el derecho procesal inquisitivo, se practicó la tortura probatoria para presionar confesiones, aunque la aplicación fue limitada, del mismo modo que en Europa central bajo la *Carolina*, a indicios relativamente fuertes. Los delitos políticos se persiguieron con la misma intransigencia selectiva que en las demás monarquías europeas. En el combate del bandolerismo rural, una especie de criminalidad social relacionada con la exclusión estructural de las clases subcampesinas en la sociedad estamental, la eficacia preventiva y represiva quedó muy limitada. Puede sorprender, pero con respecto a los delitos religiosos, la Santa Inquisición se comportó de forma mucho menos letal que los paralelos cultos de muerte de la Europa noralpina contra brujas y brujos. Es posible reconocer en el poder punitivo de la Modernidad temprana una especie de *lado oscuro del Estado*, pero cabe destacar que no se trató de ninguna bestialidad pública excepcional de tipo colonial, sino de un patrón general dentro de la cristiandad latina.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes primarias

aa. Fuentes jurídicas

- (1256) Siete Partidas del Reino de Lelón y Castilla, de 1256/1265, Real Academia de la Historia, ed. *Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*. 3 tomos. Madrid: Imprenta Real, 1807.
- (1478) *Exigit sinceras devotionis affectus*, bula del Papa Sixto IV (fundación de la inquisición española), Martínez Díez, Gonzalo ed. *Bulario de la Inquisición española, hasta la muerte de Fernando el Católico*. Madrid: Universidad Complutense, 1997, pp. 74-79.
- (1484) *Summis desiderantes affectibus*, bula del Papa Inocencio VIII (persecución de las brujas), Wolfenbütteler Digitale Bibliothek, ed. Disponible en <http://diglib.hab.de/inkunabeln/151-quod-2f-1/start.htm?image=00003> (15.6.2019).
- (1505) *Leyes de Toro. Quaderno de las leyes y nuevas decisiones hechas y ordenadas en la ciudad de Toro sobre las dudas de derecho que continuamente solian y suelen ocurrir en estos Reynos, En que auia mucha diuersidad de opiniones entre los Doctores y letrados de estos Reynos*. Salamanca: Casa de Juan de Junta, 1551. Disponible en: http://faculty.georgetown.edu/sallesrv/courses/SPAN-459/span459/pdfs/leyes_toro/leyes_96.pdf (5.1. 2019).
- (1532) *Constitutio Criminalis Carolina, Peinlich Halssgericht, des allerdurchleuchtigsten grossmächtigsten unüberwindlichsten Keyser Carols dess Fünfften und dess Heyligen Römischen Reichs peinlich Gerichts Ordnung, auff den Reichsstägen zu Augspurg und Regenspurg, in Jaren dreissig und zwey und dreyssig gehalten, auffgericht und beschlossen*. Fráncfort del Meno: Johannem Schmidt, 1577.
- (1555) *Las Siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el Nono, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de su majestad*. Salamanca: Impr. por Andrea de Portonariis, 1555.
- (1563) El proceso contra el cacique de Ubaque en 1563. Transcripción de Clara Inés Casilimas y Eduardo Londoño. *Boletín Museo del Oro*, 2001, n.º 49, pp. 49-101, Bogotá, Museo del Oro.

- (1567) *Nueva Recopilación. Recopilación de las leyes destes reynos hecha por mandado de la Magestad Catolica del Rey don Felipe Segundo nuestro señor, que se ha mandado imprimir, con las leyes que después de la vltima impresión se han publicado, por la Magestad Catolica del Rey don Felipe Quart.* Madrid: Catalina de Barrio Angulo y Diego Diaz de la Carrera, 1640.
- (1569) *Real Cédula de creación del Santo Oficio de la Inquisición del 25 de enero.* Memoria Política de México, ed. Disponible en <http://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/1Independencia/1569DRT.html> (15.6.2019).
- (1610) Reales Cédulas de creación del Santo Oficio de la Inquisición en Cartagena de 21 y 25 de febrero y 8 de marzo de 1610. En: Rodríguez Baquero, Luis Enrique, ed. *Índice de documentos de archivos españoles para la historia colonial del Nuevo Reino de Granada.* Bogotá: Icanh, s.f., pp. 81 y ss. Disponible en <http://biblioteca.icanh.gov.co/DOCS/MARC/texto/INDICE%20DE%20DOCUMENTOS%20DE%20ARCHIVOS%20ESPA%3%91OLES.pdf> (16.5.2019).
- (1612) *Sentencia del Tribunal de la Inquisición en el juicio de Lorenzana de Azereto, en Cartagena de Indias.* En: Archivo Histórico Nacional de Madrid, *Ciudad Cartagena, Rollo 1.* Archivo General de la Nación, ed. *Documentos que hicieron un país.* Bogotá: Presidencia de la República, 1997, pp. 60 y ss.
- (1619) Tribunal del Santo Oficio de Cartagena de Indias. Caso de Adán Edón, 1619-1622. En: *Relaciones de causas de fe. Años 1614-1697. Cartagena, 1614-1697, libro 1, folios 204-208.* En: Archivo Histórico Nacional de Madrid, Sección de Inquisición, ed. digital por Biblioteca Luis Ángel Arango, Bogotá.
- (1680) *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, mandadas imprimir y publicar por la Magestad Católica del Rey Don Carlos II.* 4 tomos. Madrid: Ivlian de Paderes, 1681. 2ª ed.: Madrid: Antonio Balbas, 1756. 3ª ed.: Madrid: Andrés Ortega, 1774. Ed. en facsímil: Congreso de la República de Perú (ed.), Archivo digital de la Legislación del Perú, Lima, Archivo General del Congreso. Disponible en: http://www.leyes.congreso.gob.pe/leyes_indias.aspx (15.6.2019).
- (1764) *Index Librorum Prohibitorum.* Nueva ed. Roma: Cámara Apostólica, 1764.
- (1772) *Nueva Recopilación. Tomo primero de las Leyes de Recopilación, que contiene los libros primero, segundo, tercero, cuarto i quinto.* Madrid: Imprenta de Pedro Marín, 1772. *Tomo segundo de las Leyes de Recopilación, que contiene los libros sexto, septimo, octavo i nono.* Madrid: Imprenta Real de la Gazeta, 1772.

(1781) Edicto de autocoronación de José Gabriel Túpac Amaru Inga Rey Perú. Gutiérrez E., Antonio, ed. *Tupac Amaru II, Sol vencido ¿El primer precursor de la emancipación?* *Revista Araucaria*, 2006, vol. 9, n.º 15, Sevilla, Universidad de Sevilla, pp. 205-223.

Sentencia expedida por el Visitador General del Reino José Antonio de Areche contra José Gabriel Tupac Amaru en el Cusco, 15 de mayo de 1781. Durand Flórez, Luis *et al.*, eds. *Colección Documental del Bicentenario de la Revolución Emancipadora de Túpac Amaru*. Tomo 3. *Los Procesos a Túpac Amaru y sus compañeros*. Lima: Comisión Nacional del Bicentenario de la Rebelión Emancipadora de Túpac Amaru, 1981, pp. 268-277.

Juicio a Túpac Katari, en Compulsa del primer Cuaderno de Autos Criminales que se formaron contra el rebelde Julián Apasa, alias Tpuakatari, después de las paces propuestas por Miguel Bastidas y del edicto librado por otro rebelde nombrado Carlos Poma que se halló en el Santuario de las Penas, Agl. Buenos Aires 319, en Archivo de La Paz, fondo donación María Eugenia Siles, f. 3, no. 5.

(1782) *Sentencia de muerte contra los capitanes comuneros Galán, Ortiz, Molina y Alcantuz*, 1782. Biblioteca Nacional de Colombia. *Documentos de los comuneros*, tomo III, Ms 371, folio 13, Archivo General de la Nación, ed. *Documentos que hicieron un país*. Bogotá: Presidencia de la República, 1997, pp. 91-94.

(1805) *Novísima Recopilación de las Leyes de España, dividida en XII libros, en que se reforma la Recopilación publicada por el Señor Don Felipe II en el año de 1567, reimpresa últimamente en el de 1775, y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones Reales, y otras providencias no recopiladas y expedidas hasta el de 1804, mandada formar por el Señor Don Carlos IV*. Madrid, 1805. Ed. digital disponible en: <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/novisimaRecopilacionT1.pdf> (15.6.2019).

(1837) *Código penal de la Nueva Granada, en Colección de las leyes i decretos espedidos por el Congreso constitucional de la Nueva Granada en el año de 1837*. Bogotá: J. A. Cualla, 1837, pp. 93-229.

bb. Autores históricos

(1585) Muñoz Camargo, Diego de. *Descripción de la ciudad y de la provincia de Tlaxcala de las Indias y mar Océano para el buen gobierno y ennoblecimiento de ellas* (Manuscrito de Glasgow), 1585.

- (1595) Castillo de Bobadilla, Jerónimo. *Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempo de paz, y de guerra*. Tomo 2. Madrid: Imprenta Real de la Gazeta, 1775 (1.ª ed. de 1595).
- (1870) Payno, Manuel y Riva Palacio, Vicente. *El libro rojo, 1520-1867*. México: Díaz de León y White, 1870.
- (1872) Boys, Alberto du. *Historia del derecho penal de España*. Madrid: Imprenta de J. M. Pérez, 1872.
- (1887) Medina Zavala, José Toribio. *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Lima (1569-1820)*. 2 tomos. Santiago de Chile: Imprenta Gutenberg, 1887.
- (1898) Quijano, Arturo. *Ensayo sobre la evolución del derecho penal en Colombia*. Bogotá: M. Rivas, 1898.
- (1899) Medina Zavala, José Toribio. *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Cartagena de las Indias*. Santiago de Chile: Elzeviriana, 1899. Última reed.: Bogotá, Valencia Eds., 1978.
- (1906) Adler, Cyrus y Kohut, George Alexander. "Carabajal". En Singer, Isidore *et al.*, eds. *Jewish Encyclopedia*. Nueva York: Funk & Wagnalls, 1906. Disponible en <http://www.jewishencyclopedia.com/articles/4015-carabajal> (15.6.2019).
- (1912) Engelhardt, Zephyrin. *The Missions and Missionaries of California*. Tomo 2. *Upper California*. San Francisco: James H. Barry, 1912.
- (1916) Levene, Ricardo. *Introducción al estudio del derecho indiano*. Buenos Aires: Caraciolo, 1916.
- (1947) Altamira, Rafael. Estudios sobre las fuentes de conocimiento del derecho indiano. *Revista de Historia de América*, 1947-1948, n.º 23-25, México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, pp. 1-53, 313-341, 69-134.

b. Bibliografía secundaria

- Agüero, Alejandro. Las penas impuestas por el Divino y Supremo Juez, Religión y justicia secular en Córdoba del Tucumán, siglos XVII y XVIII. *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas, Anuario de Historia de América Latina*, 2009, n.º 46, Colonia, Weimar & Viena, Böhlau Verlag, pp. 203-230.

- Aguilar, René Johnston. *La pena de muerte en la época colonial*. Guatemala: Universidad de Guatemala, 2006. Disponible en http://www.academia.edu/607815/La_pena_de_muerte_en_la_%C3%A9poca_colonial (15.6.2019).
- Albornoz Vásquez, María Eugenia. Cortar la causa, no más escrito, obligar al perdón. En: Caselli, Elisa, ed. *Justicia, agentes y jurisdicciones. De la Monarquía hispánica a los Estados nacionales*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2016, pp. 125-157.
- Alconini, Sonia et al. *The Oxford Handbook of the Incas*. Oxford: University Press, 2018.
- Alzate Echeverri, Adriana María. “El escandaloso delito de matarse”. Proceso criminal contra el esclavo Ambrosio Mosquera, Nuevo Reino de Granada, 1775. En Bonnett Vélez, Diana, ed. *Una obra para la historia. Homenaje a Germán Colmenares*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015, pp. 31-56.
- Álvarez Alonso, Fermina. Herejes ante la Inquisición de Cartagena de Indias. *Revista de la Inquisición*, 1997, n.º 6, Madrid, Editorial Universidad Complutense, pp. 239-269.
- Álvarez García, Héctor. La legislación censoria española en los siglos XVI-XVIII. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 2009, n.º 10, Madrid, Editorial Universidad Complutense, pp. 145-164.
- Arancibia Floody, Claudia, Cornejo C., José Tomás y González U., Carolina. Hasta que naturalmente muera. Ejecución pública en Chile colonial (1700-1810). *Revista de Historia Social y de las Mentalidades*, 2001, n.º 5, Santiago de Chile, Editorial Universidad de Santiago, pp. 167-178.
- Arancibia Floody, Claudia, Cornejo C., José Tomás y González U., Carolina. “¿Veis aquí el potro del tormento? ¡Decid la verdad! Tortura judicial en la Real Audiencia de Santiago de Chile. *Revista de Historia Social y de las Mentalidades*, 2000, n.º 5, Santiago de Chile, Editorial Universidad de Santiago, pp. 131-150.
- Arranz Lara, Nuria. *Instituciones de derecho indiano en la Nueva España*. México: Editorial Norte Sur, 2000.
- Asebey Claire, Ricardo C. y Mamani Siñani, Roger L. Violencia y conflicto en la historia de Bolivia. *Tinkazos. Revista Boliviana de Ciencias Sociales*,

- 2015, n.º 37, La Paz, Programa de Investigación Estratégica en Bolivia, pp. 139-150.
- Ayllón, Fernando. *El tribunal de la inquisición. De la leyenda a la historia*. 2ª reimpresión. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2000.
- Barbosa Delgado, Francisco R. *Justicia, rupturas y continuidades. El aparato judicial en el proceso de configuración del Estado-Nación en Colombia, 1821-1853*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- Barragán, Rossana. Los discursos políticos de la represión. Una comparación entre 1781 y 1809. *Secuencia. Revista de Historia y Ciencias Sociales*, 2008, n.º conmemorativo, México, Instituto Mora, pp. 163-198.
- Batalla Rosado, Juan José. La pena de muerte durante la Colonia, siglo XVI, a partir del análisis de las imágenes de los códices mesoamericanos. *Revista de Antropología Americana*, 1995, n.º 25, Madrid, Editorial Universidad Complutense, pp. 71-110.
- Behringer, Wolfgang. *A Cultural History of Climate*. Cambridge: Polity Press, 2010. Título original en alemán: *Kulturgeschichte des Klimas, Von der Eiszeit bis zur globalen Erwärmung*. Múnich: Verlag C.H. Beck, 2007.
- Bernate Ochoa, Francisco. El Código Penal colombiano de 1890. *Estudios Jurídico-Sociales*, 2004, vol. 6, n.º 2, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, pp. 535-558.
- Bernhard, Roland. *Geschichtsmychen über Hispanoamerika, Entdeckung, Eroberung und Kolonisierung in deutschen und österreichischen Schulbüchern des 21. Jahrhunderts*. Göttingen: V & R Unipress, 2013.
- Bravo Lira, Bernardino. *Constitución y reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica, 1511-2009*. Santiago de Chile, Abeledo Perrot, 2010.
- Bravo Lira, Bernardino. Vigencia de las Siete Partidas en Chile. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 1985, vol. 10, Valparaíso, Editorial Pontificia Universidad Católica, pp. 43-105.
- Brenner, Michael. *A Short History of the Jews*. Princeton: University Press, 2010. Título original en alemán: *Kleine jüdische Geschichte*. Múnich: Verlag C.H. Beck, 2008.

- Buenaventura Gómez, Laura Alejandra. *Malas amistades. Infanticidios y relaciones ilícitas en la provincia de Antioquia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2017.
- Bushnell, David. *Colombia, una nación a pesar de sí misma. De los tiempos precolombianos a nuestros días*. Bogotá: Planeta, 1996. Título original en inglés: *The Making of Modern Colombia. A Nation in spite of itself*: Berkeley: University of California Press, 1993.
- Cahill, David. First among Incas. The Marquesado de Oropesa Litigation (1741-1780) in route to the Great Rebellion. *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas, Anuario de Historia de América Latina*, 2004, n.º 41, Colonia, Weimar-Viena, Böhlau Verlag, 2004, pp. 137-166.
- Cancino Moreno, Antonio J. *Las instituciones penales colombianas y su evolución a partir del código de 1837*. 3 tomos. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1990.
- Cardim, Pedro. Political Status and Identity. Debating the Status of American Territories across the 16th and 17th Century Iberian World. *Rechtsgeschichte, Legal History*, 2016, n.º 24, Fráncfort del Meno, Klostermann, pp. 101-116.
- Ceballos Gómez, Diana Luz. *La Inquisición de Cartagena de Indias o de cómo se inventa una bruja en el siglo XVII*: Medellín: Universidad Nacional de Colombia (documento de promoción docente), 2001. Disponible en: http://bdigital.unal.edu.co/6190/1/43035975._2001_1.pdf (15.6.2019).
- Chuchiak IV, John F. El regreso de los autos de fe. Fray Diego de Landa y la extirpación de idolatrías en Yucatán, 1573-1579. *Península*, 2005, vol. 1, Mérida, UNAM, pp. 29-47.
- Collantes de Terán de la Hera, María José. El delito de adulterio en el derecho general de Castilla. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1996, n.º 66, Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 201-228.
- Colmenares, Germán. La ley y el orden social. Fundamento profano y fundamento divino. *Boletín Cultural y Bibliográfico*, 1990, vol. 27, n.º 22, Bogotá, Biblioteca Luis Ángel Arango, pp. 1-19.
- Cordero Fernández, Macarena. “Las penas y los castigos para la idolatría aplicados en las visitas de idolatría en Lima durante el siglo XVII”, en *Revista*

de *Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 32, Valparaíso, Editorial Pontificia Universidad Católica, 2010, pp. 351-379.

Cortés Acosta, Heidi. Los Comuneros, ¿una revuelta anti-colonial? *Repositorio UNAL*, 2012, Bogotá, Editorial Universidad Nacional de Colombia, pp. 1-31. Disponible en: <http://bdigital.unal.edu.co/7171/> (15.6.2019).

Crespo Vargas, Pablo L. *La inquisición española y las supersticiones en el Caribe hispano a principios del siglo XVII. Un recuento de creencias según las relaciones de fe del tribunal de Cartagena de Indias*. Bloomington: Palibrio, 2011.

Dougnac Rodríguez, Antonio. El delito de hechicería en Chile indiano. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 1981, n.º 8, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 93-107.

Dülmen, Richard van. *Theater des Schreckens, Gerichtspraxis und Strafrituale der frühen Neuzeit*. 6.a ed. Múnich: Verlag C.H. Beck, 2014. Traducción de la edición anterior en inglés: *Theatre of Horror*. Oxford: Polity Press, 1990.

Earle, Rebecca A. *España y la independencia de Colombia, 1810-1825*. Bogotá: Editorial Universidad de los Andes, 2014.

Ehrlich, Anna. *Hexen, Mörder, Henker, Eine Kriminalgeschichte*. 2.a ed. Viena: Amalthea Signum Verlag, 2007.

Eiden, Herbert. Vom Ketzer- zum Hexenprozess. Die Entwicklung geistlicher und weltlicher Rechtsvorstellungen bis zum 17. Jahrhundert. En Beierde-Haan, Rosmarie *et al.*, eds. *Hexenwahn, Ängste der Neuzeit*. Berlín: Deutsches Historisches Museum, 2002, pp. 48-59.

Elliott, John H. Una Europa de monarquías compuestas. En: Elliott, John H. *España en Europa: Estudios de historia comparada. Escritos seleccionados*. Valencia: Universitat, 2002, pp. 65-92.

Escobar Quevedo, Ricardo. *Inquisición y judaizantes en América española (siglos XVI-XVII)*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008.

Fernández Giménez, María del Camino. *La sentencia inquisitorial*. Madrid: Editorial Universidad Complutense, 2000.

Feros, Antonio. *Speaking of Spain. The Evolution of Race and Nation in the Hispanic World*. Cambridge: Harvard University Press, 2017.

- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI, 1998. Título original en francés: *Surveiller et punir. La naissance de la prison*. París: Gallimard, 1975.
- Gacto Fernández, Enrique. El delito de bigamia y la inquisición española. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1987, n.º 57, Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 465-492.
- Gamboa Mendoza, Jorge A. *El cacicazgo muisca en los años posteriores a la conquista. Del sihipkua al cacique colonial, 1537-1575*. Bogotá: Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2010.
- García León, Susana. La aplicación del tormento judicial en la Nueva España. El ejemplo de tres pleitos sustanciados en la Mixteca Alta durante el siglo XVII. *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2010, vol. extraordinario, Madrid, Editorial Universidad Complutense, pp. 129-145.
- García-Molina Riquelme, Antonio M. *Las hogueras de la inquisición en México*. México. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.
- García Pérez, Rafael. El estatus jurídico de América en la Monarquía española. *Revista de Historia del Derecho*, 2017, n.º 53, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2017, pp. 41-80.
- González Quintero, Nicolás Alejandro. El juzgado y los ladrones. Cómo se elaboró un sujeto peligroso en Santafé (1750-1808). *Historia Crítica*, 2010, n.º 42, Bogotá, Editorial Universidad de los Andes, pp. 158-181.
- Graf, Joël. *Die Inquisition und ausländische Protestanten in Spanisch-Amerika (1560-1770), Rechtspraktiken und Rechtsräume*. Colonia-Weimar-Viena: Böhlau Verlag, 2017.
- Greenleaf, Richard E. *La inquisición en Nueva España, Siglo XVI*. 5.ª reimpresión. Fondo de Cultura Económica, 2015 (1.ª ed. de 1981). Título original en inglés: *The Mexican Inquisition of the 16th Century*. Albuquerque: University of New Mexico Press, 1969.
- Gschwend, Lukas. Strafrecht, Droit pénal, Diritto penale. *Historisches Lexikon der Schweiz, Dictionnaire historique de la Suisse, Dizionario storico della Svizzera*, de 26 de noviembre de 2013. Disponible en: <https://hls-dhs-dss.ch/it/articles/009616/2013-11-26/> (17.6.2019).

- Guerreo Galván, Luis René. *Inquisición y derecho. Nuevas visiones de las transgresiones inquisitoriales en el Nuevo Mundo*. México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- Guibovich Pérez, Pedro M. *Censura, libros e inquisición en el Perú colonial, 1570-1754*. Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla, 2003.
- Gutiérrez Ardila, Daniel. *La restauración en la Nueva Granada (1815-1819)*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2016.
- Hähnchen, Susanne. *Rechtsgeschichte, Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit*. 5.a ed. Heidelberg: Verlag C.F. Müller, 2016.
- Härter, Karl. *Strafrechts- und Kriminalitätsgeschichte der Frühen Neuzeit*. Berlín-Boston: Walter de Gruyter, 2018.
- Hattenhauer, Hans. *Europäische Rechtsgeschichte*. 4.a ed. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2004.
- Henningsen, Gustav. The Database of the Spanish Inquisition, The “relaciones de causas” project revisited. En: Mohnhaupt, Heinz y Simon, Dieter, eds. *Vorträge zur Justizforschung, Geschichte und Theorie*. Tomo 2. Fráncfort del Meno: Klostermann, 1993, pp. 43-85.
- Heras Santos, José Luis de las. *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*. 1.ª reimpresión. Salamanca: Editorial Universidad de Salamanca, 1994.
- Hernández Santiago, Óscar. La justicia criminal novohispana. Entre la culpa del delincuente y la misericordia del juez. En: Machado Cabral, Gustavo César et al. *El derecho penal en la edad moderna. Nuevas aproximaciones a la doctrina y a la práctica judicial*. Madrid: Dykinson, 2016, pp. 111-148.
- Hernández Sobrino Almadén, Ángel. Bandidos y salteadores de caminos en los siglos XVI, XVII y XVIII. *Lanza, Diario de La Mancha*, 25 de junio de 2017. Disponible en <https://www.lanzadigital.com/opinion/bandidos-salteadores-caminos-los-siglos-xvi-xvll-xviii/> (15.6.2019).
- Herrera Peña, José. *Morelos ante sus jueces*. México: Porrúa, 1985.
- Hinckeldey, Christoph, Schild, Wolfgang, Merzbacher, Friedrich. *Justiz in alter Zeit*. Rothenburg: Kriminalmuseum, 1989.

- Hobsbawm, Eric. *Bandidos*. 2.ª ed. Barcelona: Crítica, 2003. Título original en inglés: *Bandits*. Londres: Weidenfeld & Nicolson, 1969.
- Horlent, Laura. El bandolerismo en el Tucumán colonial. Una aproximación. *Etnohistoria*, 1999. Disponible en: http://etnohistoria.equiponaya.com.ar/htm/07_articulo.htm (15.6.2019).
- Ibarra Palafox, Francisco. Libertad y tradición. El juicio inquisitorial y la causa militar contra Miguel Hidalgo. En: Ibarra Palafox, Francisco, ed. *Juicios y causas procesales en la independencia mexicana*. México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 1-46.
- Ita Rubio, Lourdes de. Extranjería, protestantismo e inquisición. Presencia inglesa y francesa durante el establecimiento formal de la Inquisición en Nueva España. *Signos Históricos*, 2017, vol. 19, n.º 38, México, Editorial Universidad Autónoma Metropolitana, pp. 8-55.
- Jurado, Juan Carlos. *Vagos, pobres y mendigos. Contribución a la historia social colombiana, 1750-1850*. Medellín: La Carreta, 2004.
- Jurado Jurado, Juan Carlos. Terremotos, pestes y calamidades. Del castigo y la misericordia de Dios en la Nueva Granada (siglos XVIII y XIX). *Revista de Historia Iberoamericana*, 2011, vol. 4, n.º 1, Madrid, Universia, pp. 25-49.
- Knepper, Paul y Johansen, Anja. *The Oxford Handbook of the History of Crime and Criminal Justice*. Oxford: University Press, 2016.
- Kroeschell, Karl, Cordes, Albrecht y Nehlsen von Stryk, Karin. *Deutsche Rechtsgeschichte*. Tomo 2. 1250-1650. 9.a ed. Colonia-Weimar-Viena: Böhlau Verlag, 2008.
- Lama, Enrique de la. El derrumbamiento de la Inquisición. Críticos y fanáticos (1793-1834). *Anuario de Historia de la Iglesia*, 2010, vol. 19, Pamplona, Universidad de Navarra, pp. 167-199.
- Landau, Peter. *Europäische Rechtsgeschichte und kanonisches Recht im Mittelalter*. Badenweiler: Wissenschaftlicher Verlag Bachmann, 2013.
- La Parra, Emilio y Casado, María Ángeles. *La Inquisición en España. Agonía y abolición*. Madrid: Catarata, 2013.
- Lara Cisneros, Gerardo. Los autos de fe para indios en el Arzobispado de México, Siglo XVIII (1714-1755). En: Castañeda García, Rafael y Pérez Luque, Rosa

Alicia, eds. *Entre la solemnidad y el regocijo. Fiestas, devociones y religiosidad en Nueva España y el mundo hispánico*. Zamora-México: El Colegio de Michoacán - Ciesas, 2015, pp. 255-272.

Lempérière, Annick. El paradigma colonial en la historiografía latinoamericanista. *Istor*, 2004, n.º 19, México, CIDE, pp. 107-128.

León, Leonardo. Criminalidad plebeya en los preámbulos de la independencia, Chile, 1800-1810. *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas, Anuario de Historia de América Latina*, 2013, n.º 50, Colonia, Weimar-Viena, Böhlau Verlag, pp. 153-187.

Levaggi, Abelardo. *El derecho penal argentino en la historia*. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires, 2013.

Levaggi, Abelardo. *Historia del derecho penal argentino*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1978.

Londoño, Eduardo. El proceso de Ubaque de 1563. *Boletín Museo del Oro*, 2001, n.º 49, Bogotá, Museo del Oro, pp. 1-12.

López Bejarano, Pilar. Empapelar al enemigo. En: Caselli, Elisa, ed. *Justicia, agentes y jurisdicciones. De la Monarquía hispánica a los Estados nacionales*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2016, pp. 79-124.

Lozoya, Ivette. *Delincuentes, bandoleros y montoneros. Violencia social en el espacio rural chileno*. Santiago de Chile, Lom, 2014.

Luminati, Michele. Eid/ Serment/ Giuramento. *Historisches Lexikon der Schweiz*, 7 de septiembre de 2011. Disponible en <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/044630/2011-09-07/> (15.6.2019).

Luque Talaván, Miguel. La inmunidad del sagrado o el derecho de asilo eclesiástico a la luz de la legislación canónica y civil indiana. *Históricas Digital. Serie Historia Novohispana*, n.º 75, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, pp. 253-284.

Luzán Cervantes, Olivia. Indios acusados de hechicería ante el foro de justicia civil de la ciudad y provincia de Tlaxcala (siglo XVIII). En: Albani, Benedetta, Danwerth, Otto y Duve, Thomas, eds. *Normatividades e instituciones eclesiásticas en la Nueva España, siglos XVI-XIX*. Fráncfort del Meno: Max Planck Institute for European Legal History, 2018, pp. 197-216.

- Malagón Pinzón, Jenny Yamile. El incesto padre e hija a través de los juicios criminales en el Nuevo Reino de Granada (1773-1828). *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 2008, n.º 35, Bogotá, Editorial Universidad Nacional de Colombia, pp. 65-90.
- Malagón Pinzón, Miguel Alejandro. *Salvajes, bárbaros e inmigrantes en el derecho administrativo hispanoamericano*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Mallo, Silvia Cristina. Justicia eclesiástica y justicia real. Los recursos de fuerza en el Río de La Plata, 1785-1857. *Memoria Académica*, 1999, n.º 25, La Plata, Editorial Universidad Nacional de La Plata, 1999, pp. 267-292.
- Margadant, Guillermo Floris. *Introducción a la historia del derecho mexicano*. 18.a ed. Naucalpan: Esfinge, 2001.
- Marquardt, Bernd. El Espejo Sajón de 1225. Derecho público del Medioevo europeo en imágenes. *Pensamiento Jurídico*, 2016, n.º 43, Bogotá, Editorial Universidad Nacional de Colombia, pp. 17-58.
- Marquardt, Bernd. El fenómeno de los procesos de brujería y los orígenes de la justicia constitucional en el Estado judicial de los siglos XVI y XVII. *Pensamiento Jurídico*, n.º 30, *Cultura y derecho*, 2011, Bogotá, Editorial Universidad Nacional de Colombia, pp. 217-244.
- Marquardt, Bernd. El primer Código Penal sistemático de la modernidad temprana europea, la Constitutio Criminalis Carolina de 1532. *Pensamiento Jurídico*, n.º 45, *El ius puniendi del Estado y la resolución de conflictos*, 2017, Bogotá, Editorial Universidad Nacional de Colombia, 2017, pp. 15-60.
- Marquardt, Bernd. *Historia del derecho de Hispanoamérica en perspectiva transnacional y socio-cultural*. Tomo 1. *Los métodos & la Modernidad temprana. Los Virreinos de la Monarquía española, 1519-1825*. Bogotá: Ibáñez, 2019.
- Marquardt, Bernd. *Teoría integral del Estado. Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*. Tomo 1. *La era preilustrada y preindustrial: desde la sociedad pre-estatal hasta el Estado de la paz interna (3000 a.C.-1775 d.C.)*. Bogotá: Ibáñez, 2018.
- Marquardt, Bernd. *Teoría integral del Estado. Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*. Tomo 2. *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2050). La gran transformación al Estado constitucional, democrático, social y ambiental*. Bogotá: Ibáñez, 2018.

- Martínez Díez, Gonzalo. La tortura judicial en la legislación histórica española. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1962, n.º 32, Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 223-300.
- Mata y Martín, Ricardo M. Delitos y penas en el Nuevo Mundo. *Revista de Estudios Colombinos*, 2010, n.º 6, Segovia, Seminario Iberoamericano de Descubrimientos y Cartografía, pp. 65-81.
- Meccarelli, Massimo. Criminal Law before a State Monopoly. En: Pihlajamäki, Heikki, Dubber, Markus D. y Godfrey, Mark, eds. *The Oxford Handbook of European Legal History*. Oxford: University Press, 2018, pp. 632-654.
- Millar Carvacho, René. *La Inquisición de Lima. Signos de su decadencia, 1726-1750*. Santiago de Chile: Lom, 2004.
- Millar Carvacho, René. Los conflictos de competencia de la inquisición de Lima. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 1986, n.º 12, Santiago de Chile, Editorial Universidad de Chile, pp. 95-128.
- Miranda Ojeda, Pedro. Las sanciones de la fe. Los autos de fe y la aplicación de penas del régimen inquisitorial en el México colonial. *Contribuciones desde Coatepec*, 2008, n.º 14, Toluca: Editorial Universidad Autónoma del Estado de México, pp. 61-83.
- Molina, Fernanda. *Cuando amar era pecado. Sexualidad, poder e identidad entre los sodomititas coloniales (Virreinato del Perú, siglos XVI- XVII)*. Lima: Instituto Francés de Estudios Andinos, 2017.
- Molina Martínez, Miguel. *Historia de la leyenda negra hispano-americana*. Madrid: Marcial Pons, 2004.
- Montoya Gómez, María Victoria. La jurisdicción de los jueces pedáneos en la administración de justicia a nivel local. La ciudad de Antioquia, 1750-1809. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 2012, vol. 39 n.º 2, Bogotá, Editorial Universidad Nacional de Colombia, pp. 19-40.
- Muñoz Arbeláez, Santiago. *Costumbres en disputa. Los muiscas y el imperio español en Ubaque, siglo XVI*. Bogotá: Editorial Universidad de los Andes, 2015.
- Muñoz Cogarí, Andrés David. La administración de justicia penal y la criminalidad en la Gobernación de Popayán (1750-1820). *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 2013, vol. 40, n.º 1, Bogotá, Editorial Universidad Nacional de Colombia, pp. 19-48.

- Munzel-Everling, Dietlinde. Eid. En: Cordes, Albrecht *et al.*, eds. *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*. Tomo 1. 2.a ed. Berlín: Verlag Erich Schmidt, 2008, pp. 1249-1261.
- Navarrete Peláez, María Cristina. Cristianos nuevos en la Audiencia de Santa Fe, Popayán y Tierra Firme, entre los siglos XVI y XVII. Entre la aceptación y el rechazo. *Historia y Espacio*, 2010, n.º 36, Cali, Editorial Universidad del Valle, pp. 1-19.
- Noguez, Xavier. Descripción de la Ciudad y Provincia de Tlaxcala (Manuscrito de Glasgow). *Arqueología Mexicana*, 2013, n.º 120, México, Raíces, pp. 16-17.
- Olaza Pallero, Sandro. Perdones reales a indígenas en la administración virreinal rioplatense. *Iushistoria Investigaciones*, 2013, n.º 6, Buenos Aires, Editorial Universidad del Salvador, 2013, pp. 71-90.
- Olveda, Jaime. El imperio de los bandidos. México siglo XIX. *Ruris*, 2015, vol. 9, n.º 2, Campinas, Centro de Estudios Rurais, 2015, pp. 165-180.
- Orozco Orozco, José Zócimo y Valencia Salazar, Verónica. *Historia del derecho universal y mexicano*. 2.a ed. México: Porrúa, 2016.
- Ortega, Emmanuel. *The Reception of Autos-de-Fe in 18th Century New Spain. Image, Text and Practice*. Albuquerque: University of New Mexico (tesis), 2010.
- Ortega Martínez, Francisco Alberto. Entre “constitución” y “colonia”. El estatus ambiguo de las Indias en la Monarquía española. En: Ortega Martínez, Francisco Alberto *et al.*, eds. *Conceptos fundamentales de la cultura política de la independencia*. Bogotá-Helsinki: Universidad Nacional de Colombia-Universidad de Helsinki, 2012, pp. 61-91.
- Pantoja Vallejo, José Luis. *Algunos aspectos del proceso inquisitorial del looperano Fray Francisco de la Cruz García Chiquero quemado en la hoguera en Lima en el año 1578*, 2011. Disponible en <https://www.cronistadeloperano.com/2011/01/18/algunos-aspectos-del-proceso-inquisitorial-del-looperano-fray-francisco-de-la-cruz-garcia-chiquero-quemado-en-la-hoguera-en-lima-en-el-ano-1578/> (15.6.2019).
- Patiño Millán, Beatriz. *Criminalidad, ley penal y estructura social en la provincia de Antioquia 1750-1820*. 2.ª ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2013.

- Peñas Felizzola, Aura Helena. *Génesis del sistema penal colombiano. Utilitarismo y tradicionalismo en el Código Penal neogranadino de 1837*. Bogotá: Doctrina y Ley, 2006.
- Peñas Felizzola, Aura Helena. La producción del derecho penal público en la fundación del Estado nacional en Brasil y Colombia (1808-1849). En: Marquardt, Bernd y Llinás, David, eds. *Historia comparada del derecho público latinoamericano del siglo XIX. Anuario VII de CC - Constitucionalismo Comparado*. Bogotá: Ibáñez, 2018, pp. 413-456.
- Pérez, Joseph. *Breve historia de la inquisición en España*. Barcelona: Crítica, 2009.
- Pérez, Joseph. *Historia de España*. Nueva ed. Barcelona: Crítica, 2014.
- Pérez, Rodrigo Salomón. Porque palabras duelen más que puñadas. La injuria en Nueva España, siglos XVI y XVII. *Fronteras de la Historia*, 2008, vol. 13, n.º 2, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, pp. 353-374.
- Phelan, John Leddy. *El pueblo y el Rey. La revolución comunera en Colombia, 1781*. 2.ª ed. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
- Pihlajamäki, Heikki. The Westernization of Police Regulation. En: Pihlajamäki, Heikki y Duve, Thomas, eds. *New Horizons in Spanish Colonial Law. Contributions to Transnational Early Modern Legal History*. Fráncfort del Meno: Max Planck Institute for European Legal History, 2015, pp. 97-124.
- Pino Abad, Miguel. *La pena de confiscación de bienes en el derecho histórico español*. Madrid: Dykinson, 2014.
- Prodi, Paolo. *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*. Nueva ed. Bolonia: Il Mulino, 2017.
- Prodi, Paolo. *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno ente conciencia y derecho*. Buenos Aires: Katz, 2008. Título original en italiano: *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*. Nueva ed. Bolonia: Il Mulino, 2015 (1.ª ed. de 2000).
- Quiroga Cubillos, Héctor Enrique. *Juicio al Toro del Fucha. Juicio a Don Antonio Nariño por la edición y distribución de un papel considerado sedicioso. Real Audiencia de Santafé 1794*. Bogotá: Academia de Jurisprudencia, 2004.

- Quiroz Norris, Alfonso Walter. La expropiación inquisitorial de cristianos nuevos portugueses en Los Reyes, Cartagena y México, 1635-1649. *Histórica*, 1986, vol. 10, n.º 2, Lima, Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1986, pp. 237-303.
- Ramírez Mocarro, Marco A. La inquisición. Análisis socio-religioso. *Revista Universidad Eafit*, 2012, vol. 28, n.º 87, Medellín, Editorial Universidad Eafit, 2012, pp. 67-74.
- Ramos Soriano, José Abel. *Los delincuentes de papel. Inquisición y libros en la Nueva España (1571-1830)*. México: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- Restrepo Fontalvo, Jorge. *Criminología. Un enfoque humanístico*. 4.ª ed. Bogotá: Temis, 2014.
- Rivera Mir, Sebastián Nelson. Los verdugos chilenos a fines del periodo colonial. Entre el cambio, la costumbre y la infamia. *Historia Crítica*, 2008, n.º 36, Bogotá, Universidad de los Andes, pp. 124-147.
- Robins, Nicholas A. *Genocide and Millennialism in Upper Peru. The Great Rebellion of 1780-1782*. Westport: Greenwood, 2002.
- Roca Barea, María Elvira. *Imperiofobia y leyenda negra. Roma, Rusia, Estados Unidos y el Imperio español*. 2.ª ed. Madrid: Siruela, 2016.
- Rodríguez López-Brea, Carlos. El final de la Inquisición. Un síntoma de las debilidades de la ilustración y del liberalismo en España. *Historia Constitucional*, 2014, n.º 15, Madrid-Oviedo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Universidad de Oviedo, pp. 573-579.
- Rojas Ramos, J. Alexander. Imaginarios sociales y prácticas punitivas del criminal a través de los códigos penales de Colombia, 1837-1890. En: Marquardt, Bernd y Llinás, David, eds. *Historia comparada del derecho público latinoamericano del siglo XIX. Anuario VII de CC – Constitucionalismo Comparado*. Bogotá: Ibáñez, 2018, pp. 457-498.
- Romero Tobón, Juan Fernando. La construcción del enemigo interior. La regulación de los estados de excepción en el siglo XIX. Un aporte a la revisión del caso colombiano y del panorama en Latinoamérica. En: Marquardt, Bernd y Llinás, David, eds. *Historia comparada del derecho público latinoamericano del siglo XIX. Anuario VII de CC - Constitucionalismo Comparado*. Bogotá: Ibáñez, 2018, pp. 199-285.

- Ruiz Guadalajara, Juan C. Suplicios capitales y humillación del cadáver en la justicia penal del Monarquía hispánica. El caso de San Luis de Potosí en 1767. En: Caselli, Elisa, ed. *Justicia, agentes y jurisdicciones. De la Monarquía hispánica a los Estados nacionales*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2016, pp. 253-286.
- Rüping, Hinrich y Jerouschek, Günter. *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*. 6.a ed. Múnich: Verlag C.H. Beck, 2011.
- Sagenschneider, Marie. *50 Klassiker Prozesse*. 2.ª ed. Hildesheim: Gerstenberg Verlag, 2005.
- Saint Victor, Jacques de. *Blasphème, Brève histoire d'un 'crime imaginaire'*. París, Gallimard, 2016.
- Salazar Carreño, Robinson. Conflicto y bandidaje en la villa de San José de Cúcuta a finales del siglo XVIII. El caso de los esclavos de Juan Gregorio Almeida. *Tzintzun. Revista de Estudios Históricos*, 2015, n.º 62, Morelia, Universidad Michoacana, 2015, pp. 9-43.
- Sánchez-Arcilla Bernal, José. *Jueces, criminalidad y control social en la ciudad de México a finales del siglo XVIII*. Madrid: Dykinson, 2016.
- Sánchez-Arcilla Bernal, José. La delincuencia femenina en México a finales del siglo XVIII. *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2013, vol. 20, Madrid, Universidad Complutense, pp. 89-154.
- Sánchez Bohórquez, José Enrique. Judíos y protestantes. La herejía en la jurisdicción de la inquisición de Cartagena de Indias. En: Villar García, María Begoña y Pezzi Cristóbal, Pilar, eds. *Los extranjeros en la España moderna*. Tomo 2. Málaga: Digarza, 2003, pp. 711-719.
- Sánchez-Lauro, Sixto. *El crimen de herejía y su represión inquisitorial. Doctrina y praxis en Domingo de Soto*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2017.
- Schild, Wolfgang. *Folter, Pranger, Scheiterhaufen, Rechtsprechung im Mittelalter*. Múnich: Bassermann, 2010.
- Schilling, Heinz. Del Imperio común a la leyenda negra. La imagen de España en la Alemania del siglo XVI y comienzos del XVII. En: Wegener, Henning y Vega Cernuda, Miguel Ángel, eds. *España y Alemania. Percepciones mutuas de cinco siglos de historia*. Madrid: Editorial Complutense, 2002, pp. 37-61.

- Schmidt, Eberhard. *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*. 3.ª ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1995.
- Sellert, Wolfgang. Landschädliche Leute. En: Cordes, Albrecht *et al.*, eds. *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (HRG)*. Tomo 3. 2.ª ed. Berlín: Verlag Erich Schmidt, 2016, pp. 578-581.
- Selwood, Dominic. Never forget the Bloody Horrors of the English Reformation. *Catholic Herald*, 26 de octubre de 2017. Disponible en <http://catholicherald.co.uk/issues/october-27th-2017/never-forget-the-bloody-horrors-of-the-english-reformation/> (15.6.2019).
- Serra Ruiz, Rafael. Finalidad de la pena en la legislación de las Partidas. *Anales de la Universidad de Murcia*, 1962-1963, vol. XXI, n.º 3-4, Murcia, Universidad de Murcia, pp. 199-257.
- Serrano Malagón, Fernando. José María Morelos. Un juicio a debate. En: Ibarra Palafox, Francisco, ed. *Juicios y causas procesales en la independencia mexicana*. México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 189-208.
- Sotomayor Garza, Jesús G. *Historia del derecho y la abogacía en México*. México: Porrúa, 2016.
- Sourdis Nájera, Adelaida. El Consejo de Guerra de los mártires de Cartagena en 1816. En: Calvo Stevenson, Haroldo y Meisel Roca, Adolfo, eds. *Cartagena de Indias en la independencia*. Cartagena: Banco de la República, 2011, pp. 297-335.
- Splendiani, Anna María. *Cincuenta años de inquisición en el Tribunal de Cartagena de Indias, 1610-1660*. Bogotá: CEJA, 1997.
- Splendiani, Anna María. Los protestantes y la inquisición. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, n.º 23, Bogotá, Editorial Universidad Nacional de Colombia, 1996, pp. 5-31.
- Sued, Gazir. *Genealogía del derecho penal. Antecedentes jurídico-políticos, filológicos y teológicos desde la antigüedad hasta la modernidad*. Tomo 1. San Juan: La Grieta, 2015.
- Suescún, Armando. *Derecho y sociedad en la historia de Colombia*. Tomo 2. *El derecho colonial. Siglo XVI-XIX*. Tunja: Editorial Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, 2001.

- Tanck de Estrada, Dorothy y Marichal, Carlos. ¿Reino o colonia? Nueva España, 1750-1804. En: Velásquez García, Erik *et al.*, eds. *Nueva historia general de México*. México: El Colegio de México, 2010, pp. 307-353.
- Tanzi, Héctor José. El derecho penal indiano y el delito de lesa majestad. *Revista de Historia de América*, 1977, n.º 84, México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, pp. 51-62.
- Taylor, William B. Bandolerismo e insurrección. Agitación rural en el centro de Jalisco, 1790-1816. En: Katz, Friedrich, ed. *Revuelta, rebelión y revolución. La lucha rural en México del siglo XVI al siglo XX*. 2.ª ed. México: Era, 2004, pp. 187-224.
- Terráneo, Sebastián. Penas. *Research Paper Series*, 2017, n.º 7, Fráncfort del Meno, Max Planck Institute for European Legal History, pp. 1-22.
- Tomás y Valiente, Francisco. *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*. 2.ª ed. Madrid: Tecnos, 1992 (1.ª ed. de 1969).
- Tomás y Valiente, Francisco. *La tortura judicial en España*. 2.ª ed. Barcelona: Crítica, 2000 (1.ª ed. de 1973).
- Torre Rodríguez, José Ignacio de la. *Breve historia de la inquisición*. Madrid: Nowtilus, 2014.
- Trusen, Winfried. Inquisitionsprozess. En: Auty, Robert *et al.*, eds. *Lexikon des Mittelalters*. Tomo 5. Múnich: Deutscher Taschenbuch Verlag, 2002, pp. 441-442.
- Uribe, María Victoria. Los ocho pasos de la muerte del alma. La inquisición en Cartagena de Indias. *Boletín Cultural y Bibliográfico*, 1987, vol. 24, n.º 13, Bogotá, Biblioteca Luis Ángel Arango, pp. 29-39.
- Uribe-Urán, Víctor M. *Fatal Love. Spousal Killers, Law, and Punishment in the Late Colonial Spanish Atlantic*. Stanford: University Press, 2016.
- Urrea Jaque, Natalia. *Mujeres, brujería e inquisición. Tribunal inquisitorio de Lima, siglo XVIII*. Madrid, Universidad Autónoma (tesis doctoral), 2012.
- Vaca de Osma, José Antonio. *El Imperio y la leyenda negra*. Madrid: Rialp, 2004.
- Valenzuela, Eduardo. *Maleficio. Historias de hechicería y brujería en el Chile colonial*. Santiago de Chile: Pehuén, 2013.

- Velasco Pedraza, Julián Andrei. *Justicia para los vasallos de su majestad. Administración de justicia en la villa de San Gil, siglo XVIII*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015.
- Vigarello, Georges. *Historia de la violación. Siglos XVI-XX*. Valencia: Universitat, 1999.
- Vivanco Lara, Carmen. Bandolerismo colonial peruano, 1760-1810. Caracterización de una respuesta popular y causas económicas. En: Aguirre, Carlos y Walker, Charles, eds. *Bandoleros, abigeos y montoneros. Criminalidad y violencia en el Perú, siglos XVIII-XIX*. Lima: Instituto de Apoyo Agrario, 1990, pp. 25-56.
- Wesel, Uwe. *Geschichte des Rechts in Europa, Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon*. München: Verlag C.H. Beck, 2010.
- Williams, Jerry M. A New Text in the Case of Ana de Castro. Lima's Inquisition on Trial. *Dieciocho, Hispanic Enlightenment*, 2001, vol. 24, n.º 1, Charlottesville, University of Virginia, 2001, pp. 7-32.

Claros y oscuros de los procesos administrativos sancionadores surtidos ante la Superintendencia Nacional de Salud*

Clear and Ambiguous Administrative Disciplinary Proceedings Taking Place at the National Superintendence of Health

*María Lourdes Ramírez Torrado***

*Albania de la Cruz****

Fecha de recepción: 28 febrero de 2018

Fecha de aceptación: 30 de julio de 2018

RESUMEN

En el artículo se analiza el régimen sancionador de la Superintendencia Nacional de Salud. Se revisa la evolución constitucional e institucional del sector, se estudian luego los principios del derecho administrativo sancionador y, por último, las normas que regulan la actividad sancionadora del sector, a partir de los principios del derecho administrativo materia del *ius puniendi* del Estado.

Palabras clave: superintendencia, salud, sanción administrativa, justicia, derecho.

ABSTRACT

This article analyzes the Supersalud's sanctioning power by revising the sector's constitutional and institutional development and studying the principles of sanctioning administrative law. At the end, the rules that regulate the sanctioning activity of the sector are analyzed, based on the principles of the sanctioning administrative law.

Keywords: superintendence, health, administrative sanction, justice.

* Este trabajo es un resultado final de investigación y hace parte del proyecto titulado “La actividad sancionadora de la administración en Colombia”.

** Doctora en Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III (España), abogada de la Universidad del Norte, profesora investigadora de la División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte. Correo electrónico: torradom@uninorte.edu.co

*** Magíster en Derecho de la Universidad del Norte, especialista en Derecho Contencioso Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, abogada de la Universidad Libre (Barranquilla), profesional universitario grado 16 del Juzgado 13 Administrativo de Barranquilla. Correo electrónico: albaniaadelacruzrolong@gmail.com

INTRODUCCIÓN

La preocupación del Estado por el tema de la salud ha vivido varias etapas, desde ser una actividad irrelevante para el Estado hasta la intervención directa por parte de él en su realización. Esto último a causa de distintos factores, como lo son: el cambio de los fines del Estado, la adopción de medidas positivas en este sector, la destinación de recursos y la creación de entidades para la prestación del servicio.

De modo que el Estado asumió la responsabilidad de prestar el servicio de salud de forma directa, pero no exclusiva, permitiendo a los particulares ofrecer sus servicios. Así, hoy en día en el mercado de la salud, por cierto muy rentable, participan entidades privadas, públicas y mixtas, todas bajo la lupa de la Superintendencia Nacional de Salud (Supersalud), encargada de abrir investigaciones a los actores del sistema que con su actuar pongan en riesgo o generen daño a los bienes jurídicos protegidos por la normativa sectorial.

El objetivo de la investigación es analizar el componente sancionador que sustenta la actividad de la Supersalud y que en últimas protege el derecho a la salud. Para ello se parte de la revisión de la evolución constitucional e institucional del sector salud en Colombia, luego se revisan los principios que presiden el derecho administrativo sancionador, para terminar con la revisión del andamiaje normativo que sustenta la actividad sancionadora de la Supersalud, a partir de los principios del derecho administrativo sancionador.

Se encuentra como resultado más notable que, pese a los intentos por proteger una práctica seria y responsable en el sector, hace falta un sistema coherente y cohesionado que brinde seguridad jurídica a los usuarios, entidades, sujetos de control y a la misma administración. Ello genera un panorama que va en contravía con el objetivo principal de la sanción administrativa, como es la prevención y corrección de conductas lesivas al bien jurídico tutelado, que para el caso en concreto es la salud de todos y cada uno de los asociados.

1. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL E INSTITUCIONAL DEL SECTOR SALUD EN COLOMBIA

Durante el siglo XIX, en los años transcurridos de 1809 a 1863, en el país se dictaron distintas constituciones cuyos preceptos no guardaron interés alrededor del tema de la salud, ni como servicio ni como obligación, y mucho menos como derecho. Era un asunto de escasa importancia para los gobernantes, dedicados principalmente a la gestación de la organización política y administrativa del Estado. De las constituciones de este periodo, la de 1811 hace tímidamente

mención a la *salud*, al señalar que en tiempos de paz se asignarían trabajos a las tropas que, aunque vigorosas, les permitieran la conservación de su salud.

En la Constitución de 1886, las enfermedades se estimaban como resultado de las circunstancias ambientales, por lo que su prevención y el restablecimiento tenían respuesta en medidas de higiene. Fue así como también en 1886 el Gobierno, mediante la Ley 30, instituye la Junta Central de Higiene, adscrita al Ministerio de Fomento, implantando para cada departamento una Dirección Departamental de Higiene, subordinada a la Junta Central. Esta institución se fundamentaba en normas internacionales (Pulgarín Reyes, 2007) que regulaban la necesidad de afianzar actividades de vigilancia y control de enfermedades, drogas farmacéuticas y alimentos de consumo humano (Rodríguez Mesa, 2012).

En 1913 se dicta la Ley 33, que organizó la higiene nacional pública y privada con la creación del Consejo Superior de Sanidad. Pero esta legislación es derogada por la Ley 84 de 1914, que retoma la denominación de Junta Central de Higiene, con domicilio en la capital del país, e igualmente asigna un director de higiene para cada departamento, intendencia y comisaría (Téllez Pedroza, 2011). En 1931 nace el Departamento Nacional de Higiene y Asistencia Pública (Rodríguez, 2012)¹.

- 1 De 1922 a 1926 (Gobierno de Pedro Nel Ospina) (Arizmendi, 1989), se crearon instituciones de distinto orden, destacándose las de vigilancia y control. El Presidente trajo la célebre Misión Kemmerer. A iniciativa del ejecutivo, el Congreso aprobaría la Ley 60 de 1922, que autorizó al Gobierno para contratar un grupo de especialistas en materia económica y fiscal, para dar solución a las dificultades que en tal sentido atravesaba la nación. La misión estaba presidida por el doctor Edwin Walter Kemmerer, jefe de la misión y experto en asuntos monetarios, docente de economía política y finanzas de la Universidad de Princeton; el señor Haward McNyr Jefferson, especialista en asuntos bancarios, director de personal del Federal Reserve Bank de la ciudad de Nueva York; el doctor Fred Rogers Fairchild, especialista en sistemas rentísticos y catedrático de economía de la universidad de Yale; el señor Thomas Russel Lill, experto en contabilidad; y el doctor Frederik Eliss Luquiens, profesor de español de la Universidad de Yale, quien actuó como secretario de la misión (Franco Holguín, 1966). Con su trabajo se estableció un nuevo régimen bancario y se creó el Banco de la República, la Superintendencia Bancaria y la Contraloría General de la República. El Gobierno colombiano mostró interés en buscar asesoría para invertir los dineros provenientes de la indemnización que Estados Unidos proporcionó a Colombia por la pérdida de Panamá, cuyo primer pago fue en septiembre de 1922, desembolsado por valor de cinco millones de dólares (Meisel, 1994). En total fueron ocho las leyes aprobadas de diez proyectos que presentara el director de la misión. Antes del establecimiento del Banco de la República, existió en 1919 en Bogotá el Banco López y, al tiempo, la Casa López, dedicada a exportaciones de café, pero este producto se iría a la baja en el mercado de Nueva York, con lo cual la casa exportadora sufrió un fatal infortunio económico que dio inicio a las dificultades, que no fueron ajenas al banco, por la intrínseca correlación entre las dos corporaciones, lo que naturalmente provocó gran alarma entre los clientes del banco. Dada la suprema agitación de la situación del Banco López, el 4 de julio de 1923 se sancionaría la ley orgánica del Banco de la República (L. 25/1923), según la cual el Banco de la República sería un establecimiento de emisión, giro, depósito y descuento, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, y se constituiría por escritura pública, y con observancia de los requisitos que la ley general exigía para la formación de las sociedades anónimas en las que el Gobierno era accionista. Fue creado como entidad semipública, mediante contrato suscrito con el Gobierno del orden nacional y teniendo como objetivo servir como banco de bancos y eje nacional del sistema bancario (Franco Holguín, 1966). Es a partir de este momento que se instituyó el monopolio central del papel moneda y del manejo monetario y fiscal, elevando el aforo de la intervención estatal en el sistema económico (Arizmendi, 1989; Ramírez Moreno, 2006). De igual manera, producto de la misión, el Estado toma para sí el derecho de inspección y vigilancia sobre toda actividad fundamental de la economía del país, control que era previo, concomitante y posterior (Sarmiento Pavas, 2016).

La reforma de 1936 abre el camino a la asistencia pública como función del Estado, demandando su intervención directa. La importancia de esta reforma radica en la apertura al desarrollo posterior de la institucionalidad en materia de seguridad social (Uribe Vargas, 1985; Muñoz Segura, 2010). Se consagra como función del Estado lo tradicionalmente conocido como beneficencia o caridad, lo que provocaría beneficios a la clase más desfavorecida, siendo beneficiario quien, manteniéndose el componente de la caridad pública, fuera incompetente para proveerse atención en salud por sí mismo (Botero, 2006; Hernández Álvarez, 2000).

El Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social se introduce en 1938, pero solo ocho años después, en 1946, nace en propiedad el Ministerio de Higiene, siendo denominado en 1953 Ministerio de Salud Pública (Lamprea 2011; Díaz, 2012; Rodríguez Meza, 2012).

La década de los cuarenta fue de transformaciones y creaciones institucionales trascendentales para las entonces llamadas prestaciones patronales, consolidando el principio de lo que es hoy la seguridad social del país, con la creación, en 1945, de la Caja Nacional de Previsión, y en 1946, gracias a la Ley 90, con la creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales, entidades cuyas bases ideológicas encontraron respaldo en la ley de seguro obligatorio expedida en Alemania (Rocha Buelvas, 2010).

Entre las reformas más distintivas de 1945 se encuentra la Ley 6ª, con la cual la higiene pública, el aseo de las poblaciones y las instituciones de asistencia gubernamental y beneficencia, como clínicas y hospitales, son descritos como servicios públicos, y para su protección y amparo procedía, por autorización de la ley, el derecho a la huelga.

La Ley 90 de 1946 constituye el hito de la instauración del Sistema de Seguridad Social de Colombia, imputable mayormente al crecimiento del sector salud como organización separada de la empresa, emergiendo como mecanismo institucional de garantía para que los trabajadores accedieran a sus prestaciones, independientemente de la solvencia o insolvencia económica o financiera de las compañías (Muñoz Segura, 2010; Rocha Buelvas, 2010).

Posteriormente, en 1949, se desarrolló un reglamento que desplegó el procedimiento a seguir en caso de reclamaciones, así como también para la imposición de penalidades que preveía la Ley 90 de 1946. Ello por cuanto el incumplimiento de las normas de los seguros sociales obligatorios daba lugar a sanciones que consistían en multas.

El Decreto 948 de 1953 creó el Ministerio de Salud Pública, que procuraba políticas de salud a nivel nacional. En los niveles departamental y distrital, la salud era administrada por las secretarías de salud pública. Así, por ejemplo, en Bogotá la secretaría cumplía funciones misionales y jurídicas, constituyendo estas últimas la vigilancia y control de la salubridad, los riesgos veterinarios y los requisitos legales que debían cumplir farmacias y droguerías para su funcionamiento y ejercicio (Pulgarín Reyes, 2007).

A finales de los años cincuenta, los modos para acceder a la prestación de servicios médicos dependían de las condiciones económicas de quien los requiriera. Así, las personas acaudaladas accedían a clínicas y consultorios privados; los trabajadores tanto del sector público como del privado hacían uso de los seguros obligatorios; y el resto de la población acudía a la caridad, cuya denominación la determinaba su procedencia, siendo *asistencia pública* al provenir del sector público o *beneficencia* cuando su origen era privado. A la *salud pública* le concernía el control de epidemias, endemias y enfermedades de impacto colectivo y, finalmente, los denominados curanderos, ensalmadores y toda clase de abastecedores de tratamientos no científicos atendían en localidades marginales (Hernández Álvarez, 2000).

La Ley 12 de 1963 ordena la elaboración del Plan Hospitalario Nacional, con el objeto de atender las necesidades de salud desde el punto de vista económico y técnico, para fomentar la construcción de hospitales, centros de salud, ancianatos, orfanatos, casas de rehabilitación, asilos y entidades de asistencia pública, así como para el mantenimiento y sostenimiento de los ya existentes, dejando en manos del Gobierno la inspección y vigilancia, en sede del Ministerio de Salud Pública.

En los años sesenta se dictan normas en torno a contravenciones administrativas en materia de salud (decretos 1959/1964, 1528/1964, 2470/1968). De este modo, el Ministerio de Salud Pública, de acuerdo al Decreto 2470 de 1968, tiene la función de vigilar el cumplimiento de las normas de importación, fabricación, distribución y venta de drogas, vacunas, medios de contraste, antígenos, etcétera. En ese momento, las sanciones consisten básicamente en la cancelación de las licencias, el decomiso, la clausura del establecimiento, la congelación de la venta de los productos, y, finalmente, en multas (Hernández Vásquez, 1973).

Se crea en 1977 una entidad de control para la vigilancia de la asistencia pública, la cual se denomina Superintendencia de Seguros de Salud, y ejerce control estricto a la prestación de los servicios de salud, siendo sus vigilados los seguros sociales obligatorios (Pulgarín Reyes, 2007). El superintendente es nombrado directamente por el Presidente de la República, para así ejercer vigilancia sobre la aplicación de las políticas, planes y programas fijados por el Gobierno nacional.

Con la Constitución de 1991, la salud abandonó el concepto de *asistencia pública* para adoptar la denominación de *derecho a la salud* (T-737/2013), girando alrededor del concepto de servicio público, para interiorizar los deberes y obligaciones naturales que involucran dicha noción. La Ley 100 de 1993 plasmó dos regímenes, uno contributivo, sustentado por quienes tienen capacidad de aporte, y otro subsidiado, para personas imposibilitadas económicamente para realizar aportes al sistema (Quinche Ramírez, 2012).

La presencia de la nueva Carta elevó el proceso de modernización, renovación institucional y organización estatal, para satisfacer las necesidades sociales. Ello con el fin de garantizar el goce del derecho en forma regular, permanente y continua, aun cuando la prestación del servicio no sea ofrecida por el Estado de manera directa (Gómez Buendía y Cifuentes Noyes, 1991).

En la actualidad, la organización institucional del sistema es la siguiente: 1) organismos de dirección, vigilancia y control: ministerios de Salud y Protección Social, Superintendencia Nacional de Salud, Superintendencia Financiera (L. 7ª/2011) y Superintendencia de Industria y Comercio (L. 1438/2011); 2) organismos de administración y financiación: entidades prestadoras de salud (EPS), direcciones seccionales, distritales y locales de salud, y entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud (Adres); 3) instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS): públicas, privadas y mixtas (L. 100/1993).

La Supersalud tiene por misión realizar, de forma prevalente, la inspección, vigilancia y sanción en el plano nacional (L. 1122/2007, art. 40.e).

2. DEL PODER SANCIONADOR DE LA ADMINISTRACIÓN

El *ius puniendi* del Estado ha sido definido como el poder que ostentan las autoridades, no solo penales, sino también administrativas, para el adecuado funcionamiento del aparato estatal. Este poder de la administración se origina básicamente con el incremento de las funciones del Estado, ya que se pasa de un modelo no intervencionista a uno intervencionista, haciéndose necesario que la administración esté revestida de poderes para lograr los retos derivados de su rol, en el momento de regular una conducta, a través de la imposición de una sanción (C-639, 2010) (Ramírez Torrado, 2015).

Si bien no existe en la Constitución una referencia directa y expresa al poder sancionador de la administración, este se ha derivado principalmente del artículo 29 superior. En cuanto a la finalidad que persigue esta potestad de la administración, autores como Bermejo Vera afirman que aquella es represiva (2001, p. 77), para el evento en que la conducta esperada no se haya realizado.

Por su parte, García Gómez de Mercado, quizás atendiendo a los nuevos roles de la administración, sostiene que “el castigo no debe entenderse de un modo puramente retributivo sino también preventivo [...] y constituye un plus sobre las demás consecuencias desfavorables de la conducta ilícita” (2007, p. 1). En Colombia, Penagos orienta más la finalidad a la eficacia de la administración (1992), y la Corte Constitucional afirma que el poder de la administración para sancionar busca garantizar la organización y el funcionamiento de las diferentes actividades sociales (C-703/2010).

El poder sancionador de la administración se traduce en la sanción correctiva y disciplinaria para reprimir las acciones u omisiones previstas en las infracciones (C-214/1994), estando estas figuras jurídicas sometidas a las reglas y principios de un área que ha cobrado vigencia las últimas décadas, como lo es el derecho administrativo sancionador. El desarrollo que ha tenido en el país esta rama del derecho se ha dado a partir de las sentencias de la Corte Constitucional, y no con base en un estatuto que regule de forma integral y pormenorizada esta materia —sin desconocer que de manera sucinta el tema ha sido abordado por la Ley 1437 de 2011—.

Se anota que ha sido el alto tribunal el que, a partir de sus sentencias, ha dado vida y alcance a los principios que irradian toda la actividad sancionadora. Postulados que se convierten en el marco de referencia para definir si una conducta, sanción o procedimiento sancionador es o no acorde a la constitución.

Manifestado lo anterior, la Supersalud debe ceñirse en sus decisiones a la normativa administrativa y, a su vez, al contenido de los principios que sobre la materia ha construido la Corte Constitucional.

2.1. Principios que regulan el *ius puniendi* de la administración

Los principios que regulan la actividad sancionatoria son los derroteros que permiten evaluar si el poder sancionador de la administración de un sector en concreto se ajusta o no a los estándares de protección de los derechos de los administrados. En este sentido, son varios los principios a los que la Corte les ha dedicado sus sentencias, sin embargo, nos centraremos en los postulados de reserva de ley, tipicidad, culpabilidad, *non bis in idem* y debido proceso, pues son los más recurridos por los administrados y sobre los que se encuentran mayores pronunciamientos.

El principio de legalidad busca asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionador del Estado, se constituye en la salvaguarda de la seguridad jurídica de la ciudadanía y de las libertades individuales, y controla la arbitrariedad administrativa (C-219/2017) (Ramírez Torrado, 2009).

Este principio es leído de forma comprensiva, incluyendo la parte formal y material, o bien de forma independiente de cada una de estas perspectivas. La perspectiva formal —la reserva de ley— hace referencia a la categoría que se exige que tenga la norma (C-570/1997; C-893/2001). Se demanda que una norma con fuerza material de ley contemple los elementos básicos de la infracción, la sanción y el procedimiento. Así, la ley o norma con fuerza de ley (C-135/2016) debe prever: 1) una descripción genérica de las conductas sancionables, 2) las clases y cuantía de las sanciones, 3) la autoridad competente (C-490/2011) y 4) los procedimientos para su imposición (C-228/2010; C-713/2012). Es posible hacer remisión a otras normas del mismo rango o, incluso, al reglamento, siempre y cuando los elementos estructurales de la conducta hayan sido determinados en la ley o norma con rango de ley (C-135/2016), no siendo por tanto admisibles las habilitaciones en blanco.

El principio de tipicidad se concreta en la exigencia de la predeterminación normativa (*lex previa, lex scripta*) de las conductas ilícitas y sus sanciones correspondientes, de manera que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) las consecuencias de las acciones y omisiones de los administrados (Ramírez Torrado, 2011).

Las remisiones hechas a otra norma del orden jurídico no afectan la certeza exigida, como tampoco lo hacen los reenvíos a normas que contemplan deberes y obligaciones dispuestos en actos particulares: licencias, concesiones o permisos (C-219/2017).

Los conceptos jurídicos indeterminados completados por la autoridad administrativa son admitidos, siempre que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados (C-762/2009). De igual modo, son permitidas las normas abiertas, al actualizar las conductas típicas a partir de la interpretación sistémica de diferentes normas jurídicas (C-762/2009).

En lo que corresponde al principio de culpabilidad, se exige la presencia del dolo o la culpa del infractor para la imposición de una sanción, lo cual implica que la conducta se haya cometido (C-490/2011) a título de: 1) dolo, 2) culpa demostrada por la administración, 3) culpa derivada de la simple inobservancia, 4) presunción de la culpabilidad y 5) de manera excepcional, bajo estrictas condiciones, responsabilidad objetiva.

La presunción de culpa se ha justificado para corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba y para proteger a la parte que se encuentra en situación de debilidad manifiesta. Debe tratarse de medidas razonables y proporcionadas, que no resulten desequilibradas frente a la afectación que engendra la presunción de inocencia. El carácter *iuris tantum* de las presunciones juega en favor de su proporcionalidad (C-225/2017) (Ramírez Torrado, 2008).

Por otra parte, el principio de proporcionalidad implica que se haga una evaluación en dos momentos. En el primer caso, el legislador goza de un amplio margen para tomar la decisión que considere más adecuada en relación con los bienes jurídicos a proteger —lo que se denomina libertad de configuración legislativa— (C-191/2016). Así, el legislador debe seleccionar la sanción más adecuada, la penal o la administrativa; la configuración procesal; determinar el tipo de sanción y el *quantum* que corresponde a la conducta reprochable; los criterios para su graduación, agravación y atenuación; y las causales de exclusión de responsabilidad. Ello para limitar los posibles excesos en que pueda incurrir al momento de redactar la norma, y a su vez para crear un sistema coherente y eficaz que permita prevenir realmente que se comenten las conductas no deseadas.

El segundo momento es la aplicación en sí de la sanción, y tiene como sujeto a la autoridad administrativa, desdoblándose a su vez en dos momentos: el de realizar la adecuación y el de la imposición efectiva de la sanción. En este sentido, la Corte no ha exigido que exista una sanción para cada infracción, como tampoco que exista una categorización de las infracciones, o un cuadro de dosimetría punitiva para cada tipo de infracción, teniendo en cuenta los agravantes y atenuantes que tienen lugar. Esta situación a todas luces permite que exista un compás discrecional muy amplio para la administración.

En el caso del *non bis in idem*, este persigue que el hecho por el cual el administrado ha sido sancionado o procesado no sea revisado de nuevo por el Estado (C-664/2007) en dos o incluso más ocasiones, en el mismo proceso o en otro futuro (T-652/1996) (León de Villalba, 1998). Sin embargo, nada impide que a un administrado, por un mismo hecho, le sean impuestas sanciones diversas que tengan cada una de ellas una finalidad distinta (Ramírez Torrado, 2015).

Los requisitos de este principio están relacionados con los siguientes aspectos: 1) el principio opera en el ejercicio del *ius puniendi* estatal, lo que significa que la medida, aunque sea desfavorable, debe ser de naturaleza punitiva, y 2) debe existir una relación de identidad entre sujeto, hecho y bien jurídico.

El debido proceso está contemplado en el artículo 29 constitucional como el fundamento que limita el poder estatal. Los derechos comprendidos bajo el

concepto de debido proceso no se encuentran en la misma jerarquía, ya que unos no admiten relajación, como es el caso del principio de favorabilidad, mientras que otros, los referidos a la defensa y la contradicción, permiten ser limitados. Esto último, siempre que no se desconozca su núcleo duro, relajándose de forma proporcional y razonable, claro está, conforme a los parámetros previstos en la ley o en el reglamento, mas no a discreción del operador jurídico (C-973/2002).

En este sentido, el debido proceso, al ser límite de la actividad de las autoridades que desarrollan la potestad sancionadora del Estado, comprende una amplia serie de garantías cuyas raíces emanan de tres postulados básicos, a saber: 1) el derecho a ser juzgado con base en leyes preexistentes al acto que se investiga, 2) el derecho a ser juzgado ante la autoridad competente, 3) con la observancia de las formas propias que las leyes especiales establezcan.

En cuanto al plexo de garantías sustanciales que ese derecho comprende en este ámbito, la Corte Constitucional las enlista incorporándolas en una especie de teoría general del derecho sancionador, en la que ha destacado que este concepto comprende para el administrado los siguientes postulados: 1) la posibilidad de ser oído durante toda la actuación y permitir su participación desde el inicio y hasta su culminación; 2) la obligación de ser notificado de todas y cada una de las decisiones que allí se adopten; 3) que se asegure el derecho de defensa y contradicción, incluyendo la opción de impugnar las decisiones que resulten contrarias y de intervenir en la actividad probatoria; 4) la garantía de la presunción de inocencia, lo que conlleva que la responsabilidad del administrado se defina con base en hechos probados imputables a él, quedando proscrita la imposición de sanciones de plano; 5) la garantía de juez natural; 6) la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables; 7) la garantía de imparcialidad; 8) el principio de legalidad de la falta o de la infracción administrativa; 9) el principio de publicidad; 10) el principio de la doble instancia; 11) el principio de *non bis in idem*; y 12) la prohibición de la *reformatio in pejus* (C-310/1997; C-555/2001; T-1034/2006; T-330/2007; C-980/2010; C-853/2013).

3. ANÁLISIS DEL ANDAMIAJE NORMATIVO QUE REGULA LA ACTIVIDAD SANCIONADORA DE LA SUPERSALUD

A continuación se revisa la normativa prevista para el ejercicio del poder sancionador de la Supersalud. Para ello se parte de lo previsto para la misma entidad, luego se analizan los sujetos susceptibles de ser sancionados, así como las infracciones, las sanciones y el procedimiento, a partir del prisma de los distintos postulados que presiden el derecho administrativo sancionador. Finalmente, se cierra con los datos obtenidos, vía derechos de petición, de la actividad sancionadora de la superintendencia, durante el primer semestre de 2017.

3.1. A propósito de la Supersalud

Este es un organismo de carácter técnico adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente (L. 100/1993, art. 233). A esta entidad se le han atribuido funciones administrativas, jurisdiccionales (CN, art. 116) y de conciliación. En virtud de las primeras, se le ha otorgado competencia para investigar y sancionar (L. 1438/2013, arts. 118 y ss.). Esta entidad tiene competencia preferente de inspección, vigilancia y control frente a los sujetos vigilados (L. 1122/2007, art. 40.e).

A nivel nacional, la Supersalud tiene a la cabeza al superintendente nacional de salud, que conoce y falla en segunda instancia los procesos que deciden en primera instancia el delegado de procesos administrativos o las direcciones territoriales, estas últimas cuando la superintendencia haga uso de la delegación de funciones sancionatorias. Se anota que el superintendente nacional tiene competencia preferente ante las otras autoridades administrativas que cumplen la misma función (L. 1122/2007, art. 40.e).

La Supersalud está compuesta por seis superintendencias delegadas, que son: delegada para supervisión de riesgos, delegada para supervisar la institucionalidad, delegada para medidas especiales, delegada para la función jurisdiccional y de conciliación, y delegada para la protección al usuario —que realiza inspección y vigilancia— (D. 2462/2013, art. 29). En caso de considerar que la conducta se adecua a una infracción prevista por la normativa sectorial, se pondrá en conocimiento de la delegada de procesos administrativos (D. 2462/2013, art. 5º).

De este modo, al superintendente delegado de procesos administrativos le corresponde conocer, adelantar y resolver la primera instancia del procedimiento administrativo sancionador. Esta dependencia tiene competencia desde la apertura de la investigación hasta la resolución de imposición de una sanción, o hasta la orden para cerrar y archivar las actuaciones. Así mismo, debe resolver las solicitudes de revocatoria directa contra los actos de la delegada, los recursos de reposición, y tramitar los de apelación (D. 2462/2013, art. 29).

3.2. Sujetos pasivos del poder sancionador de la Supersalud

La superintendencia tiene competencia de inspección y vigilancia a lo largo y ancho del campo de la salud, tanto en el sector público como en el privado, ya sea en el régimen contributivo o en el subsidiado, pudiendo imponer sanciones a personas jurídicas y naturales, incluso a las que se encargan de realizar

inspección y vigilancia en el ámbito territorial, así como a las personas que, aunque no se ocupen de forma directa del servicio, sí lo hacen con sus aportes a esta actividad.

Entonces, los sujetos pasivos son: las entidades —y sus representantes legales— encargadas del financiamiento, aseguramiento, administración, atención y prestación del servicio del derecho fundamental a la salud; las entidades territoriales que también ejercen inspección, vigilancia y control; los fondos o capitales que sostienen el sistema; y quienes exploten el monopolio rentístico de licores y juegos de suerte y azar; igualmente, las instituciones que dentro de sus servicios realizan actividades de salud, como es el caso de las aseguradoras de riesgos laborales, las universidades y las cajas de compensación familiar (L. 1438/2011, art. 121).

En el caso de las personas naturales, son sujetos pasivos de la Supersalud los representantes legales de las entidades públicas y privadas, los directores o secretarios de salud —o quienes haga sus veces—, los jefes de presupuesto, los tesoreros y demás funcionarios responsables de la administración y manejo de los recursos del sector salud en las entidades territoriales, así como los funcionarios y empleados del sector público y privado de las entidades vigiladas por dicha superintendencia (L. 1438/2011, art. 130).

3.3. Acerca de las infracciones

De forma general, se anota que existe un número alto de normas que regulan el sector, encontrándose vigentes cerca de 24 leyes y más de 158 decretos, sin contar las resoluciones y circulares expedidas por el Ministerio de Salud, la Superintendencia Nacional de Salud y las entidades territoriales, que también pueden contener instrucciones que se convierten en infracciones al momento de omitirse y actuar de forma contraria a ellas.

Al revisar los verbos rectores (violar, aplicar, impedir, poner, no realizar, incumplir, efectuar, reportar, obstruir) de las conductas infractoras previstas en la Ley 1438 de 2011, que satisface la reserva de ley de muchas infracciones contenidas en normas administrativas, encontramos que son conductas de tipo instantáneo, sin perjuicio de que los efectos de su ejecución perduren en el tiempo.

3.3.1. Estructura de las infracciones

Dada la dispersión normativa existente en el sector, la regla es la inexistencia de un catálogo de infracciones que las integre en su totalidad. Por el contrario,

estas se encuentran dispersas ya sea como la típica conducta infractora, o como descripción de conductas prohibidas, o como las obligaciones y deberes cuya no realización constituye infracción.

A pesar del escenario descrito, la Ley 1438 de 2011 prevé un apartado referido a la actividad sancionadora de la Supersalud, contemplando claramente las siguientes infracciones:

- Vulnerar el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el derecho a la salud (L. 1438/2011, art. 130). Esta infracción contiene una serie de comportamientos activos y pasivos, que son descritos y ampliados en la misma ley, o para los que en ciertos casos se hacen remisiones expresas a otras leyes para completar la conducta tipificada, definiendo claramente los sujetos pasivos de estas.
- Infracción al régimen aplicable al control de precios de medicamentos o dispositivos médicos (art. 132).
- Omisión, renuencia o inexactitud en el suministro de la información que deba ser reportada periódicamente (art. 132).
- El no pago de las acreencias por parte del Adres o la EPS (art. 133), cuando el Adres, injustificadamente, no gire oportunamente, de acuerdo con los tiempos definidos en la ley, las obligaciones causadas por prestaciones o medicamentos, o cuando la EPS no gire oportunamente a una institución prestadora de salud (IPS) las obligaciones causadas por actividades o medicamentos.

En el caso del incumplimiento de los deberes y obligaciones o de incurrir en conductas prohibidas, tenemos que ello es tenido, a lo largo de la normativa, como infracción sancionable por la institucionalidad (D. 780/2016, art. 2.5.2.4.2.6), así como el incumplimiento de las obligaciones contempladas en las diversas normas aplicables (D. 780/2016, art. 2.1.4.6). Para el caso de las prohibiciones, incurrir en ellas se tendrá como infracción, so pena que se inicie un proceso sancionador (D. 780/2016, art. 2.1.3.3).

Por otra parte, las conductas podrán ser desarrolladas por personas jurídicas y naturales, pero existen también infracciones exclusivas para las personas naturales. Muestra de ello es el caso en que:

Representantes legales de las instituciones prestadoras de servicios de salud, EPS del régimen subsidiado y Entidades Promotoras de Salud (EPS), incurran en conductas encaminadas a ocultar a la autoridad de supervisión

la situación real de acreencias en la relación entre la EPS del régimen subsidiado y la institución encargada de la prestación del servicio. (D. 780/2016, art. 2.3.2.1.15)

3.3.2. Infracciones vs. principio de tipicidad

El núcleo duro del principio de tipicidad es la certeza del administrado de que su comportamiento realice la CONDUCTA descrita como infracción, y que esta esté descrita claramente de manera previa, sin embargo, la Ley 715 de 2001 (art. 68) contempla como infracción el incumplimiento de las instrucciones y órdenes impartidas por la superintendencia. Al respecto, si bien no hay pronunciamiento sobre el particular, la Corte ha afirmado que:

Los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental competente, bien sean de carácter general [...] o de índole particular como las licencias, concesiones y permisos otorgados a los usuarios [...] pudiendo derivarse de su desconocimiento infracciones [...] sin que con ello pueda entenderse que la administración crea la conducta sino que esta se deriva de la propia norma legal. (C-219/2017)

En el caso de las prohibiciones, deberes y obligaciones como constitutivos de infracción, como se describió anteriormente, la Corte no exige una descripción pormenorizada de las conductas sancionables, sino que permite recurrir a otros modos más generales, sin quebrar con ello la exigencia de certeza (C-742/2010).

Por otra parte, dado el número de normas que regulan la materia, es frecuente encontrar que se recurra a normas abiertas, debiendo el administrado y el operador jurídico interpretar sistemáticamente, sin que con ello se conculque el principio de tipicidad (C-762/2009). De todas formas, se anota que, en el tema de los antecedentes, el legislador pudo ser más específico, por ejemplo, estableciendo límites en el tiempo. En este sentido, la Corte ha sostenido que las informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de perennidad y, en consecuencia, después de algún tiempo, deben desaparecer totalmente del banco de datos respectivo (C-1066/2002). Se evidencia pues un margen de apreciación muy amplio por parte de la autoridad.

3.3.3. Infracciones vs. principio de culpabilidad

Revisando las infracciones incluidas en la normativa sectorial, se encuentra que la mayoría de ellas exige que la conducta sea culposa y no dolosa. Ello se observa, por ejemplo, cuando se contempla como conducta infractora no

realizar actividades en salud derivadas de enfermedad general, maternidad, accidentes de trabajo, enfermedad profesional, accidentes de tránsito y eventos catastróficos (art. 130.5), o efectuar por un mismo servicio o prestación un doble cobro al Sistema General de Seguridad Social en Salud (art. 130.10), o el caso de no reportar oportunamente la información solicitada por parte del Ministerio de la Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, la Comisión de Regulación en Salud o quien haga sus veces (L. 1438/2011, art. 130.12).

Podría considerarse que otras infracciones sí exigen que el actor haya tenido la intención de realizar la conducta, por ejemplo, cuando se acuda a maniobras tendientes a ocultar, a través de descuentos o promociones, o en cualquier otra forma, el precio real de venta (L. 1438/2012, art. 132).

En cuanto al tipo de responsabilidad administrativa que se deriva de la realización de la conducta infractora, la norma, en la mayoría de los casos, hace referencia a que esta será personal, sin embargo, acude en algunas ocasiones a la figura de la responsabilidad solidaria. Esto sucede cuando la normativa permite que la EPS acepte con conocimiento a un afiliado que no haya cumplido con el periodo mínimo de permanencia, caso en el cual será solidariamente responsable con el afiliado por los gastos en que haya incurrido el Sistema General de Seguridad Social en Salud (D. 780/2016, art. 2.1.13.11).

Otra de las formas propias del derecho administrativo sancionador es la inversión de la carga de la prueba, y, aunque sí la contempla la normativa, esto no sucede en muchas ocasiones. Una de ellas ocurre cuando las entidades encargadas de remitir una información no lo hacen de manera oportuna o incumplen algunas de las normas, debiendo la Supersalud imponer las sanciones a que haya lugar (D. 780/2016, art. 2.3.2.1.13).

Dado el sector que nos ocupa, y los derechos que hay en juego, se podría haber esperado que el legislador hubiese recurrido a figuras propias de esta área del derecho administrativo, como la inversión de la carga de la prueba, la presunción de responsabilidades, la solidaridad o incluso la responsabilidad objetiva: cuestiones que permitirían dotar de mayores herramientas a la superintendencia para ejercer su labor de control, y exigir a los diferentes actores del sistema desenvolverse con una mayor diligencia en sus conductas y, de alguna manera, compensar la asimetría de las partes comprometidas.

3.3.3. Infracciones vs. principio de proporcionalidad

Al revisar las distintas infracciones previstas, se encuentra que no existe una categorización de estas que permita direccionar la actividad de la

administración. Sería deseable que el legislador —o incluso la administración—, vía reglamento, establezca niveles de infracciones para otorgar mayor certeza al administrado —y a la administración— a la hora de realizar la adecuación de la conducta y, en últimas, definir la sanción. Ello se solucionaría con el diseño de un catálogo de infracciones con niveles de conductas calificadas como: *graves*, *leves*, *levísimas*, *gravísimas* o *muy graves*.

Dado el silencio de la norma, la Supersalud dispone de un margen de apreciación bastante amplio, permitiéndose, por ende, que se adopten decisiones distintas para casos semejantes.

3.4. Acerca de las sanciones

3.4.1. Tipos

En la revisión de la normativa sectorial se encuentra que no existe un único catálogo en el que se contemplen todas las sanciones, por el contrario, existe una cascada de normas que deben revisarse para definir cuál es la procedente. De modo general, se trata de: amonestación escrita, multa, revocatoria de la licencia de funcionamiento, revocatoria de habilitación de una EPS, cierre temporal o definitivo, decomiso de productos, y suspensión o cancelación del registro o de la licencia. Estas sanciones se encuentran contempladas en las leyes 9ª de 1979, artículo 577.e.c.d; 15 de 1989, artículo 26; 715 de 2001, artículo 68; 1438 de 2011, artículos 131 y ss.; y 1805 de 2016, artículo 18.

En líneas generales, los distintos tipos de sanciones pueden concurrir entre sí, en otros casos no, pudiéndose colocar también de manera independiente, sin que con ello se afecte el *non bis in idem* (C-018/2004).

Teniendo en cuenta la intensidad de las sanciones, a partir de su naturaleza, las amonestaciones son las más benévolas, y entre las más gravosas se cuentan la revocatoria de la licencia de funcionamiento o el cierre. La multa es la sanción prototípica y a la que el legislador le dedica más su atención (leyes 15/1989, art. 26; 715/2001, art. 68; 1438/2011, arts. 130 y ss.). Se debe anotar que del cuerpo normativo revisado, las sanciones a personas jurídicas no contemplan inhabilidades futuras a las personas naturales o jurídicas que la integran, una vez se levanta el velo corporativo, pues nada impide, tal como están las cosas, que los socios de las entidades sancionadas por una conducta con gran impacto a la comunidad se vuelvan a organizar bajo otra razón social.

A continuación se describe cada una de las sanciones contempladas en la normativa sectorial, a saber:

Amonestación escrita

Su finalidad es hacer que el administrado tenga consciencia de las consecuencias del hecho, de la actividad o de la omisión, y recordarle que se le impondrá una sanción mayor si reincide. En el escrito de amonestación se debe precisar el plazo que se otorga al infractor para el cumplimiento de las disposiciones violadas (D. 2240/1996, art. 25 y D. 780/2016, art. 2.5.3.7.19).

Este tipo de sanción se prevé para los establecimientos hospitalarios y similares, y las IPS, públicas, privadas o mixtas, en las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación física o mental.

Multa

Es una sanción pecuniaria (C-390/2002), cuyo monto será apropiado por el Presupuesto General de la Nación como recurso adicional de la entidad (L. 1438/2011, art. 120). Podrá ser impuesta a personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado. Los valores de las multas tienen techos fijos y dependen del tipo de infracción, y no toman en consideración objetivamente la capacidad económica del infractor. Está prohibido que las multas impuestas a personas naturales sean absorbidas por la entidad, pues deben ser canceladas con recursos del patrimonio de aquellas.

Se subraya que las multas son diferenciadas, según se trate de personas naturales o jurídicas, siendo, en algunos casos, el monto máximo de las multas de 200 salarios mínimos, para personas naturales, y de hasta cinco mil salarios mínimos, para las personas jurídicas (L. 1438/2011, art. 131). Estos montos palidecen frente a los que se imponen en sectores como la competencia, cuyas multas pueden alcanzar hasta 100 000 salarios mínimos legales mensuales (L. 1340/2009, arts. 25 y 26).

Se resalta que en otras normas, en temas de salud (L. 715/2001), se contemplan multas con unos *quantum* de hasta 2000 salarios mínimos legales mensuales, para personas naturales, (art. 68), y multas sucesivas de hasta 10 000 salarios mínimos diarios legales vigentes a los organismos y entidades sometidos a vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud, o a los representantes legales de dichas entidades y organismos, así como a sus funcionarios, empleados y trabajadores, cuando hubieren incurrido en violaciones de la ley

o de los reglamentos (L. 15/1989, art.26). Entonces, ¿se aplicará el criterio de favorabilidad al administrado, pudiendo ser este último una empresa con un patrimonio robustecido?

Los montos de las multas están fijados en salarios mínimos legales vigentes, liquidados a la fecha de expedición de la resolución sancionatoria (L. 1438/2011, art. 131). Vale mencionar que frente a esto último la Corte ha determinado que el tiempo para establecer la conversión debe ser el de la comisión de la infracción administrativa, pues no habría certeza de cuál será el salario mínimo mensual para la fecha que se formule el pliego de cargos (C-475/2004).

En el caso de la Ley 1438 de 2011, esta contempla la imposición de multas atendiendo al tipo de conducta infractora².

Clausura total y definitiva del establecimiento

Consiste en poner fin a las tareas que se desarrollan en el lugar donde funciona la entidad, por la existencia de hechos o conductas contrarios a las disposiciones sanitarias. El cierre podrá ser temporal —si se impone por un periodo determinado— o definitivo; igualmente podrá ordenarse para toda institución prestadora de servicios de salud, para un servicio o solo para una parte o proceso que se desarrolle (D. 2240/1996, arts. 37 y ss.).

Esta sanción se prevé, por ejemplo, para el caso de las instituciones autorizadas, como bancos de componentes anatómicos y centros de trasplantes que participen de un proceso de extracción o trasplante contraviniendo las normas previstas en la Ley 73 de 1988 (L. 1805/2016, art. 18).

- 2 1) Conductas que vulneren el SGSS y el derecho a la salud: se discrimina entre las personas naturales y las jurídicas, teniendo que a las personas jurídicas se les impondrá hasta 2500 salarios mínimos y para las personas naturales será entre 10 y 200 salarios mínimos. El monto se liquidará teniendo en cuenta el valor del salario mínimo vigente a la fecha de expedición de la resolución sancionatoria (L.1438/2011, art.131). Ahora bien, esta conducta también podrá ser sancionada con la revocación de la licencia (L. 1438/2011, art. 130). 2) Conductas relativas al control de precios de medicamentos o dispositivos médicos, u omisión, hasta 5000 salarios mínimos a cualquiera de las entidades, agentes y actores de las cadenas de producción, distribución, comercialización y otras formas de intermediación de medicamentos, dispositivos médicos o bienes del sector salud, tanto personas naturales o jurídicas, y se aumentará desde una tercera parte hasta la mitad cuando se acuda a maniobras tendientes a ocultar, a través de descuentos o promociones, o en cualquier forma, el precio real de venta (art.132). 3) Conductas relativas a renuncia o inexactitud en el suministro de información que deba ser reportada periódicamente (art. 132), hasta 5000 salarios mínimos. 4) Conductas derivadas del no pago de acreencias por parte del Fosyga o la entidad promotora de salud. En este caso las multas oscilan entre cien (100) y dos mil quinientos (2500) salarios mínimos. En caso de reiteración la sanción es causal de pérdida de acreditación (art. 133).

Revocatoria de la licencia de funcionamiento

Es otra sanción prevista para aquellas conductas que vulneran el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el derecho a la salud. En este caso podrá concurrir con la multa (L. 1438/2011, art. 131).

Pérdida de habilitación

Es otra medida prevista para los casos en que las EPS no giren oportunamente a una institución prestadora de salud las obligaciones causadas por actividades o medicamentos de forma reiterada (L. 1438/2011, art. 133).

La revocatoria de la habilitación será total o parcial para una EPS del régimen subsidiado, cuando se verifique el incumplimiento de una o varias de las condiciones a las que están obligadas por la ley (D. 3556/2008, art. 4º).

Las entidades a las que les fuere revocada totalmente la habilitación por incumplir cualquiera de las condiciones de habilitación no podrán administrar recursos o planes de beneficios de salud y deberán abstenerse de ofrecer estos servicios (D. 3556/2008, art. 5º).

Si bien esta es una sanción fuerte, en apariencia, nada impide que la entidad inhabilitada solicite su liquidación, pudiendo escapar de sus obligaciones administrativas, pues al no existir levantamiento del velo corporativo es posible que los accionistas de la entidad liquidada vuelvan a constituir otra entidad, que no deba hacer frente a las sanciones previamente impuestas, y que, en la práctica, se podría estar quedando con los usuarios de la entidad liquidada.

3.4.2. Medidas que no tienen naturaleza de sanción

Existen medidas adoptadas por la administración que tienen efectos negativos para los administrados, sin ser sanciones, y que por tanto no se rigen por los principios revisados, pudiendo concurrir con aquellas o tener lugar sin que se imponga una sanción. Solo por mencionar algunas de este tipo, tenemos: medidas restitutorias de la legalidad, responsabilidad civil, medidas provisionales, confesión presunta, acción de repetición, privación de beneficios, intereses moratorios, constitución de garantías, doble instancia y responsabilidad fiscal.

En la normativa sectorial encontramos, entre otras, la orden de capitalizar entidades (D. 780/2016, art. 2.5.2.2.1.14); las medidas cautelares (L. 1438/2011, art. 125); la información a los usuarios, a través de medios de comunicación de

amplia circulación, acerca de las entidades cuyas afiliaciones se encuentren suspendidas (D. 780/2016, art. 2.5.2.4.1.2); las medidas de seguridad, en caso de la clausura temporal de la institución prestadora de servicios de salud —que podrá ser total o parcial—; la cancelación de la personería jurídica (D. 780/2016, art. 2.5.3.9.62); la adopción de acciones de prevención y seguimiento para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en la norma (D. 780/2016, art. 2.5.3.10.28); la intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las instituciones prestadoras de salud sin ánimo de lucro (D. 780/2016, art. 2.5.5.1.2); la toma de posesión de bienes haberes y negocios (D. 780/2016, art. 2.5.5.1.9); y el registro de sanciones (Supersalud, Res. 3140/2011).

3.4.3. Sanciones vs. principio de proporcionalidad

El principio en mención se observa cumplido de manera formal en la existencia de una correspondencia de las conductas descritas en la norma con las multas a imponer, de acuerdo con lo previsto en los artículos 131 y siguientes de la Ley 1438 de 2011. Se resalta que los topes máximos son fijos, es decir, que no dependen de las ganancias, beneficios o daños causados que pueda generar el incumplimiento de la normativa. Considérese el caso de las multas previstas en temas de competencia (L. 1340/2009, arts. 25-26), escenario que podría estar incentivando que las entidades o personas naturales sujetas al control de la Supersalud tengan incluidas en sus presupuestos las consecuencias de los incumplimientos.

La Ley 1438 de 2011 contempla un cuadro para dosificar las multas (art. 134) en el que se incluye un listado de criterios para orientar a la administración en la multa a imponer. Varios de los criterios establecidos por la ley están contenidos en el CPACA, pero otros son consecuencia de las particularidades del sector que fueron tenidas en cuenta por el legislador, caso de lo previsto en el artículo 134, numerales 2º, 4º, 8º y 9º.

A la hora de definir el tipo de sanción a imponer, la resolución de la Supersalud establece unos criterios. Es el caso de: daño o peligro generado a los intereses tutelados; el beneficio económico obtenido; la reincidencia; la resistencia o negativa a la acción investigadora o de supervisión; utilizar medios fraudulentos para ocultar la infracción u ocultar sus efectos; grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes; renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente; reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas (Res. 3140/2011, art.25).

A pesar de la existencia de este catálogo para guiar la actividad de la Supersalud, el legislador y la misma administración entregan un amplio margen de apreciación para definir el monto de la multa y el tipo de sanción, pues no existe una correlación directa entre el monto de la multa a imponer y el número de circunstancias de agravación o atenuación en cada caso, como tampoco entre el tipo de infracción y el tipo de sanción. A ello se suma la inexistencia de categorías de infracciones (leves, graves o muy graves), escenario que podría generar que la Supersalud tenga facultades amplias y flexibles para tomar la decisión que considere más conveniente.

3.4. Del procedimiento administrativo sancionador

La actuación administrativa podrá iniciarse por informes recibidos de terceros, mediante la práctica de visitas administrativas de inspección y vigilancia, por traslado de otras autoridades, por quejas, como resultado de la aplicación de medidas cautelares y, en general, por cualquier otro medio que ofrezca credibilidad. Salvo expresa orden judicial, deben ejercerse acciones de inspección y vigilancia antes de iniciar un proceso administrativo sancionatorio (Res. 1650/2014, art. 7º).

Ante la duda sobre si dar inicio al proceso sancionatorio, se podrá ordenar, mediante auto, la apertura de averiguaciones preliminares. Para Jinesta (2007), la investigación preliminar es un trámite específicamente útil únicamente en el caso en que se admita una acusación anónima, incoada con aspecto *bonus fumus iuris* o apariencia de buen derecho. Una vez el delegado de procesos administrativos determine que existe mérito para abrir el proceso sancionatorio, se deben agotar las siguientes etapas: auto de apertura, descargos (cinco días), pruebas (quince días), alegatos (cinco días) y decisión (diez días).

Al analizar el procedimiento previsto en la Ley 1438 de 2011 y lo contemplado en la Resolución 1650 de 2014, se encuentra que los términos del CPACA son más amplios que los contemplados en la normativa en temas de salud. Ello se aprecia, por ejemplo, en los términos para presentar los descargos, cuando la normativa general contempla 15 días y la especial, cinco. Respecto a la práctica de pruebas, el procedimiento especial dispone de 15 días, y el CPACA de 30. En el caso del término para alegar, en el procedimiento especial el término se reduce a cinco días, es decir, la mitad del contemplado en el CPACA, y el término para decidir en la norma especial es de 10 días y en el CPACA, de 30.

De acuerdo con lo sentenciado por la Corte Constitucional, es viable la libertad de configuración del legislador en todas las etapas del proceso. En el caso concreto de los términos, la Corte se ha pronunciado afirmando que, a pesar

de que estos sean reducidos (C-149/2005), se ajustan al derecho de acceso a la justicia (C-315/2012). Lo que sí exige la Corte es que los términos sean ciertos y determinados, pues su indeterminación puede configurar una denegación de justicia (C-416/1994).

En materia de notificaciones, se encuentra que la Resolución 1650 de 2014 atiende los principios de publicidad, defensa y prohibición de imponer sanciones de plano, en la medida que ofrece garantías para notificar al administrado cuando no hubiere sido posible su notificación personal —ya sea con citaciones, avisos o publicaciones en la página web de la entidad—, en aras de informarlo de la resolución de apertura del proceso (C-005/1998). En lo que atañe a los principios de defensa y de contradicción probatoria, se constató que tanto en el procedimiento general como en el especial no proceden los recursos de ley contra el acto que decide sobre la solicitud de pruebas (Res. 1650/2014, art 11), situación que es admitida dentro del poder de configuración legislativa (C-034/2014; C-1189/2005; C-089/2011).

El derecho a la defensa en el trámite procesal de la Supersalud se haya incólume, pues el sujeto pasivo cuenta con el derecho de aportar y pedir la práctica de pruebas que sean conducentes. Sería contrario a derecho, so pretexto del principio de defensa, permitir o acceder a la práctica de pruebas inconducentes e impertinentes o a la dilatación de dicha etapa, solo porque aquellas fueren requeridas.

3.5. Escenario de la imposición de sanciones por parte de la Supersalud en el primer semestre de 2017

En el terreno concreto del ejercicio del poder sancionador de la Supersalud, esta institución impuso, en el periodo comprendido entre el 1º de enero al 31 de julio de 2017, quinientas veinticuatro multas, alcanzando la suma de \$ 15.536.693.215. Estas multas fueron impuestas principalmente a personas jurídicas, pues solo un número de 12 recayeron en personas naturales. En este segmento, el mayor número de multas fue impuesto a las EPS (236) y a las IPS (112), seguidas con distancia por las que recibieron las entidades territoriales departamentales (27) (R/petición de Ref.: 1-2017-140981, 2017).

Cafesalud es la EPS más sancionada (38), seguida por Nueva EPS (27) y Cruz Blanca (16). Entre las menos sancionadas están: AIC-EPSI, Manexka y Pijaos, todas con una sanción en el periodo seleccionado (R/petición de Ref.: 1-2017-140981, 2017).

En lo tocante a las conductas más reiteradas por la extinta Cafesalud están: programación de citas, autorizaciones de servicios de salud, incumplimiento de instrucciones de Supersalud e incumplimiento de reporte de información (R/petición de Ref.: 1-2017-140981, 2017).

Dentro de la información suministrada por la Supersalud, en cuanto a las sanciones impuestas en el periodo seleccionado, observamos, por ejemplo, que la conducta más recurrente de la entidad es exceder los plazos máximos para la asignación de citas con especialista, siendo Cafesalud sancionada en 14 oportunidades por esta razón. Al revisar el monto de las sanciones impuestas en el caso concreto, se observa que las multas no tuvieron en cuenta los criterios establecidos en la norma, pues las conductas reincidentes son sancionadas a la baja (R/petición de Ref.: 1-2017-140981, 2017).

CONCLUSIONES

La preocupación del Estado por el tema de la salud ha tenido distintas etapas de desarrollo, desde un desinterés casi que absoluto hasta el momento en que el Estado lo asume como su responsabilidad, siendo dinámica por tanto la actividad estatal, desde su fundación hasta hoy. Esto se prueba con el número copioso de normas que se han dictado desde la Constitución del 91 sobre la materia, la creación de instituciones de diferente naturaleza para vigilar la actividad (caso concreto, la Supersalud) y la existencia de un andamiaje sancionador administrativo que se amplía permanentemente.

A pesar del aparente interés del legislador y de la misma administración por proteger la salud, nos encontramos con un aparato administrativo sancionador con algunos puntos oscuros, derivados, entre otras cuestiones, de:

- El tipo de sanciones empleadas, que en muchos casos no son en sí contundentes y, por tanto, no disuaden a los infractores, pues es posible incluir el pago de las multas en los presupuestos de las empresas, o recurrir a la disolución de estas para no pagarlas.
- El margen de apreciación tan amplio que tiene la Supersalud para definir en cada caso la sanción a imponer y el monto que pueden alcanzar las multas.
- La exigencia para la Supersalud, en muchos casos, de demostrar que el infractor actuó con culpa, pues no se emplean figuras propias de este campo del *ius puniendi* del Estado, como son la inversión de la carga de la prueba, la presunción de la responsabilidad o, quizás, la responsabilidad objetiva.

- La inexistencia de un catálogo de infracciones ordenado, en el que exista una categorización y se atribuya a cada grupo de conductas un tipo de sanción, acompañado por un cuadro de dosimetría punitiva, que tenga en cuenta los agravantes y atenuantes.

En fin, así está el panorama de las normas y del mismo ejercicio de la actividad de la Supersalud. Nos enfrentamos a un sistema denso, poco coherente, en el que se deja un amplio margen de apreciación a la administración, y en el que existen sanciones poco efectivas. Este escenario podría no estar reconociendo la asimetría de las partes involucradas, y a su vez podría incentivar indirectamente el incumplimiento de las normas, al no prevenir, de forma eficiente, la realización de conductas que afecten o pongan en peligro la salud de todos y cada uno de los colombianos.

REFERENCIAS

- Arizmendi, I. (1989). *Presidente de Colombia 1810-1990*. Bogotá: Planeta.
- Bermejo Vera, J. (2001). *Derecho administrativo, parte especial*. Madrid: Civitas.
- Botero, S. (2006). La reforma constitucional de 1936: el Estado y las políticas sociales en Colombia. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 33, 85-109.
- Díaz, L. M. (2012). *Las instituciones en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Franco Holguín, J. (1966). *Evolución de las instituciones financieras en Colombia*. México: Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos.
- Gómez Buendía, H. y Cifuentes Noyes, A. (1991). Los servicios públicos en la nueva constitución colombiana. En *Constitución y nuevo municipio* (pp. 99-111). Bogotá: Federación Colombiana de Municipios.
- García Gómez de Mercado, F. (2007). *Sanciones administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*. Comares: Granada.
- Hernández Álvarez, M. (2000) El derecho a la salud en Colombia: obstáculos estructurales para su realización. *Revista de Salud Pública*, 2(2) (jul. 2000), 121-144.
- Hernández Vásquez, J. R. (1973). *El derecho penal administrativo en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Jinesta L, E. (2007). La investigación preliminar en el procedimiento administrativo. *IVSTITAIA*, (21), 245-246.
- Lamprea, E. (2011). *La Constitución de 1991 y la crisis de la salud: encrucijadas y salidas*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- León de Villalba, F. J. (1998). *Acumulación de sanciones penales y administrativas*. Barcelona: Bosch.
- Meisel, A. (1994). *Kemmerer y el Banco de la República*. Bogotá: Banco de la República.

- Muñoz Segura, A. (2010). La reforma constitucional de 1936 y el camino hacia la construcción de la seguridad social. *Vniversitas*, 120, 101-124.
- Penagos, G. (1992). *El acto administrativo*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Pulgarín Reyes, M. (2007). *Historia institucional Secretaría de Salud de Bogotá 1910-2007*. Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá.
- Quinche Ramírez, M. F. (2012). *Derecho constitucional colombiano: la Carta de 1991 y sus reformas*. Bogotá: Temis.
- Ramírez Moreno, H. (2006). *Descentralización y desarrollo institucional en Colombia: análisis crítico*. Ibagué: Universidad del Tolima.
- Ramírez Torrado, M. (2008). Consideraciones de la Corte Constitucional acerca del principio de culpabilidad en el ámbito sancionador administrativo. *Revista de Derecho*, 29, 153-177.
- Ramírez Torrado, M. (2009). La reserva de ley en materia sancionadora administrativa colombiana. *Jurídicas*, 6(1), 138-152.
- Ramírez Torrado, M. (2011). La tipicidad en el derecho administrativo sancionador. *Revista Estudios de Derecho*, 68, 37-50.
- Ramírez Torrado, M. (2015). El principio *non bis in idem* en el derecho disciplinario del abogado en Colombia. *Ius et Praxis*, 21, 345-376.
- Ramírez Torrado, M. (2015). Sanción administrativa en Colombia. *Vniversitas*, 64, 107-148.
- Rocha Buelvas, A. (2010). Antecedentes históricos de la seguridad social en salud: parte de la construcción de un país sin memoria. *CES Odontología*, 23, 67-70.
- Rodríguez Mesa, R. (2012). *Estudios sobre seguridad social*. Barranquilla: Universidad del Norte.
- Sarmiento Pavas, D. (2016). La Misión Kemmerer y el control estatal. *@puntos Cont@bles*, 12, 79-90.
- Téllez Pedroza, M. (2011). *Reconstrucción histórica del proceso de creación del Ministerio de Salud Pública en Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional.

Uribe Vargas, D. (1985). *Las constituciones de Colombia: perspectiva histórica y sociológica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana.

Sentencias

Corte Constitucional de Colombia. (28 de abril de 1994). Sentencia C-214/1994. [M.P. Antonio Barrera Carbonell]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-214-94.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (22 de septiembre 1994). Sentencia C-416/1994. [M.P. Antonio Barrera Carbonell]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-416-94.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (27 de noviembre de 1996). Sentencia T-652/1996. [M.P. Carlos Gaviria Díaz]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-652-96.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (25 de junio de 1997). Sentencia C-310/1997. [M.P. Carlos Gaviria Díaz]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-310-97.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (6 de noviembre de 1997). Sentencia C-570/1997. [M.P. Carlos Gaviria Díaz]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-570-97.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (22 de enero de 1998). Sentencia C-005/1998. [M.P. Jorge Arango Mejía]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-005-98.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (31 de mayo de 2001). Sentencia C-555/2001. [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-555-01.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (22 de agosto de 2001). Sentencia C-893/2001. [M.P. Clara Inés Vargas Hernández]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2001>

Corte Constitucional de Colombia. (13 de noviembre de 2002). Sentencia C-973/2002. [M.P. Álvaro Tafur Galvis]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-973-02.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. (3 de diciembre de 2002). Sentencia C-1066/2002. [M.P. Jaime Araújo Rentería]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-1066-02.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (22 de mayo de 2002). Sentencia C-390/2002. [M.P. Jaime Araújo Rentería]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-390-02.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (20 de enero de 2004). Sentencia C-018/2004. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-018-04.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (8 de mayo de 2004). Sentencia C-475/2004. [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-475-04.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (22 de febrero de 2005). Sentencia C-149/2005. [M.P. Alfredo Beltrán Sierra]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-149-05.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (22 de noviembre de 2005). Sentencia C-1189/2005. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-1189-05.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (5 de diciembre de 2006). Sentencia T-1034/2006. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-1034-06.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (4 de mayo de 2007). Sentencia T-330/2007. [M.P. Jaime Córdoba Triviño]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-330-07.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (29 de agosto de 2007). Sentencia C-664/2007. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-664-07.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (29 de octubre de 2009). Sentencia C-762/2009. [M.P. Juan Carlos Henao Pérez]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-762-09.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (6 de septiembre de 2010). Sentencia C-703/2010. [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-703-10.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. (15 de septiembre de 2010). Sentencia C-742/2010. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-742-10.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (1 de diciembre de 2010). Sentencia C-980/2010. [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-980-10.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (24 de marzo de 2010). Sentencia C-228/2010. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-228-10.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (17 de agosto 2010). Sentencia C-639/2010. [M.P. Humberto Antonio Sierra Porto]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/C-639-10.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (23 de junio 2011). Sentencia C-490/2011. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-490-11.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (16 de febrero de 2011). Sentencia C-089/2011. [M.P. Ricardo Meneses Santamaría]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-089-11.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2 de mayo de 2012). Sentencia C-315/2012. Expediente D-8694. [M.P. María Victoria Calle Correa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/C-315-12.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (12 de septiembre de 2012). Sentencia C-713/2012. [M.P. Mauricio González Cuervo]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-713-12.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (17 de octubre de 2013). Sentencia T-737/2013. [M.P. Alberto Rojas Ríos]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-737-13.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (27 de noviembre de 2013). Sentencia C-853/2013. [M.P. Mauricio González Cuervo]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-853-13.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (29 de enero de 2014). Sentencia C-034/2014. [M.P. María Victoria Calle Correa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-034-14.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (17 de marzo de 2016). Sentencia C-135/2016. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-135-16.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (20 de abril de 2016). Sentencia C-191/2016. [M.P. Alejandro Linares Cantillo]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-191-16.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (19 de abril de 2017). Sentencia C-219/2017. [M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-219-17.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (20 de abril de 2017). Sentencia C-225/2017. [M.P. Alejandro Linares Cantillo]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-225-17.htm>

Tabla de normas

Constitución de Cundinamarca de 1811. Recuperado de <http://www.cervantvirtual.com/obra-visor/constitucion-de-cundinamarca-30-de-marzo-de-1811-y-promulgada-el-4-de-abril-de-1811--o/html/>

Constitución Política de Colombia de 1886. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1826862>

Constitución Política de Colombia de 1991. Recuperado de <http://www.secretariasenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>

Ley 30 de 1886. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1787392>

Ley 73 de 1988. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestor-normativo/norma.php?i=14524>

Ley 33 de 1913. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1787716>

Ley 84 de 1914. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1627989>

Ley 60 de 1922. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1611739>

- Ley 6 de 1945. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=1167>
- Ley 90 de 1946. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1631247>
- Ley 12 de 1963. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1568301>
- Decreto 1959 de 1964. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1377844>
- Decreto 1528 de 1964. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1303653>
- Decreto 2470 de 1968. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1818116>
- Ley 9 de 1979. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0009_1979.html
- Ley 73 de 1988. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=14524>
- Ley 15 de 1989. Recuperado de <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1571704>
- Ley 100 de 1993. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html
- Decreto 2240 de 1996. Recuperado de <http://www.bogotajuridica.gov.co/sisjur-Mantenimiento/normas/Norma1.jsp?i=809>
- Ley 715 de 2001. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0715_2001.html
- Ley 1122 de 2007. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1122_2007.html
- Decreto 3556 de 2008. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=33197>

Ley 1340 de 2009. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1340_2009.html

Ley 1437 de 2011. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html

Ley 1438 de 2011. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1438_2011.html

Resolución 3140 de 2011. Recuperado de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/resolucion_supersalud_3140_2011.htm

Decreto 2462 de 2013. Recuperado de <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2013/Documents/NOVIEMBRE/07/DECRETO%202462%20DEL%2007%20DE%20NOVIEMBRE%20DE%202013.pdf>

Ley 1805 de 2016. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1805_2016.html

Decreto 780 de 2016. Recuperado de https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Decreto%200780%20de%202016.pdf

Resolución 1650 de 2014. Recuperado de https://normativa.colpensiones.gov.co/colpens/docs/resolucion_supersalud_1650_2014.htm

Derechos de petición

R/petición de Ref.: 1-2017-140981, Ref.: 1-2017-140981 (Supersalud 25 de 11 de 2017).

Las oficinas transnacionales de abogados como autoridad privada

Transnational law firms as private authority

José A. Toro-Valencia*

Fecha de recepción: 21 de marzo 2018

Fecha de aceptación: 18 de enero de 2019

RESUMEN

Las firmas globales de abogados se constituyen en uno de los arquitectos de la promulgación de normas de *soft law* en el derecho internacional. Este artículo pretende caracterizar los grandes bufetes de abogados a escala global y con ello identificar su papel de autoridad privada en derecho internacional.

Palabras clave: *soft law*, autoridad privada, profesión jurídica, *lex mercatoria*, derecho internacional, gobernanza global.

ABSTRACT

Global law firms are one of the architects in the construction of international soft law norms. This paper looks for the characterization of these law firms on the global realm, with the purpose to identify the role as private authority in international law.

Keywords: soft law, private authority, legal profession, *lex mercatoria*, international law, global governance.

* Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana, LL.M de la American University, PhD en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra. Profesor asistente de Derecho Internacional de la Universidad Eafit. Correo electrónico: jatoro@eafit.edu.co

INTRODUCCIÓN

En su edición del 28 de febrero de 2004, el semanario inglés *The Economist* (2004, pp. 12-14) aseveraba que sin importar el lugar del planeta en el cual se quieran instalar las compañías multinacionales, siempre van acompañadas de contadores, banqueros, consultores y abogados. Esta afirmación simboliza la expansión global de las firmas de abogados y el papel que desempeñan en la gestión de los negocios mundiales. De igual forma, siete años después, en su número del 5 de mayo de 2011, la misma publicación indicaba que las grandes firmas de abogados son uno de los grupos afectados por la crisis financiera global, resaltando con ello el carácter globalizado de la profesión jurídica y de los grandes despachos de legistas.

La globalización ha transformado las firmas de abogados, que pasan de ser organizaciones estrictamente nacionales a transformarse en multinacionales que ejercen un cierto tipo de autoridad en la configuración de regímenes específicos. Este artículo se ocupa de estudiar los bufetes de abogados que se conforman como actores transnacionales y ejercen una modalidad de autoridad cuya naturaleza es privada. Estos despachos están dominados por firmas anglo-estadounidenses que de diversa forma se han transformado en actores globales. Por su parte, firmas alemanas y españolas también experimentan este tipo de transmutación, gracias a la expansión de la Unión Europea y del derecho comunitario europeo, el cual les exige adaptarse a un mercado más amplio y a la aplicación e interpretación de un orden normativo que trasciende el ámbito nacional. A su vez, la marcada presencia de los mercados emergentes en la economía globalizada plantea la necesidad para las firmas anglo-estadounidenses y europeas de expandir sus actividades de servicio y asesoría jurídica a África, Asia y América Latina.

El ejercicio y desarrollo profesional del abogado se da, por tanto, en una organización que implementa un modelo de negocio en un sector específico. Así, se desacralizan las formas y se convierte en una estructura orientada a defender los intereses de sus clientes y a conseguir nuevos mercados y negocios. Esto facilita la consolidación de grandes compañías formadas por un alto número de abogados. A pesar de que la globalización permite que las firmas se expandan a lo largo del planeta, el centro neurálgico de su operación se concentra en las ciudades de Nueva York y Londres, lo que demuestra la estrecha relación que dichas firmas tienen con los centros financieros globales.

La actividad que despliegan los abogados de las firmas globales en respuesta a las necesidades de sus clientes se refleja en la creación de un cuerpo normativo propio para la operación transnacional de actores privados. Este cuerpo normativo adopta una forma más característica del *soft law* y se soporta en

buena medida en la autorregulación y el autocumplimiento de sus contenidos. De igual forma, es en un alto porcentaje *aestatal*, en el sentido en que para su origen, cumplimiento y legitimación no es necesaria la intervención del Estado como fuente de autoridad pública. Por el contrario, es un ámbito de normas que emanan principalmente de la autoridad privada que ejercen los abogados asociados a las firmas, así como de las distintas asociaciones que los agrupan. El término *lex mercatoria*, si bien sujeto a controversia, es el que se utiliza en la literatura para identificar este cuerpo normativo de aplicación propia para los operadores de comercio internacional.

La existencia de la *lex mercatoria* moderna no sería posible sin la presencia de las grandes firmas globales de abogados. Son las firmas globales las que la dan un contenido normativo a las prácticas de los operadores de comercio y tienen la capacidad de desarrollar *productos* jurídicos que respondan a una legitimidad particular y que emanen del entorno privado de los actores involucrados. Es allí donde los abogados de las firmas operan como autoridades en la materia específica, y con ello establecen, quizá de manera imperceptible, un manto de autoridad en la operación global del comercio en sus distintas facetas.

Este artículo se ocupa, en primer lugar, de identificar la presencia de las firmas multinacionales de abogados, y de indagar por su funcionamiento y operación. En segundo lugar, identificará las principales formas de manifestarse de dichos despachos y cómo se da una concentración de estos en los centros financieros globales. Finalmente, se analizará la forma en que estos bufetes se manifiestan como un tipo de autoridad privada, en especial a partir del uso de la denominada *lex mercatoria* moderna y del arbitraje como uno de los medios preferidos para la solución de controversias internacionales de diverso tipo.

1. LA FIRMA GLOBAL DE ABOGADOS

1.1. Orígenes

Las firmas de abogados se encuadran como organizaciones de servicios, y en consecuencia están incorporadas dentro del Acuerdo General de Comercio sobre Servicios que administra la Organización Mundial del Comercio (OMC). Los servicios, según la literatura asociada a la geografía económica, se caracterizan por ser intangibles, invisibles, no fungibles, efímeros y no almacenables. También evidencian una intensa interacción entre productor y destinatario (abogados y sus clientes) (Brock, Yaffe y Dembovsky, 2006). En tal sentido, se predica la necesidad, por parte de la gran firma, de consolidar una marca que sea ampliamente reconocida y construir una reputación notable, para gestionar de

forma eficiente tales características. En consecuencia, la industria de servicios jurídicos, a pesar del peso de la tradición y de las barreras de acceso, es un sector con un alto grado de dinamismo, lo que permite generar un gran nivel de competencia y de creación de valor.

Con la paulatina globalización de la economía en la segunda mitad del siglo xx, las oficinas de abogados dieron pasos hacia cierta internacionalización. Este término se usa de manera deliberada para indicar que la expansión de las firmas se da solo a nivel de contactos con otras oficinas de abogados similares, localizadas en otros Estados. Tales pasos se motivaron principalmente más por las necesidades de los clientes que por la iniciativa de los mismos bufetes. Es de anotar que esta paulatina internacionalización se da de manera casi exclusiva en el eje Estados Unidos-Reino Unido —específicamente, despachos domiciliados en la ciudad de Nueva York y en la ciudad de Londres—.

Las compañías multinacionales y las compañías de tamaño medio orientadas a la exportación son el tipo de clientes que los despachos acostumbra recibir en esta fase. Según Brock, Yaffe y Dembovsky (2006, p. 476) se pueden catalogar tres categorías de clientes. En primer lugar, los clientes globales, que prefieren el mismo proveedor de servicios en los distintos mercados en los cuales operan y llevan a cabo negocios. En segundo lugar, están los clientes locales, que requieren ciertos servicios globales rutinarios o estandarizados¹. Finalmente, en tercer lugar, se identifican aquellos clientes que, siendo locales, prefieren elegir aquellas firmas que tengan una proyección internacional, por la posibilidad de conseguir un servicio y un conocimiento que les brinde un acceso potencial a su propia internacionalización.

El punto de inflexión se da con la desregulación y privatización desarrollada por el Gobierno conservador británico de Margaret Thatcher, en los años ochenta. En el transcurso de veinte años (1980-2000), la transformación en firmas globalizadas se consolida definitivamente. El tránsito lo realizan primordialmente las firmas británicas conocidas como el Círculo Mágico (Magic Circle), que agrupa a las cinco firmas más grandes del corazón financiero de Londres. Las grandes firmas estadounidenses van a crecer en tamaño y facturación, pero van a preferir su íntima asociación con Wall Street para consolidar por esa vía su operación global (Flood, 2001, p.255).

A la desregulación británica se le añade el crecimiento de la inversión extranjera, tanto directa como de capitales, a lo largo del globo como factor que impulsa la globalización de los bufetes. En consecuencia, los diversos partícipes del

1 Este es el caso de compañías inscritas en bolsas de valores diferentes a las de su domicilio de origen y que en consecuencia deben enviar reportes de sus actividades y estados financieros de forma rutinaria y estandarizada.

comercio internacional requieren que su operación se distribuya en diferentes lugares y por tanto efectuarán inversiones en diversos lugares del planeta. Para tal fin se ha dispuesto, impulsada en buena parte por los despachos globales de abogados, una arquitectura jurídica que propugna por garantizar la estabilidad y rentabilidad de la inversión. Esto incrementa la demanda de servicios jurídicos, los cuales también se convierten en inversión extranjera, en la medida en que las firmas globales de abogados abren despachos en diversos países. Más importante aún es que el actuar de las firmas supone al mismo tiempo involucrarse en diversos procesos que se dan a lo largo del planeta y en los que están presentes intereses públicos y privados.

Faulconbridge, Beaverstock, Muzio y Taylor (2007-2008, p. 460) consideran que la globalización de las firmas de abogados está asociada a la creación de centros financieros y de servicios globales. De ahí que Nueva York y Londres sean los lugares donde se encuentra la mayor parte de estas firmas, y que se expandan a ciudades como Frankfurt, Hong Kong y Singapur como centros financieros, y a Washington y Bruselas como centros de decisión política.

Las firmas multinacionales-globales de abogados siguen el patrón utilizado por distintas organizaciones empresariales para expandirse internacionalmente. El modelo fue descrito por John Dunning y denominado *ownership-location-internalization* (OLI). En él postula que una compañía solo se involucrará en actividades internacionales si tiene una ventaja sobre los competidores locales en relación con la propiedad, la ubicación geográfica y la internalización de costos. De esta forma, Faulconbridge *et al.* (2007-2008, p. 465) indican que las oficinas anglo-estadounidenses tienen un modelo más flexible que las provenientes de aquellos ordenamientos que se fundamentan en el modelo de derecho de base romano-germánica. Por ello, es posible identificar como una característica de los bufetes provenientes de sistemas de *common law* lo que se denomina como *apropiación*, esto es, que las firmas solo se internacionalizarán si tienen ventajas particulares en sectores como la tecnología, la administración y el *marketing*. A ello se suma la facilidad del acceso a clientes transnacionales y un estándar de servicio que no intimide a los clientes locales. La ubicación se convierte en una ventaja, si en ese lugar es posible adelantar negocios y conseguir nuevos clientes para el despacho. Por ello, es explicable que los centros de origen y de decisión de las grandes firmas globales se concentren en Nueva York y Londres. Finalmente, en lo que concierne a la internacionalización, esta se da cuando la compañía de abogados encuentra que es más beneficioso expandirse directamente que generar una mera alianza.

Se identifican dos tipos de firmas. Por una parte, aquellas que tienen una presencia directa en el extranjero, lo cual se traduce en la constitución de un bufete en el Estado correspondiente. Por la otra parte, están las firmas que tienen una

presencia indirecta en otros Estados por medio de corresponsalías o alianzas. Esto se puede generar por medio de un proceso de fusión con una firma que tenga experiencia en administrar asuntos jurídicos en el extranjero y que cuente con un número importante de abogados formados en la tradición anglosajona. La otra posibilidad es reclutar juristas que tengan dicha experiencia formativa o de trabajo en los Estados Unidos o en el Reino Unido (Faulconbridge, 2008, p. 508).

La estructura de la firma de abogados estadounidense es la que se define como el modelo paradigmático de oficina transnacional de abogados. Este tipo de firmas se conoce como *Cravath*², y en él se da lo que Marc Galanter y Thomas Palay (1991, pp. 4-19) etiquetan como el *torneo de abogados*. Este esquema consiste en que la firma se constituye con un número determinado de socios. Dichos socios contratan un número de abogados recién graduados, de acuerdo con las necesidades de la firma y las demandas de sus clientes³. La firma, con el objetivo de crear una cultura corporativa y un mayor nivel de servicios profesionales a sus clientes, realiza cada cierto tiempo un concurso entre los abogados contratados con la finalidad de convertir a los ganadores en socios de la firma, y con ello vincularlos a la suerte de ella. Los abogados son evaluados con base en su desempeño, y así se crea una cultura *meritocrática*. El torneo se plantea como un concurso objetivo, si bien algunos estudios observan que otros factores de índole subjetiva también son importantes para determinar la selección de uno u otro abogado como socio. A esta cultura fundada en la *meritocracia* le subyace otra basada en un fuerte sentido de los negocios, y por esta vía la firma logra garantizar un extenso portafolio de servicios para sus clientes, atraer nuevos clientes y al mismo tiempo evitar la fuga de capital humano esencial para su posicionamiento como autoridad.

El torneo de abogados permite constituir una mini comunidad epistémica que le posibilita a la firma competir globalmente. Lo cual va a facilitar que los abogados se comporten de tal manera que sean tenidos como una autoridad en el campo específico en el que se desenvuelvan en su quehacer profesional. En consecuencia, el impacto psicológico que genera la reputación e imagen del despacho, gracias al saber acumulado por sus socios, les permite ser identificados como un actor con un gran conocimiento y experiencia en la gestión de

2 El nombre de *Cravath* proviene de la firma neoyorquina Cravath, Swaine & Moore, LLP, la cual fue la primera que documentó y formalizó en extenso este proceso organizacional (Cravath, Swayne & Moore, 2016).

3 La educación jurídica de los Estados Unidos y Canadá presenta una característica que la diferencia de su homóloga británica y del resto del continente europeo. Esta consiste en que es una escuela de graduados, es decir, que para acceder a las escuelas de derecho es necesario cursar un grado que brinde un título luego de cuatro años de estudio. Esto se conoce por sus siglas en inglés como BS (*bachelor of science*) o BA (*bachelor of arts*). Posteriormente, los aspirantes deberán presentar el examen de admisión a las escuelas de derecho y una vez admitidos cursar tres años de educación jurídica. Para ser admitidos en el colegio de abogados y ejercer representación judicial —derecho de postulación— deberán pasar el examen del colegio estatal correspondiente (*bar exam*).

problemas asociados a ciertos regímenes internacionales. Ese reconocimiento los vuelve visibles a los otros sujetos que participan del régimen, y dicha visibilidad es imprescindible para el éxito de este.

1.2. Consolidación y características

La cultura corporativa se entiende como el conjunto de convenciones sociales que comprende normas de comportamiento y estándares que configuran la forma como se llevan a cabo las interacciones sociales subyacentes de la firma. Los cambios en la cultura de la firma pueden afectar su estructura, lo cual es relevante en el ámbito de las firmas globales por la creciente *americanización* de estas.

En ciertos aspectos, las firmas de abogados transnacionales se asemejan a sus clientes, las compañías multinacionales. Esto se da gracias a que, como la mayor parte de multinacionales, contratan personas formadas en el lugar donde desempeñarán su función, de tal forma que se crea una clase global de trabajadores. Por tanto, se genera un espacio transnacional de trabajo en el que se mezclan abogados expatriados y locales. Es así como se define y estructura una cultura de trabajo propia de las firmas. De acuerdo con Faulconbridge, se crean unas reglas que son el marco general en el que se desenvuelve el bufete global.

En primer lugar, el ámbito de actividad de los abogados continúa siendo uno de los más regulados por normas nacionales⁴. La sociología de las profesiones ha demostrado que las estructuras nacionales tienen un peso significativo en la producción de culturas de la práctica profesional. Si bien esto lo defiende Faulconbridge, el modelo de firma estadounidense, Cravath, se intenta recrear en mayor o menor medida a lo largo del planeta. La reproducción del modelo posibilita la creación de redes y la estructura para una potencial fusión entre oficinas de abogados de diversos lugares del globo. Al mismo tiempo, una adopción contextual del modelo permite a las grandes oficinas domiciliadas en Londres expandirse a lo largo de Europa y después a la casi totalidad del planeta.

A esto se suma la mayor presencia de abogados extranjeros en las facultades de derecho de los Estados Unidos y del Reino Unido para llevar a cabo estudios de posgrado y con ello adquirir competencias propias del sistema *adversarial*, característico del *common law*. Estos estudios de posgrado se denominan master

4 En este punto es necesario aclarar que si bien las reglas son nacionales, ello no implica que la regulación sea estatal, esto es, pública. Es el caso de los Estados Unidos, donde la regulación la realizan los distintos colegios de abogados federales, que tienen la naturaleza de organización privada (Moesser y Guback, 2016).

of laws (LL M)⁵ y permiten generar una especie de cultura común entre aquellos miembros de oficinas locales que tienen clientes con negocios globales y que pueden servir de contacto en una red global de abogados o ser socios de los despachos locales candidatos para un proceso de fusión. Este tipo de abogado que adquiere una educación de posgrado en los Estados Unidos o en el Reino Unido transforma las oficinas locales, lo cual le permite brindar servicios a sus clientes, independientemente de las necesidades geográficas que estos tengan (Silver, 2007, p. 84). Finalmente, el hecho de lograr una formación de posgrado y estar expuesto a la cultura jurídica anglosajona posibilita que estos profesionales brinden a sus clientes una asesoría con un enfoque propio de dicho entorno.

En segundo lugar, la naturaleza del trabajo de las firmas jurídicas globales también se define por las especiales características que tiene la prestación de servicios jurídicos. Cuando esta se da a escala global, se particulariza por la formación de equipos de trabajo deslocalizados y temporales, que se conforman de acuerdo con las necesidades de un cliente específico y que comprenden la reunión de un grupo de expertos en el tema que se requiera abordar debido al problema en cuestión. Por ello, se crea una subcultura especializada y deslocalizada, que deja atrás la figura del abogado generalista y conduce a la del especialista o subespecialista. Esto es especialmente importante en la generación de autoridad, pues estos profesionales van a ser considerados autoridades, gracias al prestigio profesional y académico que obtienen. Si se plantea en el lenguaje de Friedman (1988, p. 222), son autoridades en el ámbito de conocimiento y de trabajo específico en el que se desempeñan, gracias al prestigio profesional y académico que han logrado. En consecuencia, construirán comunidades epistémicas que determinan la agenda y el contenido de los temas de su interés.

Por último, la naturaleza del trabajo de la firma transnacional se determina por la interacción y las necesidades de los clientes. Los abogados de estos bufetes son tenidos como los consejeros de confianza de los hombres de negocios, lo cual se da gracias a la posibilidad de generar vínculos de largo plazo entre las firmas y las compañías multinacionales. La prolongación en el tiempo de dichos vínculos genera estabilidad para los despachos de abogados, y al mismo tiempo produce incentivos para que se busquen nuevas relaciones de largo plazo con otros clientes en el ámbito global.

Un último aspecto en relación con la organización es el que se refiere al campo de acción jurídico transnacional. Según Quack (2007, p. 645), es la estructura de actores, prácticas y procesos institucionales que están involucrados en el campo de creación del derecho que regula acciones y eventos que trascienden fronteras y

5 Este estudio de posgrado tiene una duración de un año y para ser admitido es necesario ser un abogado graduado de acuerdo con las regulaciones de su Estado de origen y previo cumplimiento de los requisitos mínimos fijados por la escuela de derecho.

que se genera por actores privados. Esta lectura permite concluir que el derecho transnacional que se origina en las firmas de abogados trasciende al derecho internacional interestatal.

Las etiquetas de globalización del derecho o de derecho transnacional no están exentas de críticas. Según Quack (2007, p. 648), una parte significativa de la literatura considera que tal transnacionalización o globalización está determinada por las tradiciones jurídicas del *common law*, y, en particular, por la de Estados Unidos y la de Gran Bretaña (especialmente el derecho de Inglaterra y Gales). Esto implica que las oficinas de abogados contratarán abogados con una formación en el sistema litigioso propio de dichos ordenamientos jurídicos, lo que facilita que los nuevos empleados de las firmas se adapten fácilmente al sistema Cravath, que promueve las convocatorias para volverse socio de la firma. A esto se suma que la firma declare abiertamente su carácter de negocio y que, por tanto, su enfoque principal sea la generación de nuevos clientes que aumenten los ingresos de la organización, dejando atrás cierta idea según la cual los bufetes promueven ideales más cercanos a la promoción de la justicia en ejercicio de la profesión jurídica.

Por ello las firmas que deciden convertirse en despachos multinacionales adoptan una estructura muy diferente a la de las que permanecen de forma exclusiva en el espacio doméstico. Además, se identifica una serie de actores adicionales a las firmas, como los colegios profesionales de abogados y las redes de abogados, entre otros. Los individuos que participan en ellas desarrollan relaciones interorganizacionales y construyen redes que les permiten estructurar negocios a escala global y superar la ambigüedad del derecho transnacional (Quack, 2007, p. 650). Desde esta óptica es posible identificar tres tipos de firmas de abogados internacionales (Morgan y Quack, 2005, p. 1771). El primer tipo son las megafirmas, que cuentan con un gran volumen de negocios y están íntimamente vinculadas con el mundo financiero de Wall Street. Un segundo tipo es la gran firma europea, que se transforma especialmente a partir de una serie de fusiones y adquisiciones dentro de la industria, especialmente entre firmas británicas y alemanas. Es paradójico que estas firmas tengan más oficinas a lo largo del planeta que las megafirmas de los Estados Unidos y que su personal calificado sea mucho más diverso. Por último, un tercer tipo es la firma mediana no estadounidense. En este caso se da más un desarrollo de redes o corresponsalías y no necesariamente un crecimiento orgánico unitario.

La firma internacional en cualquiera de sus modalidades lleva a cabo soluciones transnacionales a problemas que requieren colaboración entre abogados localizados en diversos lugares y pertenecientes a distintos ordenamientos. No es necesario que todos ellos pertenezcan a las mismas firmas, pero sí que

sean especialistas en las materias necesarias para resolver el asunto concreto de un cliente.

Por su parte, las colegiaturas locales y nacionales de abogados se transmutan en entes dotados de intereses internacionales, como el Colegio Internacional de Abogados (International Bar Association [IBA], 2016), entre otros. Estas asociaciones llevan a cabo dos asuntos importantes. En primer lugar, proveen un foro en el que se sensibiliza y desarrolla el trabajo de las redes. Esto les permite llevar a cabo discusiones respecto del sentido e interpretación del derecho. En segundo lugar, realizan las negociaciones de alto nivel que definen las reglas y las normas del derecho propias de esta práctica. La IBA mantiene comités permanentes que orientan tanto a los gobiernos y a las organizaciones internacionales como a las redes en las que se define la gestión de asuntos a escala global. Su influencia se genera gracias a la experiencia y conocimiento que tienen sus miembros. En otras palabras, son autoridades en la materia que se regula. Nos estamos refiriendo por tanto a una autoridad privada. Finalmente, las redes transnacionales y los actores públicos y privados que intervienen en ellas extienden su influencia especialmente al ámbito del arbitraje internacional.

Las firmas se involucran en un activo proceso de creación y transformación del derecho, lo cual configura su posición de autoridad dentro del campo del derecho internacional. Esta actividad puede definirse, siguiendo a Quack (2007, p. 652), como un ciclo de recursos en el cual las normas son modificadas en el momento en que tienen contacto con la práctica, que genera el *input* necesario para el desarrollo de las normas. En este ciclo distintos actores participan. Se pueden identificar tres momentos: el de la innovación contractual, el de estandarización y finalmente el de normalización.

En el primero, los abogados operan como consejeros y redactores de las formas contractuales necesarias para el éxito de la operación de la que se ocupan. Para ello desarrollan una serie de tareas profesionales que comprenden la innovación legal a partir del derecho existente. Esto se da gracias a los vacíos e inconsistencias que encuentran en la legislación en un momento dado, lo cual permite generar soluciones jurídicamente innovadoras para sus clientes. Además, esta actividad se complementa con aquellos ámbitos que no se encuentran regulados o que han sido desregulados: allí los abogados de las firmas transnacionales elaboran fórmulas jurídicas novedosas de las que no existe precedente alguno. Finalmente, la innovación contractual requiere y genera la necesidad de coordinar las diferentes expectativas jurisdiccionales. Una vez se da la creación de un producto jurídico, este puede estandarizarse para reducir los costes de transacción.

Los estándares se entienden en este contexto, según Quack (2007, p. 654), como normas no vinculantes que son observadas voluntariamente por una amplia comunidad de juristas y por sus clientes. Esto no es cosa distinta al *soft law*. Para llegar a este nivel y contar con una normatividad uniforme, es necesario que las reglas se construyan dentro de las firmas y los espacios privados de interacción entre ellas, como los comités de la IBA, o de la Cámara de Comercio Internacional, o del Instituto para la Unificación del Derecho Privado Internacional (Unidroit, 2005). Posteriormente, en su condición de autoridad, el cuerpo de abogados conducirá los estándares a un nivel que estará compuesto por entes públicos o con capacidad reguladora. La movilidad interorganizacional de los abogados es la que permite la generación de este proceso de estandarización, el cual a su vez es patrocinado por los intereses comerciales de las grandes firmas para atraer nuevos clientes.

Por lo tanto, muchas firmas y sus abogados son considerados como miembros de comunidades epistémicas. En ellas los abogados aprovechan su rol como expertos y como *lobbyistas*. De esta forma, las oficinas de abogados se involucran en proyectos institucionales que en cierta forma tendrán un beneficio para sus propios intereses y los de sus clientes. Por ello estos bufetes siempre manejan una doble faceta: como emprendedores de la reforma jurídica y como representantes de los intereses de sus clientes.

En cierto sentido, este rol dual se torna difuso gracias a la multitud de actores frente a los cuales se llevan a cabo las gestiones de desarrollo y elaboración de estándares, y por tanto de derecho. Bajo diferentes modalidades, las oficinas adelantan labores de gestión tanto en el ámbito de las organizaciones internacionales como en el de grupos de naturaleza privada, o semipública⁶. De dichas actividades de gestión se desprenden desarrollos normativos que adquieren el estatus de *soft law*. Finalmente, es en los tribunales de arbitraje internacional en los que este tipo de normas adquiere su legitimidad en el entorno de los operadores jurídicos internacionales⁷.

2. MODALIDADES DE FIRMAS GLOBALES DE ABOGADOS

La literatura sobre firmas globales de abogados concentra la mayor parte de la operación de estas en el eje Nueva York-Londres. Sin embargo, a pesar de las

6 En inglés se utiliza el acrónimo *Quangos*, por *quasi-autonomous non-governmental organization*.

7 Esta es la posición dominante en los autores que se ocupan del estudio de las firmas de abogados y de la práctica jurídica internacional. El estudio canónico de la materia es el llevado a cabo por Dezalay y Garth en 2004. De manera reciente, autores como John Flood y Fabian Sosa estiman que hay una mayor inclinación a llevar a cabo una hibridación entre el *soft law*, o su variedad más conocida, la *lex mercatoria*, con los distintos derechos nacionales, dependiendo del caso en cuestión (Flood y Sosa, 2008).

características comunes de los sistemas jurídicos en los que operan, los bufetes difieren en sus características y modelos de expansión. Por una parte, los grandes despachos estadounidenses desarrollan una estrecha relación con el entorno financiero de Wall Street, lo que les conduce a limitar su expansión geográfica, pero no el alcance global de sus negocios y clientes. Por el contrario, el modelo inglés —o, mejor, londinense— se centra en la expansión geográfica impulsada por el desarrollo y ampliación del ámbito de aplicación del derecho europeo y de sus vínculos históricos con los mercados de Asia, África y Oceanía.

La estructura de la firma Cravath es la que predomina en el contexto de Estados Unidos y se exporta al resto del planeta. Este modelo, en palabras de Galanter y Palay (1999, p. 956), es el más exitoso del siglo XX, por la transformación radical que supuso en la práctica del derecho en los Estados Unidos durante dicho siglo.

De esta forma, en los últimos cien años el bufete de abogados pasó de ser una estructura de características familiares a ser una de dimensiones empresariales. Esta transformación permite que las grandes firmas produzcan un arco de servicios jurídicos amplio, continuo y de gran calidad, y al mismo tiempo sean el modelo a seguir por los demás despachos del planeta, independientemente de la tradición jurídica en la cual operen (Galanter y Palay, 1992, p. 31). Es así como otros modelos de firmas siguen en mayor o menor medida el esquema de la gran firma, la Cravath. Entre estas modalidades se encuentran la firma boutique, el despacho orientado al litigio estratégico de interés público e incluso la división jurídica de las compañías.

Se concibe así un sistema de crecimiento de las firmas en el que los nuevos vinculados, generalmente abogados que terminan sus estudios, son evaluados al cabo de cierto periodo de tiempo y si superan dicha evaluación, serán asociados a la firma. Esta dinámica garantiza el crecimiento constante del bufete, elemento que lo habilita para desarrollar nuevas operaciones, conseguir nuevos clientes y ampliar la oferta de servicios jurídicos. En tal sentido, se desarrollan distintos tipos de firmas en el panorama de la gestión jurídica global. En la literatura se encuentran dos clasificaciones: la elaborada por Galanter y Palay, más centrada en los Estados Unidos, pero exportable a otras jurisdicciones, y la propuesta por Sokol, más sensible al eje Londres-Nueva York y también abierta a otros ámbitos.

Galanter y Palay identifican siete tipos de firmas. Denominan a la primera de ellas la *última gran firma*, en la que el proceso de promoción a socios se difiere y se genera un doble concurso. Además este tipo de bufetes se ocupa de vincular lo que se denomina funcionarios *paralegales*, es decir, aquellos que no siendo juristas son especialistas en áreas de soporte a los servicios jurídicos y que requieren cierto conocimiento especializado en relación con el derecho. Así, en este tipo de firma la competencia entre socios y aspirantes a socios es mucho

más intensa, y el concurso es más agresivo y selectivo. A ello se le suma el hecho de que la competencia entre estas firmas implica el atraer a los socios del bufete rival, pues los clientes no están necesariamente vinculados al despacho, sino al socio correspondiente.

El segundo tipo es la firma que busca equipararse con las denominadas cuatro grandes firmas de auditoría contable⁸. Las grandes compañías de auditoría son organizaciones multiservicios que se han adaptado a las exigencias de la economía globalizada a través de la descentralización y la ampliación en el portafolio de servicios que ofrecen a sus clientes. En consecuencia, son estructuras corporativas que superan a las firmas globales de abogados en número de despachos, en número de profesionales, en el monto de ganancias y en la rentabilidad por socio. Previamente al colapso de Enron, las firmas contables fueron bastante agresivas en organizarse como centros de servicios profesionales multidisciplinarios, dentro de los cuales estaba la oferta de servicios jurídicos. En dicha propuesta se planteaba la creación de un departamento jurídico como un elemento más del portafolio de servicios, el cual se diseñó como una hibridación entre el modelo de las compañías de auditoría y el prototipo de la firma Cravath.

El tercer tipo es la firma multidisciplinaria, en la cual el despacho de abogados, además de los servicios jurídicos, incorpora la oferta de otro tipo de asistencia profesional, como la consultoría. En dicha modalidad la firma adopta una vía intermedia entre la gran firma de abogados y las grandes firmas de prácticas multidisciplinarias, en particular las de auditoría contable.

Estos tres tipos de firmas abarcarían la oficina generalista, en la cual el número de abogados y profesionales que están asociados o bien contratados en ellas es de tal magnitud que les permite ofrecer una cartera amplia a sus clientes. Estos bufetes dependen en mayor medida del sistema del torneo para vincular nuevos socios, sin que la plantilla disminuya, y al mismo tiempo conservan los incentivos económicos internos para que todo el personal nuevo tenga la expectativa de convertirse en socio una vez llegue el momento del concurso.

Las otras cuatro categorías que desarrollan Galanter y Palay (1991, p. 125) son de firmas mucho más especializadas, pero que en su estructura operativa reproducen el esquema de la Cravath en versión reducida. El primero de estos tipos es la firma *boutique*. Esta busca que su ventaja comparativa sea la *hiperespecialidad* que tiene en determinadas materias. Gracias a su etiquetamiento como firma

8 Estas firmas son Price Coopers, KPMG, Ernst & Young y Deloitte. Hasta el colapso de Enron se les denominaba las cinco grandes, con Arthur Andersen, la cual se disolvió como consecuencia del fraude de la compañía que auditaba, y previamente eran las seis grandes antes de la fusión de Price con Coopers (*The New York Times*, 11 de marzo de 2002). De manera reciente, estas firmas han retomado su interés por la consultoría jurídica (*The Economist*, 21 de marzo de 2015).

de élite, compite con las grandes multifyrmas por abogados de calidad y por clientes que tienen necesidades en el sector específico de su especialidad. En tal sentido, la firma *boutique* combina un tamaño relativamente pequeño con un trabajo jurídico intensivo y con una alta especialización, manteniendo el propósito expreso de mantenerse como una firma de formato reducido en cuanto al número de abogados y de socios. Al mismo tiempo, este tipo de despacho presenta un inconveniente frente a los nuevos abogados, y es que en él los socios fundadores tienden a minimizar el acceso a la condición de socio, y de aceptarlo se inclinan por conservar un mayor porcentaje de las ganancias obtenidas por la firma. Este aspecto le resta competitividad frente a la gran firma, pues reduce el incentivo de los nuevos vinculados para convertirse en socios.

La firma de compensación mixta es aquella que reduce los incentivos monetarios a cambio de una exigencia menos demandante a los abogados asociados y vinculados a ella (Galanter y Palay, 1991, p. 127). El menor nivel de exigencia se da, bien por tener un menor número de clientes por socio-abogado, o bien por contar con jornadas parciales o combinadas con otro tipo de actividad. Por tanto, en este tipo de firma la competencia interna es menor, lo cual puede traducirse en una desventaja competitiva frente a la gran firma, así ello signifique un beneficio no monetario de carácter personal para sus abogados.

Las redes de oficinas (Galanter y Palay, 1991, p. 130) son la opción que eligen las firmas más pequeñas para expandirse internacional y globalmente. En esta modalidad comparten con otras firmas clientes, formación, entrenamiento, información, servicios de administración y gestión de los bufetes, así como prácticas litigiosas y conocimiento jurídico especializado. En la red el factor importante es la coordinación y se evita la integración y fusión de las firmas.

La subcontratación es otra modalidad que presentan Galanter y Palay, la cual supone que parte del trabajo de la firma se traslada a otras que facturan a un menor costo. Esta modalidad, considerada marginal a comienzos de los noventa, tiene su momento de apogeo con la actual crisis financiera global (*The Economist*, 5 de mayo de 2011). La presencia de mercados emergentes asociados al *common law*, como el de la India, facilita el traslado del trabajo rutinario a estos centros deslocalizados de servicios jurídicos.

Por último, Galanter y Palay identifican como una modalidad de firma de abogados a los departamentos jurídicos de las compañías multinacionales. Esta modalidad no es independiente, sino que es un elemento más de la estructura de una organización empresarial. Hasta la década de los ochenta, la actividad desplegada por estos departamentos se consideraba como un simple trabajo de coordinación, en el que los abogados vinculados a esta división eran un mero canal de comunicación entre la dirección de la compañía y las grandes firmas,

que se ocupaban de las cuestiones jurídicas relevantes. Estos abogados eran generalmente aquellos que no resultaban elegidos en el concurso de la firma tipo Cravath, y que por tanto no tenían las competencias jurídicas suficientes para pertenecer a ella. La expansión de la gran compañía multinacional en la década de los ochenta significa un cambio de fortuna para los abogados que conforman estas divisiones. En consecuencia, los departamentos jurídicos de estas organizaciones se transforman y se convierten en un centro vital de toma de decisiones para la compañía correspondiente, se disponen como un bufete jurídico interno de la organización, y a partir de allí exigen un mejor servicio por parte de las firmas que han seleccionado, y son altamente selectivos en los servicios que contratan con estas. De igual forma, se da una transformación en la relación de las compañías multinacionales con las firmas globales, pues aquellas se convierten en clientes más exigentes, que buscan maximizar beneficios. Con ello, se abre la competencia entre las firmas para hacerse con los clientes que tradicionalmente han estado atados a la competencia, pues dichos clientes dejan atrás una relación paternalista y asumen una relación pragmática y utilitarista.

Con base en las categorías desarrolladas por Galanter y Palay, Sokol (2007) propone seis modalidades por medio de las cuales las firmas de abogados pueden llevar a cabo una expansión global. La presentación que elabora Sokol tiene como fundamento la forma en la cual se organiza internamente la firma. Es interesante resaltar que dicho autor advierte que la expansión global de la firma no supone necesariamente una mayor rentabilidad económica, al menos en lo atinente a las firmas estadounidenses.

El primer tipo de expansión se da bajo la estructura del denominado Círculo de Élite, que reúne a las grandes firmas de Nueva York (Sokol, 2007, p. 15). Estos bufetes tienen como clientes a la banca de Wall Street y a las grandes multinacionales estadounidenses. A pesar de que por la actividad de sus clientes su actividad es global, su expansión geográfica no lo es tanto, debido a la necesidad de mantener un alto nivel de utilidades por socio. Los costes que implicaría en un primer estadio una operación plenamente global supondrían el sacrificio de unos beneficios, que los socios no están, en el corto plazo, dispuestos a perder. La tabla 1 ofrece un panorama de estos bufetes.

Tabla 1. Círculo de Élite^a

	Número de oficinas	Número de abogados	Número de países
Latham & Watkins	31	2177	14
Baker & McKenzie	73	6045	45(2) ^a

a En Indonesia y Brasil, Baker & McKenzie opera a través de alianzas con una oficina local de tradición.

	Número de oficinas	Número de abogados	Número de países
DLA Piper	94	3756	39
Skadden	22	2363	12
Kirkland & Ellis	12	16 199	4
Jones Day	44	2562	19
Sidley Austin	20	1779	9
Morgan Lewis	29	1880	11
Hogan Lovells	51	2516	26
Norton Rose Fulbright	56	3800	30

Fuente: adaptación de *The American Lawyer* (2016) y de *The Legal Week* (2016).

La segunda modalidad es la de las alianzas, que es el trabajo de coordinación de redes y corresponsalías de diversas firmas sin llevar a cabo una fusión formal. Con esta opción se busca la expansión de los despachos, sin incurrir en los costes de abrir oficinas en el extranjero o en el proceso de fusión interfirmas. Las alianzas tienen el inconveniente de la gestión de la coordinación, que significa que los clientes encuentren el mismo nivel y estándar de servicio a lo largo del planeta. Quizá el ejemplo más significativo de este tipo de firmas es el modelo desarrollado desde los años cincuenta por Baker & McKenzie (2016), de los Estados Unidos, que adoptó un esquema similar al de las franquicias, lo que le permite tener una presencia en 45-47 estados, 73 oficinas y 6045 abogados.

El Círculo Mágico⁹ se refiere a la tercera categoría y comprende las grandes oficinas de abogados de la City de Londres. Estos despachos tienen alcance global, pero con la excepción de Clifford Chance no tienen una presencia significativa en los Estados Unidos (*The Economist*, 5 de mayo de 2011). Esto conduce a que en ocasiones su trabajo sea conjunto con el Círculo de Élite, pero no implica que se fusione su actividad con la de este. Se da una especie de red entre los dos círculos, pero esta relación es en cierto sentido asimétrica, pues no facilita el acceso al mercado jurídico estadounidense, pero sí que abre el mercado global a las firmas de dicho país. La tabla 2 presenta las firmas de este grupo en orden alfabético.

Tabla 2. Círculo Mágico

	Número de oficinas	Número de abogados	Número de países
Allen & Overy	44	2066	31
Clifford Chance	36	3400	26

9 Incluye a las siguientes firmas: Allen & Overy, Clifford Chance, Freshfields, Linklaters y Slaughter & May.

	Número de oficinas	Número de abogados	Número de países
Freshfields Bruckhaus Deringer	27	2056	17
Linklaters	29	2204	20
Slaughter & May ^a	4	515	4

Fuente: elaboración propia con base en los informes anuales de dichas compañías (Allen y Overy, 2016; Clifford Chance, 2015; Freshfields Bruckhaus Deringer, 2014; Linklaters, 2011; Slaughter & May, 2016).

Los aspirantes al Círculo de Élite conforman el cuarto tipo de firmas globales de abogados que identifica Sokol y comprenden a aquellas firmas estadounidenses que no forman parte de dicho círculo. Generalmente incluyen a grandes firmas que o bien no se originan en Nueva York, o bien siendo de esta ciudad sus relaciones con Wall Street son menos estrechas y por tanto tienen un mayor nivel de competencia para conseguir nuevos clientes. Este tipo de firmas también incorpora a las que desarrollan labores de cabildeo en Washington ante el Gobierno y el Congreso de los Estados Unidos. Es importante resaltar que quienes las contratan para esta última labor no son solamente compañías o clientes empresariales, sino también individuos y gobiernos de otros Estados. Estos bufetes tienden a expandirse más decididamente al extranjero que los del Círculo de Élite. De igual forma, pueden contener a los despachos continentales europeos, principalmente firmas alemanas y españolas cuya fortaleza es el derecho comunitario europeo y que se expanden, según las necesidades de sus clientes, a Europa del Este, Asia, Medio Oriente y América Latina.

Las firmas del quinto nivel son las oficinas estadounidenses que tienen despachos distribuidos en los Estados Unidos y con algún nivel de representación en el extranjero, debido principalmente a los intereses de sus clientes. Sokol no las menciona, pero es posible identificar en esta categoría a las firmas que se dedican a la asesoría intraeuropea. En este tipo de bufetes el grado de internacionalización es mayor, pero se regionaliza en el espacio del derecho europeo y del mercado común.

Por último, están las firmas profesionales multidisciplinarias, como las grandes compañías de auditoría contable. Estas tienen la ventaja de contar con una infraestructura global ya consolidada. Este tipo de asesoría comienza a consolidarse a partir del New Deal estadounidense y se edifica sobre la base de una estrecha relación con los negocios a los cuales las auditoras les prestan

a A diferencia de las otras firmas del “Círculo de Mágico”, Slaughter & May trabaja por medio de alianzas con otras firmas a lo largo del planeta.

servicios financieros y contables en un inicio. A diferencia del mundo de élite que representan las grandes firmas de abogados, las compañías profesionales multidisciplinarias buscan una relación más estrecha con sus clientes en el campo de los negocios de estos, pasando de ser simples auditoras a convertirse en consejeras de estrategia y de negocios (Dezalay y Garth, 2004). Estas oficinas tienen una estructura mucho más global y flexible que las grandes firmas de abogados y por tanto han implementado un departamento jurídico que busca utilizar su infraestructura y competir con el modelo Cravath, en particular con el Círculo de Élite y el Círculo Mágico. Como se indicó, el colapso de la compañía de energía Enron supuso un freno a este modelo de expansión.

En consecuencia, se identifica una serie de características que modelan la firma multinacional de abogados. La primera característica es el crecimiento constante del despacho, pues al adoptar un esquema de asociación continuo propio del modelo estadounidense, la firma garantiza que tiene el personal profesional suficiente para satisfacer las necesidades de sus usuarios, y al mismo tiempo el despacho tiene la exigencia de buscar nuevos clientes y nuevos negocios para soportar económicamente dicho crecimiento. Las condiciones económicas globales determinarán el grado de desarrollo o de freno de dicho incremento en un momento dado, pero las características propias de la economía global posibilitan la permanencia de la gran firma como un factor necesario en el desarrollo de los negocios y la definición de políticas en el ámbito global.

El crecimiento por vía de la asociación también se redefine a partir de la necesidad de expansión global. En el desarrollo de nuevos negocios las firmas identifican que es oportuno deslocalizar su actividad y desplegar su actuar a lo largo del planeta. Para ello identifican que por medio de la expansión directa, esto es, abriendo oficinas en diversos lugares, es la mejor forma de lograr la globalización del bufete. Para ello pueden optar por tres tipos de estrategia: 1) desplazar a algunos de sus asociados a los lugares a los cuales abrirán nuevos despachos; 2) contratar nuevos abogados locales, generalmente con estudios en el ámbito del *common law*, en particular con un LL M¹⁰ en los Estados Unidos, para que sean estos los que se encarguen de dar inicio a la operación en sus lugares de origen; y 3) adquirir por medio de la compra o de la fusión una firma local de prestigio, y con ello disfrutar del acceso a su portafolio de clientes y a su reputación en dicho mercado. En este proceso de acceder a nuevos mercados las firmas británicas del Círculo Mágico son más agresivas que las firmas estadounidenses, pues estas se soportan en su estrecha relación con Wall Street, lo cual en cierto modo las inhibe de expandirse más allá de ese ámbito. A pesar de que los colegios de abogados en general adoptan una postura favorable a la internacionalización de los negocios, son bastante celosos en cuanto a la

10 LL M por *master of laws* (American Bar Association, 2016).

presencia de firmas extranjeras en su propio terreno. De allí que en algunas jurisdicciones se establezcan barreras para que abogados extranjeros no presten servicios jurídicos en su territorio, como es el caso de la India o lo que pretende seguirse en Brasil (The Economist, 23 de junio de 2011).

La segunda característica supone los cambios en las relaciones con los clientes. Estos últimos han dejado atrás la relación de largo plazo con una única firma y toman una orientación fundada en costes. De esta manera se incrementa la competencia entre grandes firmas por captar los mejores clientes, lo que las lleva a ampliar la oferta de servicios jurídicos y su ámbito geográfico de trabajo. Por otra parte, ciertas compañías inducen los procesos de subcontratación de servicios jurídicos de rutina en lugares en los que sea más económica su prestación y no supongan una reducción de la calidad. A su vez los departamentos jurídicos de las grandes compañías multinacionales han crecido en tamaño y responsabilidades, y por ello se convierten en una competencia para las firmas globales, ya que al contar con un mejor equipo de trabajo, requerirán de menos servicios externos, lo que afecta la facturación de los despachos. Finalmente, muchas firmas responden a un nuevo tipo de cliente, aquel al que le interesa la gestión jurídica destinada al cambio, reforma o eliminación de regulaciones existentes.

Una tercera característica es el mayor nivel de competencia que se genera entre las oficinas globales de abogados, así como el de las relaciones de estas con los departamentos jurídicos de las compañías que asesoran, las cuales buscan obtener el mejor precio por los servicios profesionales prestados. Esta nueva configuración de la búsqueda de negocios y clientes significa un replanteamiento de la labor profesional de los abogados en el lenguaje de los negocios. Por tanto, las firmas se convierten en compañías de servicios profesionales, dejando atrás la imagen de bufetes señoriales en los que imperaba la jerarquía y la tradición.

La promoción interna de colaborador a socio es una clara manifestación de dicha característica, pues quien es promovido deberá demostrar su valía tanto en el ámbito jurídico como en la faceta de los negocios que puede desarrollar para la firma. Una consecuencia del mayor nivel de competencia es la pugna por atraer socios de otros despachos, y con ellos los clientes que tienen una relación estrecha con ellos. La remuneración de cada socio dependerá del volumen y del significado económico de los clientes y de los negocios que atraiga para la firma.

Las fusiones entre oficinas de abogados se convierten en la norma de la operación jurídica. La integración empresarial de diversos despachos se da por la necesidad de expandir sus mercados, de internacionalizarse, o de no desaparecer, y competir por ser el actor más grande del mercado. Acciones como la expansión de Clifford Chance a los Estados Unidos se dieron por esta vía, y la transformación de Freshfields Bruckhaus Deringer en una organización global, por medio de una

macrofusión de despachos en el Reino Unido, Alemania y Austria, es un claro ejemplo de ello. La división y disolución de firmas también es consecuencia de este fenómeno, que se agudiza por las fluctuaciones de las crisis económicas globales. De esta manera, las oficinas globales de abogados son más fuertes, en la medida que llevan a cabo un proceso de expansión global, pero de forma simultánea son vulnerables, pues estos procesos pueden o bien conducir a la partida de sus socios más valiosos, o bien posibilitar el incremento de conflictos internos entre los nuevos socios por la lucha del poder dentro de la firma.

Una última característica es la contratación de personal no jurídico o parajurídico. Al crecer la complejidad de la estructura organizativa de las oficinas de abogados, al convertirse en entes globales y al considerar su objeto como un negocio, es necesario desarrollar una burocracia empresarial y administrativa para el logro de dicho objetivo. Por tanto, la firma global de abogados deja de ser el espacio tradicional en el que unos profesionales ejercen una determinada vocación y se transforma en un ente empresarial, en el que prima la rentabilidad y el cumplimiento de objetivos económicos.

La firma global de abogados se caracteriza por su complejidad y adaptabilidad al entorno de la economía global. La adopción de un esquema organizativo propio de la firma Cravath estadounidense le permite asumir la defensa activa de los intereses de sus clientes en los diferentes campos en los que estos requieran sus servicios. La interconexión contemporánea en los ámbitos de la comunicación, la tecnología y el transporte posibilita su expansión a los centros financieros y de negocios a nivel global. La relación con sus clientes, su creciente globalización y la interacción interna entre sus abogados generan que las firmas se comporten como entes que gozan de autoridad derivada del saber que ostentan y aplican. Su carácter global se refleja no en la expansión geográfica de sus oficinas, sino en el actuar que dentro de diversos espacios de toma de decisiones ejercen sus abogados.

3. LAS FIRMAS DE ABOGADOS COMO MANIFESTACIÓN DE LA AUTORIDAD PRIVADA

La función del abogado de una firma global de abogados se encuadra dentro de cuatro tipos de tareas que posibilitan que en un momento dado los letrados sean considerados una autoridad. En primer lugar, el ejercicio de una abogacía creativa; en segundo lugar, desarrollar el concepto de empresario jurídico o ingeniero del derecho; en tercer lugar, posicionarse como el administrador o gerente de la incertidumbre; y, por último, en cuarto lugar, posicionarse como un gestor de los costes de transacción (Flood y Sosa, 2008, pp. 524-525).

Las oficinas globales de abogados buscan satisfacer las expectativas cognitivas de sus clientes, esto es, que el despacho esté en la capacidad de brindar soluciones a las estrategias de negocio que las compañías que los contratan quieran llevar a cabo. Por el tipo de cliente de la firma, en su mayor parte compañías multinacionales y banca internacional, las herramientas y soluciones que elaboran los despachos de abogados se deben articular en una dimensión transnacional. Por tanto, los despachos globales deben diseñar herramientas y estrategias jurídicas flexibles y adaptables a cualquier lugar del planeta, lo cual realizan por vía del desarrollo y de la administración de expectativas del orden normativo, esto es, por medio del *soft law* y de la moderna *lex mercatoria* (Flood, 2007, p. 55). El tránsito de la práctica jurídica de lo local a lo global genera un amplio espectro de incertidumbre que este tipo de firmas están dispuestas a eliminar, y para ello deben ser reconocidas como las autoridades que se encargan de dar una solución a este problema de gestión en el ámbito de lo global. Esta incertidumbre se explica por la pluralidad y lo fragmentario del sistema internacional y en particular por la normatividad aplicable a los actores no estatales. Las grandes firmas globales, gracias a su posición en la economía y en la sociedad, tienen la capacidad para forjar las estructuras jurídicas que requieran sus clientes en un contexto de globalización.

La consecuencia central de esta actividad es que para estas oficinas globales de abogados las soluciones no están en el Estado ni en el derecho estatal. Es su habilidad para diseñar salidas negociadas y contractuales lo que les permite transitar por diversas legislaciones y espacios normativos. Por tanto, el diseño de una red profesional de contactos es esencial. Estas redes se construyen a partir de la expansión directa de los despachos, de la coordinación de alianzas o de la adquisición de firmas ya consolidadas en otros Estados.

De esta forma, las firmas pretenden utilizar el *soft law* y la *lex mercatoria* como los instrumentos jurídicos más acordes con la globalización y más beneficiosos para sus clientes. En el uso que les dan a estas herramientas se revela plenamente su carácter de autoridad privada, pues proveen soluciones y desarrollan estructuras jurídicas que no requieren de la legislación nacional. La legitimidad y la validez de estos mecanismos jurídicos, propios de la globalización, se dan gracias a que emanan de la gestión de una firma de reconocido prestigio global. El cumplimiento de los postulados del *soft law* y de la *lex mercatoria* se delegará, principalmente, en instancias arbitrales internacionales en las que el Estado tiene una participación marginal¹¹.

Una de las manifestaciones del carácter de autoridad privada de las oficinas globales de abogados se da en el ámbito de la *lex mercatoria* moderna, la cual

11 La participación del Estado se reduce a la firma y ratificación de la Convención de Nueva York de 1957, sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales.

tiene una naturaleza consuetudinaria al ser un orden regulador que surge como consecuencia de necesidades mercantiles. Además, se caracteriza por su autonomía del derecho estatal y por que regula el entorno de los negocios internacionales (Goldman, 2007, p. 274). Algunos autores recientes, como Dalhusen, consideran que la *lex mercatoria* moderna tiene un ámbito más amplio, pues puede extenderse a sectores como el arbitraje y la jurisdicción, la lucha contra el fraude en los negocios y la corrupción, a cuestiones relacionadas con el derecho de la competencia, a la lucha contra el lavado de activos y a la incorporación de estándares de protección ambiental para los negocios internacionales (Goldman, 2007, p. 275). Si bien la extrapolación que postula dicho autor parece exagerada, sí que es ilustrativa, pues permite identificar la naturaleza difusa y maleable que tiene la noción de la *lex mercatoria*. Por tanto, es posible delimitar o extrapolar su alcance normativo dependiendo de los intereses de las partes, y en particular por el uso que hacen los abogados de las normas que la componen.

Por ello la *lex mercatoria* provee, desde esta perspectiva, el potencial para resolver los conflictos mercantiles internacionales. Esto se da en virtud de tres características: en primer lugar, por su carácter universal, toda vez que es un *orden* jurídico deslocalizado y adaptable a las necesidades de los operadores del comercio internacional; en segundo lugar, por la velocidad para implementar soluciones jurídicas ajustadas a los tiempos de la actividad mercantil; y, en tercer lugar, por la eficiencia que supone la reducción de los costes de transacción al obtener una respuesta ajustada a las necesidades comerciales de los clientes. Por tanto, la *lex mercatoria* moderna refleja el *ethos* del libre comercio y del liberalismo económico, propios de la economía globalizada contemporánea (Goldman, 2007, p. 278).

Se define la *lex mercatoria* moderna como el conjunto de prácticas jurídicas internacionales que incorporan un sistema normativo abierto a decisiones judiciales. Esas prácticas configurarían la confección de principios generales que se deslocalizan, esto es, que se separan del derecho nacional. La *lex mercatoria*, desde esta mirada, mantiene una relación ambivalente con el orden del derecho internacional público, pues, por una parte, pretende ser un ámbito ajeno al derecho interestatal y de aplicación a los sujetos privados en sus operaciones transnacionales, y, por la otra, se apoya en documentos, normas y regulaciones expedidos por organizaciones internacionales y contenidos —en ciertos casos— en tratados internacionales.

El diseño de contratos internacionales posibilita que la solución de conflictos se resuelva por vía arbitral. Los contratos se estructuran de tal forma que evitan la aplicación de la legislación local y remiten al arbitraje las diferencias que surjan entre las partes. El diseño de los contratos se da en las oficinas globales de abogados, principalmente, y es adecuado a las necesidades de los negocios que

llevan a cabo los clientes. De esta forma, se genera un espacio de adjudicación exógeno al Estado-nación.

El arbitraje internacional se institucionaliza principalmente a partir de las reglas que establece un ente no gubernamental de orientación empresarial, como es la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con sede en París. En el ámbito del arbitraje internacional de inversiones se complementa con el Convenio del Ciadi del Banco Mundial¹². La práctica de la CCI, así como sus guías e instrucciones, refieren constantemente a la *lex mercatoria*, con lo cual se busca que el procedimiento dentro del tribunal de arbitraje se flexibilice al máximo y se logre dar cumplimiento a los plazos establecidos por las reglas de la CCI o las fijadas por las partes en el contrato. A su vez, la tendencia de las oficinas de abogados es a seleccionar los árbitros por su afinidad con el mundo de los negocios y no necesariamente por su bagaje y tradición jurídica.

Esta tendencia conduce, según Goldman (2007, p. 288), a que la mayor parte de los árbitros elegidos provenga de las oficinas de abogados globales estadounidenses y británicas, y se deje atrás la selección de los *grandes hombres* de los que hablan Dezalay y Garth, casi todos ellos provenientes de firmas *boutiques* con una gran tradición. Este nuevo tipo de árbitros abogados, algunos con *master in business administration* (MBA), introduce en el sistema de decisión y en el proceso arbitral nuevos elementos en sus razonamientos, como aquellos provenientes de la economía o de técnicas de gestión y administración de negocios. Este nuevo perfil de árbitros es el que genera una mayor propensión a adoptar la *lex mercatoria* como el derecho regulador de los conflictos, y esta a su vez emana de actores privados que ejercen autoridad en una modalidad de la gobernanza global contemporánea. Por lo tanto, este orden jurídico predica una gran autonomía frente a los órdenes jurídicos nacionales y una tendencia a un universalismo necesario en las transacciones transfronterizas.

Es una consecuencia natural que para resolver los conflictos entre Estados y compañías multinacionales se acuda al arbitraje internacional de inversiones, como una modalidad de solución de controversias en la que confluyen los intereses universalistas de cada una de las partes: el de atraer inversionistas y el de desarrollar nuevos negocios. Además, estos arbitrajes suponen una occidentalización de la solución de controversias, la cual es preferible a un proceso ante tribunales nacionales. La aparente neutralidad de los árbitros, en su mayoría proveniente de las firmas globales de abogados, así como el acercamiento del proceso al sistema del *common law* anglosajón suponen un punto medio entre

12 Esta es una posición mayoritaria, pero no dominante. Sosa considera que no hay tal aplicación homogénea de la *lex mercatoria*, sino una hibridación entre normas nacionales, de derecho comunitario, internacionales y privadas por parte de los árbitros.

la protección al derecho de propiedad de las compañías y la preservación de la soberanía por parte del Estado.

Estos sistemas de normatividad contractual y su remisión por la misma vía al arbitraje internacional presentan, según Goldman (2007, p. 289), una paradoja propia de la autorreferencia. La paradoja consiste en que el contrato se autoasigna su propia regulación y se abstrae de legislación nacional alguna, sin embargo, si se busca invalidar el contrato desaparecería la regulación y se estaría frente a la presencia de un contrato sin ley. De manera simultánea, la cláusula que referencia al arbitraje internacional también estaría viciada. Para salir de esta paradoja, los doctrinantes internacionales asumen que la voluntad de las partes al momento de celebrar el contrato es clara y expresa para acudir al arbitraje en caso que se requiera resolver alguna diferencia, incluso la validez del contrato. En consecuencia, la expresión de voluntad manifiesta de que sea por la vía arbitral que se solucionen las controversias relativas al contrato supone un convenio autónomo e independiente del contrato que le da origen, y por ello sobrevive a cualquier circunstancia que le suceda a la validez del contrato. Una vez superado dicho obstáculo, los árbitros procederán a identificar cuál sería el orden regulatorio del contrato, esto es, el contrato mismo, un ordenamiento jurídico estatal, una hibridación o la *lex mercatoria*.

Si se mira por fuera de la argumentación de la doctrina jurídica, es posible concluir que más allá de una estructura jurídica dominante, lo que permite la validez de estas cláusulas es un fuerte sentido de *colegaje* y un espíritu de cuerpo fuerte entre la comunidad de árbitros y la de despachos de abogados. De nuevo acudiendo a Goldman, este encuentra que la validez de la cláusula arbitral y su reconocimiento en la comunidad de abogados es del 90 %, dato que se obtiene del número de laudos arbitrales que se cumplen voluntariamente por las partes y cuya validez no es controvertida por los abogados que las representan. A su vez, más del 90 % de los contratos internacionales contienen la cláusula arbitral y la casi totalidad de los acuerdos bilaterales de protección de inversiones también contienen la referencia al arbitraje como mecanismo de protección al inversionista extranjero (Goldman, 2007, p. 290). Es así como la comunidad jurídica internacional, conformada por los abogados socios de las firmas globales, y la comunidad de los negocios internacionales, conformada por las compañías multinacionales y los órganos no gubernamentales de representación de sus intereses, estiman que la validez y ejecución de la cláusula arbitral es la mejor vía para resolver sus diferencias y que ello permite superar la paradoja de la autorreferencia.

La superación de la paradoja de la autorreferencia posibilita el ejercicio de la autoridad privada, en la medida en que se está ampliando el panorama de materias que se excluyen de la órbita estatal. Por ello es posible que un amplio

margen de aquello que hace parte del derecho o de lo que es jurificable se privatice, y esto no solo limitado al contrato, sino a la regulación de diversos ámbitos temáticos. En esta actividad de privatización de la órbita jurídica es donde las firmas y las organizaciones y asociaciones de representación de los distintos agentes económicos adquieren un mayor protagonismo y ejercen una autoridad que se transforma en estructurar regulaciones y normas que se ajusten a los intereses propios de su actividad económica. Se da así una competencia por la generación de normas privadas y una reivindicación de lo que Teubner (1997, pp. 21-22) denomina el *federalismo molecular*.

Es posible identificar una comunidad que desarrolla un vínculo de unidad a partir de una historia compartida y de una perspectiva de futuro. Esta comunidad, que es la de las oficinas globales de abogados, refleja entonces un desarrollo que va a la par de la globalización económica de finales del siglo xx y que ve en ella el marco en el que se llevará a cabo su crecimiento, con el consiguiente incremento del bienestar patrimonial de los socios de dichas firmas.

Al mismo tiempo, esta comunidad identifica mecanismos como el arbitraje internacional para crear una esfera de regulación en la que se manifiesta claramente su carácter de autoridad de tipo privado. La externalización de la solución de controversias en el arbitraje internacional permite generar la sensación de independencia y neutralidad propia de los entes conformados por expertos que son autoridades en la materia. Por tanto, se percibe el arbitraje internacional —y esto es especialmente importante en el arbitraje internacional de inversiones— como un espacio políticamente objetivo, en el que se neutraliza el favoritismo del Estado y hacia el Estado. Esta neutralidad es consecuencia del ejercicio de la autoridad privada de los abogados que son designados como árbitros y que han diseminado las ventajas del arbitraje como mecanismo de solución de controversias necesario para la gobernanza global.

La combinación de estas circunstancias faculta el configurar una convicción moral respecto de las virtudes del arbitraje internacional como instrumento de adjudicación de derechos y, por tanto, estabilizador de las transacciones internacionales y de la inversión extranjera. Se convierten entonces el contrato internacional, la *lex mercatoria* y las decisiones arbitrales en fuentes de derecho que emanan de la autoridad privada. Así se forma “una *opino juris* propia del mundo de los negocios” (Goldman, 2007, p. 290).

El contrato y el arbitraje internacional pueden ser considerados como una forma privada de regulación que posibilita una gobernanza privada de asuntos tanto privados como públicos. El comercio y los abogados que gestionan sus intereses, por vía de la *lex mercatoria*, muestran una marcada reticencia a ser absorbidos por completo en la regulación pública de carácter estatal. Por el

contrario, elaboran una regulación propia que comienza a construirse desde la gobernanza intracorporativa propia de las compañías multinacionales. Estas organizaciones desarrollan un sistema interno de reglas jurídicas y de gestión administradas por la burocracia y las élites corporativas de diverso nivel. Tal regulación interna se intensifica y se torna más necesaria en la medida en que la organización se globaliza. De forma simultánea, la necesidad de generar una imagen externa favorable exige reflejar los mecanismos de gobierno corporativo al exterior de la compañía multinacional. Además, se requiere de la formalización de las transacciones comerciales intraorganización y de identificar las ventajas de tributación que se dan a lo largo del planeta. En consecuencia, se origina un cuerpo jurídico de naturaleza diversa, creado y ejecutado por los abogados tanto de los departamentos jurídicos de las organizaciones como de las grandes firmas globales de abogados.

Esta gobernanza que emana de la autoridad privada no puede existir con plena autonomía del derecho estatal. La regulación pública de finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI se caracteriza por su crecimiento. Pero este crecimiento genera engaños, pues en especial desde la década de los ochenta su objetivo es desregular y propiciar la autogestión por parte de los particulares o por medio de entes autónomos e independientes del poder legislativo y ejecutivo, y con un mínimo de control judicial. La globalización contemporánea no hace cosa diferente a intensificar este proceso y acelerar la necesidad de generar soluciones deslocalizadas, globales, flexibles y adaptables a los problemas y necesidades que trascienden al Estado-nación. Esto es apreciable en el giro semántico que va de *gobierno* a *gobernanza* (Goldman, 2007, p. 291). El incremento en la interconexión, la transnacionalidad y la intemporalidad de los problemas y materias que requieren de gestión conduce a que actores no estatales sean los encargados de identificar soluciones y administrar su implementación y ejecución. La legitimidad de los actores privados se refleja en la creciente participación de la denominada sociedad civil global en la gobernanza global, así como en la identificación de la autoridad privada en ciertos ámbitos de esta.

La gran virtud de la *lex mercatoria* reside en que este tipo de normatividad refleja las relaciones y procesos propios de una comunidad específica, que es la de los grandes operadores de comercio internacional. Estas relaciones se juridifican gracias al actuar de las grandes firmas de abogados y de los centros de promoción del comercio y del derecho mercantil internacional, como la CCI. Este tipo de situación relacional se da en un entorno que es relativamente libre de la injerencia estatal y que es universal, en el entendido de que afecta el universo de una comunidad particular, que es la de los operadores globales de comercio.

De esta forma, la *lex mercatoria* se legitima en cuanto se entiende como derecho válido para una comunidad específica, que no es otra que la comunidad del

comercio global contemporáneo, como en su momento lo fue la comunidad de mercaderes de Flandes y de la Italia del Medioevo. Además, la *lex mercatoria* pone en evidencia que el Estado, en la globalización, no es la única fuente legítima de normatividad y de autoridad. Esto se aprecia en la facultad de los particulares para elegir la legislación que regule los contratos internacionales y para definir el foro que habrá de regir las diferencias que eventualmente resulten. En la mayor parte de este tipo de relaciones no habrá necesidad de acudir a regulaciones estatales, pues la dinámica relacional de los sujetos involucrados permite generar un clima de autoconfianza y autorregulación que no es controlado por el Estado y que es seguido muy de cerca por los abogados de las grandes firmas globales. Es posible, entonces, concluir que las partes no necesitarán ninguno de los ámbitos de la autoridad del Estado en la creación, aplicación y adjudicación de normas. De allí que surja una autoridad no estatal que se considere privada en su naturaleza y que sea propia de la gobernanza y no del gobierno.

Así, la creación de un derecho particular por vía contractual que emana de la autoridad que tienen las firmas globales de abogados reclama un cierto nivel de legitimidad. Este se genera por la existencia de un orden social particular en el que no es necesario recurrir a la coerción como elemento para garantizar la ejecución de las obligaciones contraídas dentro de dicho ámbito de intercambio económico y normativo. Por eso se constituyen espacios de autorregulación en los que las firmas se erigen como una autoridad para resolver las diferencias que surjan entre los actores involucrados.

CONCLUSIÓN

La *lex mercatoria* evidencia una vía por la cual las firmas globales de abogados son una autoridad en la gestión de los asuntos globales. La organización de la actividad profesional de los abogados a través de grandes firmas les posibilita interactuar globalmente, liberarse de las ataduras propias del derecho nacional y con ello cuestionar el papel absoluto del Estado en el control de la profesión jurídica. A su vez, el Estado solicitará la asesoría de dichos despachos en aquellas materias en las que los abogados de las oficinas globales sean reconocidos como autoridad. En particular, en el momento en el que un Gobierno quiera involucrarse en la competencia por atraer inversión extranjera a su territorio, la autoridad que emana de estos despachos se torna esencial, pues gracias a su actuar es que se ha configurado el régimen internacional de inversiones.

El rol multimodal de los diversos actores de la gobernanza global contemporánea será evidente en el régimen internacional de las inversiones y, en particular, del arbitraje internacional de inversiones. Las firmas globales de abogados desempeñarán un papel fundamental en este nicho de la gobernanza global. Su actuar

como asesores y consejeros de gobiernos y de compañías multinacionales es clave para concebir el arbitraje internacional de inversiones como la vía óptima para la resolución de controversias asociadas a este tipo de actividad económica. La estructura y la operación de las oficinas globales de abogados facilitan y explican la actuación de los abogados en la gestión de este tipo de régimen y su presencia como autoridad privada en la gestión de los asuntos globales.

REFERENCIAS

- Allen & Overy (2016). *Annual Review 2016*. Recuperado de http://annualreview2016.allenoverly.com/app/uploads/2016/08/20987_AO_AR2016_160902.pdf
- American Bar Association (2016). *Post JD and Non-JD Programs*. Recuperado de http://www.americanbar.org/groups/legal_education/resources/llm-degrees_post_j_d_non_j_d.html
- Baker & Mckenzie (2016). Firm Facts. Recuperado de <http://www.bakermckenzie.com/firmfacts/>
- Brock, D., Yaffe, T. y Dembovsky, M. (2006). International Diversification and Performance: A study of global law firms. *Journal of International Management*, 12(4), 473-489.
- Clifford Chance (2015). *Annual Review 2015*. Recuperado de https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/About_us/Corporate_Responsibility/Annual-Review-2015.pdf
- Clifford Chance (2016). Our Story. Recuperado de https://www.cliffordchance.com/about_us/who_we_are_and_how_we_work/our_story.html
- Cravath, Swayne & Moore (2016). Philosophy. Recuperado de <http://www.cravath.com/systemshistory/>
- Dezalay, Y. y Garth, B. (2004). The Confrontation between the Big Five and Big Law: Turf battles and ethical debates as contests for professional credibility. *Law & Social Inquiry*, 29(4), 615-638.
- DLA Piper (2016). Facts and Figures. Recuperado de <https://www.dlapiper.com/en/latinamerica/aboutus/>
- Faulconbridge, J. (2008). Negotiating Cultures of Work in Transnational Law Firms. *Journal of Economic Geography*, 8(4) 497-517.

- Faulconbridge, J., Beaverstock, J., Muzio, D. y Taylor, P. (2007-2008). Global Law Firms and Organizational Spaces of Cross-Border Legal Work. *Northwestern Journal of International Law and Business*, 28(3), 455-488.
- Flood, J. (2001). Capital Markets: Those who can and cannot do the purest global law markets. En R. Appelbaum, W. Felstiner y V. Gessner, *Rules and Networks: The Legal culture of global business transactions*. Oxford: Hart.
- Flood, J. (2007). Lawyers as Sanctifiers. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14(1), 35-66.
- Flood, J. y Sosa, F. (2008). Lawyers, Law Firms and the Stabilization of Transnational Business. *Northwestern Journal of International Law and Business*, 28(3), 489-528.
- Friedman, M. (1988). Money and the Stock Market. *Journal of Political Economy*, 96(2), 221-245.
- Freshfields Bruckhaus Deringer (2014). Corporate Social Responsibility Report. Recuperado de <https://view.pagetiger.com/Responsible-business/rb17>
- Galanter, M. y Palay, T. (1991). *Tournament of Lawyers: The transformation of the big law firm*. Chicago: Chicago University Press.
- Galanter, M. y Palay, T. (1992). The Transformation of the Law Firm. En: R. Nelson, D. Trubecj, y R. Solomon, *Lawyers' Ideals/Lawyers' Practices* (pp. 31-62). Ithaca, NY: Cornell University Press.
- Galanter, M. y Palay, T. (1999). Large Law Firm Misery: It's the tournament, not the money. *Vanderbilt Law Review*, 52, 953-969.
- Goldman, D. (2007). *Globalization and the Western Legal Tradition*. Cambridge: Cambridge University Press.
- International Bar Association (IBA) (2016). About the IBA. Recuperado de http://www.ibanet.org/About_the_IBA/About_the_IBA.aspx
- Jones Day (2016). Our Clients. Recuperado de <http://www.jonesday.com/principlesandvalues/clientlist/>
- Latham & Watkins (2011). Annual Review. Recuperado de <http://www.lw.com/AboutUs/AnnualReview>

- Linklaters (2011). *A Collective Responsibility*. Londres: Linklaters LLP.
- Linklaters (2016). About our Business. Recuperado de <http://www.linklaters.com/WhoWeAre/AboutUs/Pages/Aboutourbusiness.aspx>
- Moeser, E. y Guback, C. (eds.). (2016). Comprehensive Guide to Bar Admissions Requirements 2016. Recuperado de: http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/misc/legal_education/ComprehensiveGuidetoBarAdmissions/2016_comp_guide.authcheckdam.pdf
- Morgan, G. y Quack, S. (2005). Institutional Legacies and Firm Dynamics: The growth and internationalization of UK and German law firms. *Organization Studies*, 26(12), 1765-1785.
- Quack, S. (2007). Legal Professionals and Transnational Law-Making: A case of distributed agency. *Organization*, 14(6), 643-666.
- Silver, C. (2007). Local Matters: Internationalizing strategies for US law firms. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 4(1), 67-93.
- Slaughter & May (2016). Key Facts and Figures. Recuperado de <http://www.slaughterandmay.com/who-we-are/key-facts-and-figures.aspx>
- Sokol, D. (2007). Globalization of Law Firms. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 14(1), 5-28.
- Teubner, G. (1997). Global Bukowina: Legal pluralism in the world society. En: G. Teubner, *Global Law Without a State*. Aldershot: Ashgate.
- The American Lawyer* (2016). *The Am Law 100 2015*. Recuperado de <http://www.americanlawyer.com/home/id=1202489912232/The-2016-Am-Law-100-Growth-Slows-for-Big-Law--?mcode=1202615710885&curindex=0>
- The Legal Week* (2016). Global 100/The American Lawyer. Recuperado de <https://www.law.com/legal-week/rankings/global-100/>
- The Economist* (2004). Home Torts from Abroad. *The Economist*, pp. 12-14. Recuperado de <https://www.economist.com/international/2012/05/26/home-thoughts-from-abroad>
- The Economist* (5 de mayo de 2011). Law Firms: A less gilded future. *The Economist*. Recuperado de <https://www.economist.com/briefing/2011/05/05/a-less-gilded-future>

The Economist (23 de junio de 2011). Keep Out: Brazilian lawyers don't want pesky foreigners poaching their clients. *The Economist*. Recuperado de <https://www.economist.com/business/2011/06/23/keep-out>

The Economist (15 de octubre de 2011). Homebodies Rule: Globalization slows profit grow for many law firms. *The Economist*. Recuperado de <https://www.economist.com/business/2011/10/15/homebodies-rule>

The Economist (21 de marzo de 2015). Attack of the Bean Counters. Lawyers Beware: The accountants are coming after your business. *The Economist*. Recuperado de <https://www.economist.com/business/2015/03/19/attack-of-the-bean-counters>

The New York Times (11 de marzo de 2002). Arthur Andersen is Said to be Near a Sale to a Rival. *The New York Times*, p. A18. Recuperado de <https://www.nytimes.com/2002/03/11/business/arthur-andersen-is-said-to-be-near-a-sale-to-a-rival.html>

Unidroit (2005). History and Overview. Recuperado de <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>

Análisis del Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, Sexuales y Reproductivos desde la perspectiva de la eficacia simbólica*

Analysis of National System of School Coexistence and Training for the exercise of human sexual and reproductive rights from the perspective of symbolic efficiency

*Leonel Esteban Martínez Castro***

Fecha de recepción: 12 de diciembre de 2016

Fecha de aceptación: 30 abril de 2017

RESUMEN

Son múltiples y complejos los tipos de violencia y de problemáticas que padecen los niños, niñas y adolescentes en la escuela, la familia y la sociedad, y que obedecen a diversas causas y tienen diferentes implicaciones. Ahora bien, algunas de esas situaciones que afectan la integridad y la formación de dicho grupo vulnerable fueron reguladas en Colombia por la Ley 1620 y su Decreto Reglamentario 1965 de 2013, cuyos niveles de incidencia han sido insuficientes hasta la fecha. En ese sentido, dicha normatividad es analizada en el presente artículo desde la perspectiva de su efectividad y, especialmente, de su eficacia simbólica, para comprender las causas reales de su inoperancia y la verdadera pretensión política tras su publicación.

Palabras clave: problemáticas, niños, adolescentes, integridad, formación, eficacia simbólica.

ABSTRACT

Are multiple and complex the types of violence and problems that affect to the children and adolescents into the school, the family and the society, which obey to various causes and has different consequences. Some of those situations that affect the integrity and the formation of this vulnerable group, were regulated in Colombia by the law 1620 and its Regulatory Decree 1965 of 2013, whose incidence levels have been insufficient to date. In that sense, this regulation is analyzed in this article from the perspective of their effectiveness and

* El presente escrito es un avance del proyecto de investigación denominado Escuela de formación ciudadana, derechos humanos y convivencia escolar, avalado y financiado por Colciencias en la modalidad Jóvenes Investigadores e Innovadores (2015-2016).

** Abogado de la Universidad del Atlántico, Investigador de los Grupos CRONOTOPÍAS e INVIUS. Autor de diversos artículos y capítulos de libro sobre teoría política, derecho e interculturalidad publicados en revistas y libros a nivel nacional e internacional. Email: leomartinezcastro@gmail.com

especially its symbolic effectiveness, to understand the real causes of their inefficiency and the real political claim after the publication of the same.

Keywords: problems, children, adolescents, integrity, formation, symbolic effectiveness.

INTRODUCCIÓN

Ante el fracaso instrumental de diferentes leyes que de modo genérico intentaron reducir los niveles de acoso escolar y de violencia sexual en el entorno de los establecimientos educativos (v. gr., Ley 115 de 1994 y Ley 1098 de 2006), entre otras problemáticas que afectan a los estudiantes, el Gobierno actual decidió promulgar la Ley 1620 de 2013 y su Decreto Reglamentario 1965 de ese mismo año, los cuales configuran el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, Sexuales y Reproductivos, asignando ciertas responsabilidades y retos a los diferentes actores que lo conforman y reafirmando un determinado número de derechos sobre dichas temáticas.

Empero, más allá de su denominación grandilocuente, resulta fundamental precisar los elementos que componen ese sistema político-jurídico, determinar la efectividad de sus disposiciones manifiestas y analizar la eficacia simbólica tras su publicación, por dos razones principales.

En primer lugar, porque nos encontramos en el momento histórico de la inminente posibilidad de que se apliquen los acuerdos de paz entre el Gobierno de Colombia y las Farc, lo cual supone desde ya una serie de tareas para el Sistema de Convivencia Escolar, no solo en lo atinente a la consolidación de una cultura de paz y reconciliación, sino también respecto al deber de formar y empoderar a los niños, niñas y adolescentes que han padecido las consecuencias del conflicto armado, así como el de brindar atención integral a sus necesidades básicas insatisfechas y restablecer sus derechos vulnerados.

En segundo término, porque es necesario determinar las probabilidades de cumplimiento de los derechos, obligaciones y metas contempladas en la Ley 1620, a sabiendas de que el propio Gobierno nacional reconoce que los recursos para financiar y concretar dicho sistema son limitados, por no decir nulos, tal como veremos en el desarrollo de este escrito. De este modo, se espera que la realidad ceda ante los propósitos normativos, no obstante su ineptitud para ser eficaces.

En ese orden de ideas, las preguntas que surgen y que se busca responder a lo largo de este escrito son las siguientes: ¿en qué medida el Sistema de Convivencia Escolar integra y visibiliza a la niñez y a la juventud marginada de nuestro país en un escenario de posacuerdo, más allá del enfoque de derechos? ¿Son suficientes los mecanismos establecidos en dicho marco normativo para resolver las necesidades insatisfechas de este grupo poblacional y restablecer sus derechos vulnerados, teniendo en cuenta los diferentes contextos y particularidades? ¿Cuáles son las políticas públicas del orden nacional que desarrollarán las disposiciones contempladas en la Ley 1620? Y, finalmente, ¿es el Sistema de

Convivencia Escolar un saludo a la bandera, una mera enunciación normativa en torno a diversas materias que habían sido reguladas previamente y que persigue otros objetivos de tipo simbólico?

Para abordar los anteriores interrogantes, en primer lugar, se hará una caracterización general del Sistema de Convivencia Escolar previamente referenciado, así como de los diferentes aspectos que abarca y de su alcance en los entornos en que se desarrollan los niños, niñas y adolescentes. Posteriormente, se estudiará la efectividad de las disposiciones prescritas en la Ley 1620 y en su Decreto Reglamentario 1965 del 2013. Y, por último, se analizará la función latente de dicha normatividad, es decir, su eficacia simbólica y su capacidad política para crear ciertas representaciones en la sociedad colombiana, lo cual nos permitirá comprender la verdadera intención de la clase dirigente tras la promulgación de la ley.

Para la realización de este artículo se empleó el método de investigación documental, lo cual supuso una serie de lecturas de documentos bibliográficos, estudios especializados y artículos de reflexión sobre el acoso escolar y otras formas de violencia que afectan a los niños, niñas y adolescentes en Colombia, así como un análisis en torno a la noción de eficacia simbólica desarrollada por el profesor Mauricio García Villegas, relacionada con los objetivos latentes del Sistema de Convivencia Escolar y sus posibilidades reales de implementación.

1. CARACTERIZACIÓN GENERAL DEL SISTEMA DE CONVIVENCIA ESCOLAR

La Ley 1620 de 2013 y su decreto reglamentario contemplan un Sistema de Convivencia Escolar, el cual abarca un conjunto de acciones y procedimientos encaminados fundamentalmente a intervenir en los siguientes aspectos: construcción de competencias ciudadanas; formación para el ejercicio de los derechos humanos, sexuales y reproductivos; mitigación del acoso escolar o *bullying* en sus diferentes manifestaciones; reducción del embarazo precoz en la adolescencia y disminución de las enfermedades de transmisión sexual.

Lo anterior está enfocado en los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a la comunidad educativa en los niveles de preescolar, básica y media, a través de la puesta en marcha de cuatro grandes procesos:

- a. La articulación de programas, actividades y mecanismos por parte de los establecimientos educativos y, en menor medida, de los diferentes actores y niveles del sistema para que fortalezcan las líneas estratégicas señaladas previamente.

- b. La implementación de las rutas de atención para la convivencia escolar, las cuales definen los procesos y protocolos que deben seguir las entidades que conforman el Sistema de Convivencia Escolar, con base en los componentes de promoción, prevención, atención y seguimiento.
- c. La actualización y ajuste de los manuales de convivencia y de los proyectos educativos institucionales según los parámetros establecidos en la Ley 1620 y su Decreto Reglamentario 1965 de 2013, incluyendo las rutas de atención integral y sus respectivos protocolos, los cuales deben actualizarse cada dos años, como resultado de las evaluaciones que se realicen en torno a su funcionamiento.
- d. La adopción del Sistema de Información Unificado, que permite el registro y seguimiento de los casos de vulneración de los derechos sexuales y reproductivos, violencia y acoso escolar que afecten a los estudiantes en los establecimientos educativos.

Además, este sistema establece una estructura tripartita de comités de convivencia escolar divididos por niveles (nacional, territorial y escolar) que a su vez están conformados por diversas instituciones del Estado y de la sociedad civil, encargadas de la coordinación de políticas, del fortalecimiento de proyectos pedagógicos y, en general, del desarrollo de las metas trazadas en la Ley 1620, las cuales fueron consignadas según las diferentes competencias y grados.

En efecto, los comités escolares de convivencia tienen una conformación y funciones distintas con respecto a los otros comités (nacional, departamental y municipal), puesto que son aquellos quienes deben conocer en primera instancia las situaciones que afecten la convivencia escolar y, por ende, son los llamados a liderar los procesos y estrategias dentro de sus correspondientes establecimientos educativos, razón por lo que estos últimos deben conformarse con ejercer un rol de acompañamiento, control y vigilancia.

De ahí que las situaciones de alto riesgo de violencia escolar o de vulneración de derechos sexuales que no se puedan resolver por las vías contempladas en el manual de convivencia de cada colegio serán trasladadas por el rector al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), a la comisaría de familia, a la personería municipal o a la Policía de Infancia y Adolescencia, según las instrucciones que emita el comité escolar y dependiendo del grado de intervención que se requiera para atender cada caso en particular.

En ese sentido, mientras que el comité nacional o los comités departamentales, distritales o municipales están conformados por el respectivo titular de la cartera de salud, el de educación, el de cultura, el de gobierno, el director del

ICBF, el personero y el Defensor del Pueblo, según corresponda —entre otros actores—, el comité escolar de convivencia está representado por el rector del establecimiento educativo, el personero estudiantil, el docente con función de orientación, el presidente del consejo de familia y demás actores establecidos en la mencionada ley.

Entre tanto, la participación de la familia, al igual que la intervención de la sociedad, en el Sistema de Convivencia Escolar referenciado se reconoce en el maco de ciertas obligaciones, dentro de las cuales se resalta el acompañamiento permanente que los padres deben brindar a sus hijos durante el proceso pedagógico que adelanta el establecimiento educativo en torno a la convivencia y la sexualidad, el aprovechamiento del tiempo libre para el desarrollo de competencias ciudadanas de los educandos, y el seguimiento y la utilización de la ruta de atención integral cuando se presente un caso de violencia comprendido en la Ley 1620, entre otros.

Paralelamente, el Sistema de Convivencia prevé alianzas estratégicas en materia de orientación escolar entre el establecimiento educativo y las instituciones de educación superior, con el fin de que los estudiantes de último semestre de psicología, psiquiatría y programas afines puedan adelantar sus prácticas en los respectivos colegios, en el área de orientación escolar.

Para finalizar esta caracterización, es importante señalar que, con la promulgación del Decreto 1965 por parte del Gobierno nacional, se estableció una disposición desproporcional de zanahoria y garrote en el Sistema de Convivencia Escolar, ya que mientras, por un lado, se promueve únicamente la participación en un foro educativo nacional de las cinco mejores propuestas de mejoramiento sobre convivencia escolar de los establecimientos educativos, a manera de reconocimiento, por el otro, se estipularon diferentes sanciones disciplinarias y amonestaciones públicas frente al retraso o incumplimiento de las funciones asignadas por la Ley 1620 a las instituciones educativas, a los docentes y a los directivos, con lo cual se exoneran de un modo sofisticado los compromisos que deben asumir el Ministerio de Educación, el Ministerio de Salud y demás entidades del orden nacional y territorial en lo que respecta a la financiación e implementación de los objetivos planteados, trasladando toda la responsabilidad a los colegios, como si los meros reconocimientos en foros contribuyeran significativamente a la aplicación del señalado sistema.

2. EL SISTEMA DE CONVIVENCIA ESCOLAR ES MÁS DE LO MISMO: ENUNCIACIÓN NORMATIVA, POCA EFECTIVIDAD

Como podemos observar, son varias las pretensiones del Sistema de Convivencia referenciado, pero no resultan novedosas. De hecho, la mayoría de estas disposiciones tienen su origen en la Ley 115 de 1994, más conocida como Ley General de Educación, así como en la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), entre otras normas.

Tanto así que en un coloquio organizado por la Universidad Eafit en 2013, el cual trató sobre la implementación de la Ley 1620, un delegado del Ministerio de Educación Nacional manifestó textualmente que dicha normatividad “no trae nada nuevo”, sino que simplemente “retoma muchas cosas que estaban absolutamente perdidas, que estaban puestas en el anaquel sin que hubiera una respuesta del sector educativo, ni tampoco de otros sectores, en esa necesaria corresponsabilidad que tiene que existir para estos propósitos” (Varela, 19 de julio de 2013).

Algunos de esos propósitos que de vieja data ha regulado el Estado colombiano han consistido en “fomentar prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación y organización ciudadana y estimular la autonomía y la responsabilidad” (Ley 115 de 1994, art. 13, lit. c); “desarrollar una sana sexualidad que promueva el conocimiento de sí mismo y la autoestima, la construcción de la identidad sexual dentro del respeto por la equidad de los sexos, la afectividad, el respeto mutuo y prepararse para una vida familiar armónica y responsable” (Ley 115 de 1994, art. 13, lit. d); “investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, las niñas y las adolescentes son víctimas, y garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus derechos vulnerados” (Ley 1098 de 2006, art. 41, num. 6º); “prevenir y atender la violencia sexual, las violencias dentro de la familia y el maltrato infantil, y promover la difusión de los derechos sexuales y reproductivos” (Ley 1098 de 2006, art. 41, num. 26); y la obligación de que los miembros de este grupo poblacional sean “protegidos contra la transmisión del VIH-sida y las infecciones de transmisión sexual” (Ley 1098 de 2006, art. 20, num. 18).

En estas circunstancias, la Ley 1620 y su decreto reglamentario constituyen un compendio normativo de diferentes situaciones que perjudican la integridad de los niños, niñas y adolescentes y deterioran la convivencia escolar. Muchas de las disposiciones que se estipularon fueron reguladas previamente, encontrándose dispersas en el ordenamiento jurídico, pero los niveles de incidencia sobre las problemáticas que pretendían resolver han sido insuficientes desde entonces, por lo que no dejaron de ser letra muerta.

Ahora bien, a la Ley 1620 se le añadieron ciertos órganos, pautas y responsabilidades que en principio plantean la posibilidad de que esta vez se esté haciendo algo diferente y, por consiguiente, el fantasma de los fracasos pasados sea descartado momentáneamente. No obstante, si bien los preceptos que contiene la norma representan ciertos avances con respecto a la actualización de los manuales de convivencia, la inclusión de las rutas de atención y la reafirmación de los derechos sexuales y reproductivos, ninguno asegura *per se* su efectividad, ni mucho menos la implementación del Sistema de Convivencia Escolar en su conjunto.

Precisamente, lo que ha quedado evidenciado durante los últimos años es que no existe en nuestro país una correspondencia entre las conductas prescritas por dicha norma y la realidad social. Así lo demuestran las cifras, las cuales no solo reflejan una situación crítica de violencia escolar en Colombia, sino que también ponen de presente un aumento significativo del maltrato infantil, de la violencia sexual, de las infecciones de transmisión sexual y del embarazo precoz con posterioridad a la entrada en vigencia de la mencionada ley, a pesar de las obligaciones y sanciones establecidas en ella.

En efecto, según un estudio realizado por la Fundación Plan, en seis departamentos del país, el 22,5 % de los menores han ejercido algún tipo de violencia y el 56,8 % se reconocen como víctimas de *bullying*. Así mismo, sobre los tipos de violencia escolar, se encuentra que en el caso de las mujeres son muy comunes las amenazas (29,5 %), mientras que en los niños lo son las agresiones físicas (40 %) (*El País*, 23 de junio de 2014).

Del mismo modo, en 2015, el ICBF informó que, hasta diciembre de ese año, acumuló 21 666 procesos de protección por maltrato infantil, casos que ocurrieron mayoritariamente dentro del hogar. De ahí que 7732 menores de edad que fueron víctimas de maltrato físico, psicológico y de negligencia se cobijaron en dichos procesos, lo cual representa un aumento de 750 casos de maltrato con respecto a 2014, cuando se registraron (6982) casos, lo cual representa un incremento del nueve por ciento (9 %) (Ávila, 4 de febrero de 2016).

Entre tanto, en Colombia, cada día 122 niños, niñas y adolescentes son víctimas de violencia sexual (*El País*, 23 de junio de 2014). Aún más: durante el año 2014, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses registró 21 115 exámenes medicolegales por presunto delito sexual, con un aumento de 376 casos en relación con el año 2013, siendo los niños y los adolescentes los más perjudicados, con el 85,08 % de los eventos reportados, según el informe *Forensis 2014: datos para la vida* (Velasco, 2014).

Tal como se reconoce en el señalado informe:

El fenómeno de la violencia sexual es una realidad que hace parte de la cotidianidad de la sociedad colombiana, está presente en la mayoría de contextos de violencia, sin importar las circunstancias... La violencia sexual es un fenómeno que estigmatiza a las víctimas, pero, adicionalmente, en algunos casos las hace invisibles para el Estado, negándoles la posibilidad de recibir justicia y la restitución de sus derechos [...]. (ibíd., p. 278)

Cabe anotar que los autores de estos crímenes siguen siendo predominantemente adultos del entorno familiar de las víctimas, esto es, padres, tíos, primos, padrastros.

En materia de embarazo precoz, nuestro país ocupa el tercer lugar en Latinoamérica, después de Venezuela y Ecuador, pero esto no constituye ningún descubrimiento, ya que es una realidad que va en aumento y obedece a múltiples causas. En consecuencia, y de acuerdo con el Departamento Nacional de Planeación, el 19,5 % de niñas y adolescentes entre las edades de los 10 y 19 años está en embarazo (Mejía, 23 de febrero del 2016). Por su parte, el ICBF afirma que una de cada cinco adolescentes entre los 15 y los 19 años es madre, lo fue o está embarazada, e incluso hay algunas zonas del país donde las cifras son considerablemente mayores, como en el Cesar, Casanare, Guaviare, Huila y Magdalena (*El Espectador*, 22 de septiembre de 2014).

En lo concerniente a las enfermedades de transmisión sexual (ETS), el Ministerio de Salud reportó un promedio anual de 98 423 casos, y 170 000 de VIH/Sida, muchos de los cuales afectan a jóvenes menores de 20 años (Ministerio de Salud, 2012), lo que pone en evidencia el desconocimiento de esta población sobre los signos, síntomas y formas de prevención de estas infecciones de transmisión sexual.

3. LA MIOPIA DE LA LEY 1620 ANTE LA REALIDAD COMPLEJA DEL CONFLICTO ARMADO

En un escenario de posacuerdo como el que se propone el Estado colombiano, la inclusión en la sociedad civil de los niños, niñas y adolescentes que participaron directamente del conflicto armado interno o de aquellos que han sido perjudicados como consecuencia de los diversos tipos de violencia supone un reto mayor en contextos complejos y de exclusión social, ya que se deben ofrecer las condiciones necesarias para garantizar el retorno y la educación de dicho grupo históricamente vulnerado, la mejora de sus condiciones de vida y el restablecimiento de sus derechos de un modo eficiente.

Ciertamente, la niñez y la juventud son las víctimas más sensibles del conflicto armado, especialmente cuando hacen parte de la población desplazada, lo cual conlleva que sufran pérdidas irreparables en cuanto a las etapas fundamentales en el proceso de crecimiento, y por ello tienen afectaciones psicosociales, sufren desnutrición y desprotección, y no cuentan con opciones para desarrollar sus capacidades, habilidades y potencialidades, ni sus posibilidades de recreación o participación. Así mismo, las niñas están expuestas a situaciones de abuso y explotación sexual, al trabajo doméstico y a la deserción escolar, en la medida en que terminan asumiendo el cuidado de los hermanos (Luna y Uribe, 2015).

En ese orden de ideas, el Sistema de Convivencia Escolar está pensado para un país que pareciera no tener la obligación política y moral de mitigar todas estas problemáticas y necesidades, ya que independientemente de las menciones que hace la Ley 1620 a la construcción de ciudadanía o de una cultura de paz, no se establecen compromisos concretos por parte del Estado para atender las penurias económicas y las diversas secuelas que padecen las víctimas menores de edad que fueron violentadas sistemáticamente durante el transcurso de la guerra. Son compromisos y medidas que requieren un criterio diferenciador y una intervención integral, dada la situación de extrema vulnerabilidad de este sector de la sociedad. Tampoco se plantean políticas públicas a mediano y largo plazo que solventen las necesidades materiales insatisfechas de este grupo poblacional, ni se establecen incentivos destinados a las entidades territoriales para lograr dichos cometidos.

Por consiguiente, el Gobierno nacional se conformó con expedir y reglamentar una norma, ignorando las dificultades y circunstancias de vulnerabilidad de millones de niños, niñas y adolescentes que han sido directamente afectados por el conflicto armado y que requieren un enfoque integral y una atención diferencial. Estas dificultades no serán resueltas ni por los establecimientos educativos, ni por las entidades territoriales, ni mucho menos por las EPS, si no se construyen políticas públicas y planes de desarrollo, por parte del Estado colombiano, en los que se promuevan medidas específicas y sostenibles para tal fin.

La Ley 1620 simplemente introduce varias muletillas retóricas sobre la eventualidad de que los diferentes actores que conforman el mencionado sistema desarrollen programas, proyectos y estrategias sobre los objetivos planteados. Sin embargo, al momento de designar competencias y responsabilidades, se establece una mayor carga a los establecimientos educativos, a los docentes y a los directivos, tal como vimos en el punto anterior.

En cuanto a las entidades territoriales, esta normatividad reafirma lo que ya existe, es decir, que estas pueden modificar o eventualmente incrementar los docentes orientadores con cargo al Sistema General de Participaciones, siempre y cuando cumplan con los procedimientos y requisitos burocráticos señalados para tal fin, lo cual depende ineludiblemente del aumento de las matrículas de los establecimientos educativos estatales, entre otras condiciones taxativas, por lo que no se promueve ningún incremento real de pedagogos especialistas en orientación escolar, ya que simplemente se consagra el mismo número del que venían disponiendo los establecimientos educativos antes de la entrada en vigencia de la señalada ley, con la posibilidad de agregar ciertos estudiantes de profesiones afines en la modalidad de prácticas, lo cual no garantiza absolutamente nada en las materias referenciadas anteriormente.

Ahora bien, podrá decirse que en la Ley 1620 se estipuló que dichos entes territoriales pueden disponer de su presupuesto y gestionar alianzas público-privadas o interadministrativas para lograr sus cometidos, pero cuando analizamos en detalle lo que ello significa, sabemos muy bien que esta es la típica excusa con la que en nuestro país los gobiernos de turno se desentienden de sus funciones.

Como si no fuera suficiente esa distancia entre la norma y la realidad, la ley señalada no estipula una financiación real por parte del Gobierno nacional, del Ministerio de Educación o de los demás ministerios intervinientes, así como tampoco asigna un porcentaje del presupuesto para cumplir con las finalidades planteadas expresamente. De hecho, en el coloquio sobre la puesta en marcha de esa norma, el mismo delegado del Ministerio de Educación mencionado previamente, ante las preguntas ¿cuánto cuesta la implementación de dicha ley? y ¿está previsto dotar a las escuelas de nuevos recursos para cumplir con los objetivos trazados?, reconoció:

En la construcción de un marco legislativo, lo último que se piensa es en los recursos, en cómo esto va a tener un impacto fiscal para el funcionamiento de los establecimientos educativos y para el sector educativo en general. Evidentemente el Ministerio, frente a este tema, ha puesto un especial acento en lo que tiene que ver con la ampliación de la planta de los docentes orientadores. Si ustedes preguntan a cualquier persona en el Ministerio si ¿eso es suficiente?, si ¿eso es lo que va a ayudarnos a solucionar esto?, y, si ¿esos son todos los recursos que necesitaría esta ley para entrar en funcionamiento, para responder a los retos y responsabilidades que plantea? la respuesta es definitivamente no... En nuestro país la política de educación de calidad tiene un lado muy débil, es el tema del financiamiento: ¿cómo esto se apalanca con unos recursos que realmente lleguen al nivel del establecimiento educativo? [...]. (Varela, 19 de julio de 2013)

Y para concluir este punto, añadió: “Esta ley lo que nos va a permitir, con miras a un próximo gobierno, es cómo ponerle las herramientas y recursos que necesita el establecimiento educativo para estos desarrollos” (Varela, 19 de julio de 2013).

En síntesis, no ha habido mayor impacto de la normatividad que conforma el Sistema de Convivencia Escolar, en la medida en que los resultados obtenidos hasta el momento han sido escasos, lo cual desde un análisis de la efectividad instrumental sería atribuible a la enorme disparidad entre el contenido de la ley y la complejidad de la realidad social, o a la monumental desfinanciación para poner en marcha dicho sistema. Sin embargo, si analizamos la función latente de la Ley 1620 a través del estudio de su eficacia simbólica, podemos desentrañar la causa real de su inoperancia, así como el verdadero propósito que hay detrás de la promulgación de dicha norma, tal como se explicará a continuación.

4. LA EFICACIA SIMBÓLICA DE LA LEY 1620 DE 2013

Todo lo señalado anteriormente pone de presente que la intención perseguida con la expedición de la Ley 1620 no se encuentra en su contenido literal y ni siquiera se puede hallar en las discusiones que le dieron origen, por lo que debemos acudir al concepto de eficacia simbólica, desarrollado por Mauricio García Villegas, para entender la función del derecho en este caso, la cual va más allá de su carácter instrumental.

Dos ejemplos permitirán aproximarnos al concepto de eficacia simbólica: el primero se refiere al reconocimiento del poder de la curación del chamán, cuya credibilidad colectiva no solamente es importante para el éxito de su operación curativa, sino que la curación misma únicamente se explica por la existencia de tal reconocimiento. El segundo tiene que ver con las ceremonias indígenas de la lluvia o de la fertilidad, las cuales no producen lluvia ni aumentan los nacimientos, pero tienen la función latente, no declarada, de ofrecer una expresión colectiva a sentimientos que son fundamentales para la identidad del grupo (García, 1993).

De este modo, sabemos que en el derecho existe un tipo de eficacia que se vale de los mismos mecanismos simbólicos que le permiten al chamán tener éxito en sus operaciones curativas y que resultan funcionales en las ceremonias realizadas por los grupos indígenas. A partir de un discurso en particular, se crea una mediación psicológica, un poder retórico, en el que la falta de correspondencia con la realidad objetiva no tiene mayor relevancia. Lo importante es que la norma, al igual que la recitación chamánica y el ritual indígena, sea conocida y aceptada por los receptores. Es decir, la forma mítica prevalece sobre la veracidad del relato (García, 1993).

Tal como señala el profesor García Villegas

Si se analiza el derecho como un discurso que se aplica en un espacio en el cual tienen lugar múltiples relaciones de poder, de las cuales él mismo hace parte, se puede ver cómo muchas de las decisiones que se toman dentro de una comunidad jurídica responden a un juego inteligente en aras del fortalecimiento de ciertos intereses y en el que se combina la más benéfica relación entre textos eficaces e ineficaces, sin que ello pueda ser explicado con base en la dificultad de las materias tratadas o en la ineptitud de los aplicadores. (1993, p. 80)

Por esa razón, la incidencia de las normas no está restringida exclusivamente a las posibilidades de concretar o no los objetivos explícitamente trazados, sino que también tiene que ver con las representaciones colectivas que los textos jurídicos logran infundir en la sociedad. De hecho, existen muchas normas con una débil eficacia instrumental, pero con una función política determinante que no se desprende de la lectura del texto.

En ese sentido, afirma García Villegas:

El derecho, como todo discurso, actúa en un campo de producción simbólica. En la realidad social se constata cómo los enunciados jurídicos no se limitan a comunicar una información sobre el deber ser social. El derecho, como todo lenguaje, sirve para hacer cosas diferentes de las que él mismo dice querer hacer. El derecho ordena, forma e informa no solamente a través del sentido explícito de sus textos y ritos, sino también a través de su misma producción y de su propio consumo... La fuerza del derecho se encuentra en su carácter de discurso legal y discurso legítimo, en su capacidad para crear representaciones de las cuales se derive un respaldo político; en su aptitud para movilizar a los individuos en beneficio de una idea o una imagen, con independencia de la evaluación de veracidad o de efectividad que pueda hacerse de la correspondencia de dicha idea o imagen con la realidad. (García, 1993, pp. 85-86)

Teniendo en cuenta esta perspectiva analítica, resulta posible enmarcar la eficacia simbólica de la Ley 1620 en el modelo de eficacia enunciativa desarrollado por este autor, en la medida en que los objetivos instrumentales y las conductas prescritas en dicha norma no logran aplicarse ni traducirse en la realidad de nuestro país. No obstante, con el solo acto de promulgación, el poder político que actúa en su nombre y que se encuentra en una crisis de legitimidad busca sacar el mayor provecho coyuntural de la existencia del texto jurídico, válido e ineficaz a la vez.

Precisamente, el profesor García Villegas explica un subtipo de la eficacia enunciativa con el que se puede comprender la apropiación política del fenómeno jurídico de la promulgación, para obtener los beneficios de la eficacia simbólica que trae la publicación de ciertas leyes. A este subtipo lo denomina el autor *eficacia performativa*:

En el ordenamiento jurídico existen normas que son creadas con el único objetivo de ser promulgadas, de ser enunciadas, y no con el de ser aplicadas. El poder del derecho es el poder de decir el derecho [...]. En estos casos, la promulgación de las normas, más que un instrumento para comunicar una decisión proveniente del poder, se convierte en un poder que se ejerce con la sola promulgación. El poder del espectáculo que comunica nuevas formas hay que buscarlo en lo espectacular de este poder y no en el contenido de las nuevas normas [...]. La promulgación sirve entonces de canal de comunicación entre un sistema social productor de demandas y un sistema político llamado a dar respuesta a estas demandas. Así la norma se convierte en una respuesta política, derivada del orden “hacer creer”, y no del orden del “hacer hacer”, tal como se pretende desde un punto de vista dogmático-jurídico. (1993, p.85)

Por lo tanto, la verdadera pretensión de la Ley 1620 es la obtención de legitimidad por parte de la clase dominante, a través de los beneficios puramente simbólicos que genera su promulgación. De modo que el desconocimiento y el grado de complejidad de los asuntos que busca regular, la falta de recursos que requiere su implementación o la exigüidad de los elementos establecidos para su ejecución no constituyen las causas del fracaso instrumental del Sistema de Convivencia Escolar, sino que su inaplicación es un resultado previsto desde su misma iniciativa.

De este modo, la promesa de que en el futuro algún gobernante asignará los recursos necesarios para la puesta en marcha de esta ley se convierte en una muletilla retórica que contribuye a la estrategia de la eficacia simbólica utilizada por el Gobierno, que de momento sirve para satisfacer las expectativas de los ciudadanos en espera de su eventual implementación, pero cuyos beneficios simbólicos finalmente se terminaran socavando en la conciencia de estos al término de un periodo prolongado de tiempo, en el que muy seguramente los objetivos prescritos no se habrán alcanzado.

Parfraseando a García Villegas (1993), el asunto no es que la Ley 1620 choque con una realidad que se resiste al cambio y por eso resulta ineficaz; es más bien que la realidad no cambia porque choca con la pretensión latente de la norma, la cual persigue por sí misma la ineficacia.

CONCLUSIONES

El balance sobre la implementación de la Ley 1620 de 2013 y su decreto reglamentario refleja una falta de concreción de sus objetivos manifiestos, puesto que en los últimos años han aumentado en nuestro país los casos de violencia sexual, embarazo precoz, acoso escolar y transmisión de ETS. Ahora bien, lo anterior no puede atribuirse únicamente a la complejidad de los asuntos que se pretenden regular o a la falta de aplicación de los mecanismos y disposiciones establecidos en el Sistema de Convivencia Escolar por parte del Estado y los diferentes actores que lo conforman, ya que su ineffectividad solo puede ser entendida a partir de la noción de eficacia simbólica, es decir, de analizar la verdadera pretensión de la clase dirigente al momento de promulgar la norma y los efectos políticos que trajo consigo su expedición, más allá de su carácter instrumental.

En efecto, frente a las múltiples dificultades que padecen los millones de niños, niñas y adolescentes en Colombia vulnerados por el conflicto armado, dada la gravedad y notoriedad de las problemáticas que afectan su integridad —las cuales no se reducen a las materias que delimita la mencionada ley—, y ante la crisis de legitimidad del poder político dominante, el Gobierno actual creó una normatividad, adornada de muletillas retóricas, cuya finalidad no es propiamente la puesta en marcha de sus postulados literales, sino la configuración de ciertas representaciones colectivas en la sociedad colombiana que hacen creer que algo se está haciendo para contrarrestar determinados flagelos que perjudican a los niños, niñas y adolescentes, pero que en la práctica no aporta ninguna solución significativa a las necesidades insatisfechas ni a la formación humana, ni mucho menos a la convivencia escolar de aquellos.

Por consiguiente, en este escenario, la función del Gobierno nacional consiste en satisfacer momentáneamente las demandas y reclamos provenientes de algunos grupos de la sociedad civil en torno a determinadas situaciones delicadas que se presentan en el entorno escolar, en el cual la aplicación de los propósitos establecidos en la referenciada ley depende de la estrategia deliberadamente empleada con su promulgación, la cual previó su ineffectividad desde su misma expedición.

REFERENCIAS

Ávila, C. (2016). Cada día, 171 mujeres son víctimas de maltrato intrafamiliar. *El Tiempo*. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/casos-de-maltrato-familiar-en-colombia/16499862>

- El Espectador* (2014). Alarmantes cifras de embarazo adolescente en Colombia. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/salud/alarmanentes-cifras-de-embarazo-adolescente-colombia-articulo-518121>
- El País* (2014). Acoso escolar afecta a 77,5 % de los estudiantes colombianos. *El País*. Recuperado de <http://www.elpais.com.co/elpais/california/noticias/acoso-escolar-afecta-775-estudiantes-colombianos>
- García Villegas, M. (1993). *La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Luna, G. y Uribe, F. (2015). *Niñas y niños: determinantes en la construcción de la paz territorial, estable y duradera*. Bogotá: Editorial Fundación Plan.
- Mejía, J. (2016). La realidad de los embarazos tempranos en Colombia. *Revista Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/jazmin-mejia-la-realidad-de-los-embarazos-tempranos-en-colombia/462625>
- Ministerio de Educación Nacional (15 de marzo de 2013). Ley 1620 de 2013: por la cual se crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el ejercicio de los derechos humanos, la educación para la sexualidad y la prevención y mitigación de la violencia escolar. *DO*: 48.733.
- Ministerio de Educación Nacional (11 de septiembre de 2013). Decreto 1965 de 2013: por el cual se reglamenta la Ley 1620 de 2013, que crea el Sistema Nacional de Convivencia Escolar y Formación para el Ejercicio de los Derechos Humanos, la Educación para la Sexualidad y la Prevención y Mitigación de la Violencia Escolar. Recuperado de https://www.mineducacion.gov.co/1621/articles-328630_archivo_pdf_Decreto_1965.pdf
- Ministerio de Salud (2012). *Situación de las infecciones de transmisión sexual diferentes al VIH. Colombia 2009-2011*. Recuperado de https://www.minsalud.gov.co/salud/Documents/observatorio_vih/documentos/monitoreo_evaluacion/1_vigilancia_salud_publica/a_situacion_epidimiologica/SITUACION%20DE%20LAS%20INFECCIONES%20DE%20TRANSMISION1.pdf
- Varela, S. (19 de julio del 2013). *Coloquio Principales Retos de la Implementación de la Ley 1620, Ley de Convivencia Escolar* [archivo de video]. Recuperado de <http://envivo.eafit.edu.co/EnvivoEafit/?p=2415>
- Velasco, V. (2014). Exámenes medicolegales por presunto delito sexual. Colombia. En *Forensis, datos para la vida*. Bogotá: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Comienzos de la enseñanza de la administración pública en Colombia, 1826

Beginning of the teaching of the public administration in Colombia, 1826

*Miguel Malagón Pinzón**

Fecha de recepción: 28 agosto de 2018

Fecha de aceptación: 30 de marzo de 2018

RESUMEN

En este artículo se va a hacer el estudio de cómo comenzó en Colombia la enseñanza de la ciencia administrativa, quiénes fueron sus primeros profesores, y las universidades que primero la implementaron. También se mirarán los primeros planes de los estudios jurídicos de otros países latinoamericanos, como Brasil, México y Chile.

Palabras clave: ciencia administrativa, Santander, Bonnín.

ABSTRACT

This article will study the rise of Public Administration as a discipline in Colombia, which were its first professors in the country and what were the first universities that taught it as part of their curriculum. The article will analyse the Colombian case comparatively with the Brazilian and Chilean histories of Public Administration teaching.

Keywords: public administration, Santander, Bonnín.

* Abogado de la Universidad del Rosario, doctor en Ciencia Política y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid, profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: ma.malagon160@uniandes.edu.co

INTRODUCCIÓN

En Colombia se creó primero la cátedra de administración pública en 1826, y posteriormente la de derecho administrativo, en 1842. Fue Florentino González el padre de la ciencia de la administración en Iberoamérica, mientras que Mariano Ospina Rodríguez y Juan de Dios Aránzazu, los creadores del derecho de la administración en nuestro país.

Estas dos situaciones son ignoradas por la doctrina colombiana del derecho administrativo, lo que ha ocasionado que el estudio de estas disciplinas jurídicas se haga desde el siglo XX. Y esto no solo es un problema de medición, sino de identidad, porque pasa inadvertida cómo fue la implantación de la administración pública en nuestro territorio y quiénes fueron sus primeros maestros.

Como veremos en este artículo, fue de la mano del general Santander que llegó la ciencia administrativa, y se planteó siguiendo la enseñanza de autores franceses, como Bonnín y Portiez de L'Oise, que también han sido ignorados por la dogmática nacional.

Además, observaremos la implantación del plan general de estudios santandereano en la Gran Colombia, con la creación de las primeras universidades, y también la organización y los primeros profesores de la ciencia administrativa.

Por último, examinaremos otros planes de estudio de América Latina, como los de Brasil, México y Chile, para hacer un comparativo con el nuestro, y poder mostrar la superioridad colombiana en materia de las disciplinas de la administración pública.

1. EL PLAN DE ESTUDIOS DE 1826 Y SU IMPLEMENTACIÓN

1.1. Bonnín y la administración pública

En Colombia se empezó a enseñar la administración pública con el derrotero francés, siguiendo la huella de Carlos Juan Bonnín. Este autor nació en París el 4 de octubre de 1772. Probablemente el origen del apellido es judío chuetá de Mallorca, islas Baleares, en donde era bastante común. Al consultar una Real Cédula de Carlos III de 1786, se puede leer:

Por la que se declaran a los individuos vulgarmente llamados de la Calle, de la ciudad de Palma del reino de Mallorca, aptos para el servicio de mar y tierra en el ejército y armada real y para otro cualquier servicio del Estado

en la forma que se previene [...]. Que en doce de Febrero de mil setecientos setenta y tres, ocurrieron á mi real persona, Juan Bonnin, Tomás Aguiló, Tomás Cortés, Francisco Forteza, Bernardo Aguiló y Domingo Cortés; diputados de los demás individuos llamados vulgarmente de la Calle, de estirpe hebráica, de la expresada ciudad de Palma, esponiendo la paciencia y tolerancia con que sufrían su exclusión, casi total, de las clases, empleos, honores y comodidades de que debía participar cualquier vasallo natural y de buenas costumbres, en los dos estados eclesiástico y secular, experimentando al mismo tiempo las contribuciones, servicios, establecimientos y demás cargas públicas, y consiguiendo en su recompensa el que el vulgo los distinguiese con el vergonzoso apodo de chuetas, alusivo á su origen [...]. Que acosados de extranjeros rigores habían tomado asilo en Mallorca, y domiciliados en ella, abrazaron la fe católica desde el año de mil cuatrocientos treinta y cinco [...]. Y para acreditar sus honrados procedimientos, y las pruebas que habían dado de su lealtad, obediencia, religión y servicios públicos, acompañaron á esta súplica un testimonio con inserción de varias certificaciones de los curas párrocos, prelados de comunidades religiosas, y otros sujetos, suplicándome en atención, a ello y a otras causas y motivos que manifestaron, me dignase declarar que los expresados Juan Bonnin y consortes eran en todo iguales a los demás vasallos honrados; y hombres buenos de estos dominios [...]. He tenido á bien resolver y mandar, que á los individuos del barrio de la Calle; no sólo no se les impida habitar en cualquiera otro sitio de la ciudad de Palma, ó isla de Mallorca, sino que se les incline, favorezca y conceda toda protección para que así lo ejecuten derribándose cualquier arco, puerta ú otra señal que los haya distinguido de lo restante del pueblo, de modo que no quede vestigio alguno: Que se prohíba insultar y maltratar á dichos individuos, ni llamarlos con voces odiosas y de menosprecio, y mucho menos, judíos o hebreos y chuetas [...]. (Porcel, 1977, pp. 127-128) (destacado fuera del texto)

La expresión chueta es una “derivación de xuetó, palabra que probablemente viene de juetó, y que significa cristiano mallorquín descendiente de judíos conversos, relapsos y vueltos a convertir al catolicismo” (Porcel, 1977, p. 62).

En Mallorca existen quince apellidos que son considerados como chuetas, sin ningún asomo de duda: “Aguiló; Bonnin; Cortés; Forteza; Fuster; Martí; Miró; Piña; Pomar; Segura; Tarongí; Valentí; Valleriola; y Valls” (Porcel, 1977, p. 62).

Esta Real Cédula hace referencia a la prohibición de tener algún distintivo “en sus hogares, ya fuere en el arco ó en la puerta, o de llevar alguna señal en el cuerpo”. Es importante mencionar que estos chuetas mallorquines tenían la obligación de portar en el pecho un círculo rojo y amarillo, y el que no lo llevara

“era rápidamente despojado de su ropa, que se repartía entre el denunciante y su majestad el rey” (Porcel, 1977, p. 11).

Con esta breve descripción, hay que mencionar que la familia de Bonnin muy seguramente venía de las Islas Baleares, y que huyó a Francia por el racismo que padecían en España.

Bonnin estudió en el Colegio de las Cuatro Naciones. Fue empleado departamental del Sena, y se desconoce la fecha y el sitio de su muerte (Guerrero, 2004, p. 23).

En 1808 escribió su obra fundamental, *Los principios de administración pública*, la cual tuvo una gran difusión, pues llegó a Thomas Jefferson, en los Estados Unidos de América. Bonnin le escribió a este presidente diciéndole que:

Los que cultivan los conocimientos humanos todos son ciudadanos; a este título os dirijo, por conducto del ministro de vuestros estados en Francia, mi obra sobre administración. Aunque existe sin duda una gran diferencia entre la administración de vuestras repúblicas y la de Francia, no es menos cierto que hay principios primitivos de doctrina, principios fundamentales y reglas generales y universales que son comunes a la legislación de todos los pueblos, porque son elementos de todas las legislaciones, y los pueblos reflexivos e ilustrados no los pueden ignorar. Son estas reglas y principios la base de mi libro. (Citado por Guerrero, 2004, p. 24)

Además, su libro tuvo mucho influjo en Alemania, España, Portugal, Italia, Brasil, Colombia y Panamá (Guerrero, 2004, p. 25).

A Bonnin se le debe la primera definición de administración pública, ya que fue él quien, por vez primera, y modernamente hablando, entendió que los asuntos públicos son tan complicados que precisan de dos direcciones distintas. La primera hace referencia “al conjunto de administraciones especiales que dirigen ramas especializadas, como son los impuestos o los bosques”. El otro tipo, que es el principal porque constituye una definición primigenia, tiene un carácter general y propiamente se trata de “la administración pública, es decir, la que tiene la dirección de los asuntos comunes respecto del ciudadano como miembro del Estado” (Guerrero Orozco, 2015, p. 15).

Acto seguido, nuestro autor judeo-francés se puso en marcha para crear el objeto de la ciencia de la administración pública. El profesor mexicano Omar Guerrero, autoridad mundial en este doctrinante, citándolo, comenta que:

Bonnin, proclama que “ha llegado el momento de crear la ciencia de administración” porque los espíritus están más abiertos a apreciar sus

ventajas y beneficios. Por consiguiente, la ciencia de administración aspira a trascender en el tiempo y el espacio, y establecer principios universales, pues los nuevos tiempos tienden a derramarse por toda Europa y América donde la Revolución Francesa tenía adeptos. Ante hechos tan móviles y mutantes, los principios de la administración pública deben ser fijados, estar apoyados en leyes positivas, y ser sumisos a una marcha uniforme e invariable. (Guerrero Orozco, 2015, p. 16)

El autor galo trató la administración como una ciencia, y afirmó que reposaba sobre cuatro principios básicos, que eran:

- Que la administración nació con la asociación o comunidad.
- Que la conservación de esta es el principio de la administración.
- Que la administración es el gobierno de la comunidad.
- Que la acción social es su carácter, y su atribución la ejecución de las leyes de interés general (Guerrero Orozco, 2015, p. 17).

Estos principios son universales, pues su aplicación es indiferente de cualquier sistema administrativo. Siguiendo a Guerrero, tenemos que “Bonnin formuló una profecía que se realizó plenamente: ‘llegará un día en el que se demostrará esta verdad y se disminuirá todo el mérito de mi obra, pero yo habré indicado la senda que otros podrán rectificar y embellecer’” (Guerrero Orozco, 2015, p. 18).

Veamos ahora la concepción de la moral en la administración. Esta equivale a la administración interna de un Estado, pues un administrador se ocupaba de:

La conservación física de los hombres, como de todo lo que pueda dirigir al gobierno en la distribución de socorros y recompensas, y contribuir a los progresos de la agricultura, industria y comercio, debe además del conocimiento de las leyes, tener algunas nociones de higiene pública; pues de allí deduce la administración los medios preservativos de conservación de los individuos en general, como la higiene doméstica enseña el modo de conservarse un individuo particular. (Bonnin, 2004, p. 356)

Nuestro autor hace mucho énfasis en el tópico de la higiene pública:

Así puede hacerse obligatorio para el administrador lo que prescribe la higiene pública sobre las aguas, las estaciones, el régimen, el género de los trabajos y las hábitos; porque cualesquiera que sean las causas físicas fuera del alcance del hombre, pueden sin embargo corregirse los vicios hasta

cierto punto. Si no pudiera, por ejemplo, conservar la serenidad del aire, en cuyo estado es más saludable, y en que las fuerzas vitales se aumentan, y los vegetales son entonces más sabrosos, podrá al menos corregir el aire viciado que se respira en los lugares de reunión; porque al paso que la respiración es necesaria para los seres animados, es peligrosa cuando por ella se absorben las exhalaciones más o menos dañosas. (Bonnin, 2004, p. 356)

Sin lugar a dudas Bonnin era un doctrinante con mucha visión futurista, pues se anticipó a varias situaciones que hoy son cotidianas dentro de las modernas tareas administrativas, entre ellas el cuidado del aire:

La atmósfera es un receptáculo inmenso de todas las emanaciones, y los meteoros eléctricos causan así las epidemias. Debe pues el administrador tomar medidas sanitarias para que el aire no sea ni demasiado pesado ni demasiado ligero, y particularmente húmedo, que es tan insalubre y nocivo a los animales y vegetales. (Bonnin, 2004, p. 356)

Este escritor llegó a nuestro país en 1822, pues en esta fecha se publicó en la *Gaceta de la Nueva Granada* una nota que mencionaba la recepción en nuestro país de la obra de Bonnin, titulada *Doctrina social o principios universales de las leyes y sus relaciones de pueblo a pueblo, deducidas de los derechos del hombre y de los del género humano*. El autor le envió dos ejemplares al Libertador (Gaitán Bohórquez, 2002, p. 96).

1.2. La reforma educativa santandereana

En este mismo año de 1822 el general Santander daría inicio a su proyecto educativo, pues con el apoyo del secretario del Interior, José Manuel Restrepo, fundó varios colegios por toda la geografía nacional, en algunos de los cuales se impartiría la carrera de Jurisprudencia:

Por decreto de 17 de mayo de 1822 fundó el colegio de Boyacá en Tunja, al mes siguiente la Escuela Náutica de Cartagena. Además, el 9 de octubre de 1822 [...] expidió el decreto por medio del cual se creó en Medellín un Instituto, el Colegio de Antioquia, el cual se transformaría en 1871, en la Universidad de Antioquia. El 21 de diciembre de ese año, en homenaje a Bolívar, fundó el Colegio de San Simón con sede en Ibagué.

[...] El año siguiente, el 29 de enero de 1823, fundó en Cali, el Colegio de Santa Librada, en conmemoración del día en que se lanzó el primer grito de independencia, en la antigua Nueva Granada. El 6 de marzo estableció

un Seminario o casa de educación en Pamplona [...] (Moreno de Ángel, 1989, p. 322)

Posteriormente, Santander continuó con su reforma educativa y promulgó en 1826 un plan de estudios para la Gran Colombia. Este cubría los actuales países de Colombia, Venezuela, Ecuador y Panamá.

En el plan se determinó que “En las capitales de los departamentos de Cundinamarca, Venezuela y Ecuador se establecerán universidades centrales que abrasen con más estensión la enseñanza de la ciencias y artes” (*Ley y reglamentos orgánicos de la enseñanza pública en Colombia, 1826, p. 12*), las cuales debían impartir la enseñanza de literatura, filosofía, jurisprudencia (*Ley y reglamentos orgánicos de la enseñanza pública en Colombia, 1826, art. 33, p. 9*) y medicina (*Ley y reglamentos orgánicos de la enseñanza pública en Colombia, 1826, art. 46, p. 12*).

La primera de estas universidades centrales en establecerse fue la de Bogotá, que se inauguró el 25 de diciembre de 1826. Su primer rector fue el doctor Fernando Caicedo y Flórez, quien ya había sido rector del Colegio Mayor del Rosario y quien más adelante sería arzobispo de Bogotá (Moreno de Ángel, 1989, p. 327).

Santander, como buen liberal, decidió que esta institución funcionara con la infraestructura del Colegio Mayor de San Bartolomé, que era de los jesuitas, quienes habían sido expulsados por el rey Carlos III, y del Colegio Mayor del Rosario, que no pertenecía a ninguna orden religiosa, sino que era manejado por el clero seglar. Veámoslo:

Se aplicarán para el uso de la universidad los edificios siguientes: 1ero. La iglesia de San Carlos que fue de los ex jesuitas. 2do. El edificio que ha servido para aulas del Colegio de San Bartolomé, denominado de la botica, la que deberá separarse de los demás por dos arcos que comunican con las galerías que están al frente de la calle de la carrera.

Si en dichos edificios no hubiere local bastante para establecer todas las cátedras de la universidad, podrán los catedráticos de medicina dar sus lecciones por ahora en los salones del Colegio Mayor del Rosario que antes servían para aulas y algunos otros en San Bartolomé. El rector de la universidad poniéndose de acuerdo con los rectores de los expresados colegios dispondrá el local en que cada uno de los catedráticos deba dar sus lecciones.

Todas las demás cátedras de los expresados colegios de San Bartolomé y el Rosario, de ciencias naturales, de medicina, de jurisprudencia, y de teología y las rentas de que gozan los catedráticos que las sirven quedan afectas a

la Universidad Central de Bogotá, por la que se proveerán cualesquiera vacantes que haya. (Guillén de Iriarte, 2008, p. 31)

Posteriormente, el 3 de enero de 1827, se profirió un acto administrativo por el que se dividían las cátedras entre los dos nombrados colegios mayores:

El curso del primer año de filosofía se dictaría en el Colegio Mayor del Rosario, y el segundo año de filosofía se dictaría en el Colegio de San Bartolomé. Los estudios de jurisprudencia se distribuyeron así: la legislación civil y penal, historia e instituciones de derecho civil romano y patrio, y economía política, constitución, ciencia administrativa y derecho internacional o de gentes, en el Colegio Mayor del Rosario; las lecciones de derecho canónico se dictarían por la mañana en el Rosario y por la tarde en San Bartolomé. Las cátedras de teología se dictarían en ambos colegios, una en cada uno [...]. (Guillén de Iriarte, 2008, p. 33)

1.3. La enseñanza de la ciencia administrativa

El contenido de la asignatura de la ciencia administrativa estaba desarrollado por el artículo 169 del nombrado plan de estudios de 1826, que estipulaba que:

En cuanto a la Ciencia Administrativa, dará a conocer las funciones y obligaciones de los jefes de la administración, el catedrático cuidará de hacer conocer las leyes de Colombia, las funciones principales de sus jefes de administración y las diferentes obligaciones que ellas imponen. Les dará también un conocimiento exacto de los principios generales de esta ciencia en la que se deben estudiar los elementos de comercio, de agricultura, y de industria, la teoría de las rentas e impuestos, la estadística de la República, los presupuestos anuales de gastos, y las discusiones a que haya lugar en el Congreso. Bajo estos principios el catedrático tendrá la obligación de formar sus cursos de lecciones, mientras que haya alguna obra elemental propia para Colombia, pudiendo consultar la obra de Bonin [sic] y la Poiriez [sic] sobre legislación administrativa. (Ley y reglamentos orgánicos de la enseñanza pública en Colombia, 1826, pp. 71-72)

En cuanto al último autor citado, Poiriez, hay un error de transcripción, en realidad se habla de Portiez de L'Oise, tratadista francés de derecho administrativo y de ciencia administrativa¹, contemporáneo de Bonnin, quien fue el director de la Escuela de Derecho de París desde fines de 1803. En dicho centro dictó en 1804 el primer curso de derecho administrativo francés.

1 Mírese el artículo de Mestre (1993).

El profesor Víctor Uribe Urán asevera que la ciencia administrativa se enseñó por primera vez en el Colegio Mayor del Rosario, en los comienzos de la década de los treinta del siglo XIX, duró hasta 1840 y tuvo como profesor a José Duque Gómez, quien terminó encarcelado por su participación en la Guerra de los Supremos (Uribe Urán, 2008, pp. 260-261)².

Disentimos de este historiador jurídico, pues encontramos que el origen es anterior y concomitante con el plan de estudios, pues en la Universidad Central de Bogotá, en el año 1827, se enseñaba esta disciplina. Su profesor fue don Miguel Tovar, quien impartía la asignatura de “Derecho Público Político, Constitución y Ciencia Administrativa” (*Gaceta de Colombia*, 21 de enero de 1827, p. 2). Este mismo catedrático también dictó dicha asignatura en el Colegio del Rosario, en los años de 1827-1828 y 1828-1829 (Guillén de Iriarte, 2008, p. 144, 150).

Prosigamos con la implementación del plan de estudios. En 1827 comenzaron a funcionar las universidades centrales de Quito y de Caracas. En cuanto a la primera, tenemos que el Libertador, como presidente, dictó un acto administrativo organizando la Universidad. En él establecieron las diferentes carreras y las asignaturas de estas. El primer rector fue el canónigo de Quito, don José Manuel Garrión (Cornejo Rosales, 1949, p. 16).

Frente a nuestra disciplina jurídica, el decreto dispuso lo siguiente:

En la clase de jurisprudencia habrá una cátedra de principios de legislación universal, de legislación civil i penal: una de derecho público político, derecho internacional, constitución i ciencia administrativa; otra de historia é instituciones de derecho civil romano i derecho patrio; otra de economía política; otra, en fin, de derecho público eclesiástico é instituciones canónicas, disciplina, historia eclesiástica i suma de concilios. Cada una de estas cátedras tendrá la asignación de 300 pesos anuales. (Gaceta de Colombia, 1827, p. 1)

A los intendentes, primera autoridad en los diferentes departamentos, se les encomendaron las competencias de nombrar interinamente los catedráticos de las diferentes clases de la universidad, “los que rejejarán las cátedras por el tiempo que se juzgue necesario” (*Gaceta de Colombia*, 1827, p. 1), y de dictar las providencias que estimaren “convenientes para el completo establecimiento de la Universidad, las que llevará á efecto sin previa consulta del poder ejecutivo, á quien después dará cuenta de las que hubiere dictado” (*Gaceta de Colombia*, 1827, p. 1).

2 Mírese también a Malagón y Gaitán Bohórquez (2008).

Estos intendentes devienen de la Ciencia de la Policía. Allí eran funcionarios especiales denominados fiduciarios o comisarios. Estos agentes operaban por delegación real, ya fuera en “sustitución o en paralelo a los magistrados tradicionales. [...] [El príncipe] podía actuar a través de los magistrados tradicionales, pero también podía hacerlo por medio de emisarios destinados a actuar en su nombre” (Parejo Alfonso, 2003, p. 13).

Tuvieron su origen en los países de tronco germánico, donde eran conocidos como comisarios. Allí se ocuparon, entre otras cosas, de la educación, que era una de las principales preocupaciones de esta ciencia. Por ello nos refiere Justi, el más importante doctrinante de la policía, que:

El Gobierno debe procurar que haya en el país, un número de lugares suficientes para instruir la juventud en las ciencias. Como las universidades tienen el primer rango entre estas suertes de establecimientos, merecen también una atención particular. Debe haber una en cada provincia un poco considerable; porque si no la había, a más que esto demostraría un desprecio por las ciencias, esto mismo obligaría a las naciones a ir a pasar sus estudios en otra parte, lo que haría salir mucho el dinero del reino; yo no creo, sin embargo, que sea lo más conducente impedir a los súbditos ir a estudiar en los países extranjeros. (Justi, 1996, p. 119)

Justi continúa hablando sobre los mejores sitios para fundar universidades, y también nos comenta sobre la escogencia de los profesores:

Se debe elegir para establecer una universidad, un sitio agradable, cómodo y sano, en donde los víveres sean abundantes y baratos. Las capitales nada valen para este efecto, porque los víveres son en ellas ordinariamente caros y los estudiantes tienen en ellas demasiadas ocasiones para disiparse. Se debe acomodar las casas para su uso y sobre todo establecer una policía entre ellos.

Se elegirán para profesores los sujetos más sabios y más esclarecidos, sin respeto alguno al favor y la recomendación; en ciencias que deben enseñar y sobre todo exentos de pedantería para que sean agradables a sus discípulos y que las instrucciones que les dan tengan el efecto que se espera. (Justi, 1996, p. 120)

No nos resistimos a comentar la última parte del párrafo anterior, porque resulta paradójico que este famoso profesor, autoridad en la materia, criticara la pedantería, cuando el mismo era un gran petulante. Leámoslo: “La policía es una ciencia tan poco conocida, que yo oso lisonjearme de ser el primero que haya dado de ella un sistema fundado sobre la naturaleza misma de la cosa,

y que la haya tratado a fondo e independiente de todas las otras ciencias, que tienen alguna relación con ella” (Justi, 1996, p. 13)³.

No podía obviar el doctrinante más conocido de la policía una disquisición sobre la disciplina en los establecimientos educativos:

El orden es necesario en todas las cosas, pero principalmente en las universidades, porque sucede a menudo que los estudiantes, en lugar de emplear el tiempo en adquirir conocimientos, de los cuales depende toda la felicidad de su vida, se arrojan a toda especie de excesos y libertinajes. La mayor parte de las de Alemania tienen ese defecto, que los estudiantes tienen sobrada libertad. No es lo mismo en las de Inglaterra, Viena y Brunswick. Sin embargo, no deben restringirse de modo que ignoren los usos y costumbres del mundo. (Justi, 1996, p. 120)

Nos encontramos con una situación sugestiva, ya que un funcionario colonial como el intendente —cuya figura fue copiada de la Real Ordenanza de Intendentes del siglo XVIII de la Nueva España, actual México— debía ocuparse de la educación, y tenía que implementar las cátedras de la carrera de derecho, en la que ya se ven asignaturas de componente liberal, como la ciencia administrativa.

La competencia del intendente del sur para implementar la universidad y los catedráticos está en plena consonancia con lo establecido en el plan educativo del general Santander. Hecho que es muy interesante de anotar porque muestra que en la actual Colombia se empezó rápidamente la enseñanza de la ciencia administrativa, pero igual escenario se presentó en Ecuador, en donde también son pioneros en la educación en esta disciplina.

En América Latina encontramos algunos casos similares a este del intendente grancolombiano. Tenemos que en Chile también subsistieron instituciones regulatorias coloniales, en el siglo XIX, tales como las superintendencias, las cuales tuvieron en la primera Constitución después de la Independencia —la de 1818— un importante desarrollo.

En este texto se les refería como las facultades delegadas al Director Supremo sobre todas las áreas del Estado. Posteriormente, la Carta de 1833 dispuso que una Superintendencia de Educación tenía que ser implantada y que otra de carácter judicial debía ser creada. Sus funciones eran inspeccionar la educación nacional y vigilar y controlar todos los tribunales y jueces de la república (Jordana, 2012, p. 214).

3 Alejandro Nieto afirma que este párrafo muestra “la característica petulancia profesoral” (Nieto García, 2001, p. 346).

La Superintendencia de Educación solo fue establecida con posterioridad a la creación de la Universidad de Chile, en 1842, y a esta se le encomendó la difícil tarea de supervisar los estratos inferiores del organigrama educativo. Pero es de resaltar que el sistema público de educación se propagó velozmente en el país austral durante todo el siglo XIX, generando un proceso de centralización que ocasionó que en 1899 se creara un Ministerio de Instrucción, quitándole esta competencia a la universidad (Jordana, 2012, p. 214).

Miremos ahora la Universidad Central de Caracas. Encontramos que en ella también comenzó a operar la enseñanza del derecho:

Artículo 96. La Facultad de Jurisprudencia se divide para su enseñanza en canónica y civil; pero se estudiarán a un mismo tiempo, de la manera siguiente [...].

Artículo 99. El primer año del primer bienio de jurisprudencia se contraerá a las instituciones de Justiniano y a la historia del derecho civil romano; en el segundo año se estudiará el derecho patrio, que comprende las leyes vigentes de España y las civiles de la República.

Artículo 100. En el primer año del segundo bienio se explicará la constitución de la República y el derecho público político, y ciencia administrativa; en el segundo, el derecho internacional o de gentes. Concluidos estos cursos en jurisprudencia canónica y civil, y comprobados del modo que prescribe este decreto, podrán recibir los estudiantes el grado de bachiller en cualquiera de las dos facultades o en ambas. Continuarán un tercer bienio, y en él se leerá por la mañana en el primer año por un catedrático, principios de legislación universal y de legislación civil y penal, y en el segundo, economía política. En el mismo tiempo se leerá por otro catedrático, por la tarde, la práctica civil y criminal de juicios, en el primer año; y en el segundo ganarán el curso de medicina legal las épocas que deben proporcionarse en la enseñanza de esta cátedra.

Artículo 101. En el tercer bienio, los que aspiren a ser abogados, deberán instruirse en la elocuencia del foro, y concurrir a las clases de idiomas que se hallen establecidas. (Codificación Nacional, t. III, 1925, pp. 239-240)

El profesor venezolano Rogelio Pérez Perdomo nos explica estas disposiciones diciendo que:

En Venezuela, en cambio, el plan de estudios grancolombiano de 1826 no fue directamente aplicable. La Universidad Central de Venezuela, con sede en Caracas, obtuvo un estatuto especial en 1827. La enseñanza estaba dividida

en 12 cursos anuales, a razón de dos por año. Los cursos relacionados con la religión y los cánones mantuvieron un peso importante: en el primer año, fundamentos y apología de la religión, y las Instituciones de Justiniano; en el segundo, historia eclesiástica y derecho patrio (o legislación española y republicana); en el tercero, derecho canónico y Constitución, derecho político y ciencia administrativa; en el cuarto, derecho canónico y derecho internacional; en el quinto, principios de legislación universal y práctica civil y criminal; en el sexto, economía política y medicina legal. (Pérez Perdomo, 2004, p. 131)

Y concluye con la siguiente crítica: “Era pues un plan de estudios mucho más conservador que el general para la Gran Colombia, con un gran peso de la religión y el derecho canónico. Comenzaba con la educación tradicional y agregaba las nuevas disciplinas (como la *Ciencia Administrativa*) en los últimos años de la carrera” (Pérez Perdomo, 2004, p. 132) (destacado fuera del texto).

En igual sentido que en el Ecuador y en Colombia, los venezolanos también son pioneros en la enseñanza y desenvolvimiento de la administración pública en habla española.

Continuemos mirando el plan de estudios del general Santander en nuestro país, donde dispuso que: “En la capital de cada departamento de Colombia, ó en la del cantón más proporcionado por su localidad y circunstancias habrá una universidad ó escuela jeneral [...]”.

En ampliación de esta norma, en 1827, en Antioquia, se dispuso por parte del Libertador que en el Colegio departamental se debía impartir la clase de jurisprudencia, de tal suerte que:

En el primer año el primer catedrático dará por la mañana lecciones de derecho político constitucional i constitución de Colombia, i el segundo catedrático lecciones por la tarde de legislación universal i de legislación civil i penal; en el tercer año el primer catedrático leerá un curso de ciencia administrativa i principios jenerales de estadística, i el segundo continuará el curso de legislación universal, i de legislación civil i penal; en el tercer año el primer catedrático dará un curso de derecho público eclesiástico, i el segundo otro de historia e instituciones de derecho civil romano comparado con el patrio. (Gaceta de Colombia, 16 de diciembre de 1827, p. 1)

Vemos que se enseñó desde un comienzo nuestra disciplina en esta importante región del país, situación que hará a los estudios administrativos echar raíces en Antioquia, teniendo un papel primordial en la enseñanza y difusión de la ciencia administrativa y del derecho administrativo en nuestro territorio, ya

que de un antioqueño por adopción, como lo fue Mariano Ospina Rodríguez, nacerá legalmente el derecho administrativo en 1842, y de otro antioqueño, este sí de nacimiento, Juan de Dios Aranzazu, verá la luz el primer programa de derecho administrativo del país en 1844.

2. LAS REFORMAS BOLIVARIANAS AL PLAN DE ESTUDIOS DE SANTANDER

El devenir del plan de estudios estuvo lejos de ser continuo, pues es interesante anotar que tras los hechos de la Conspiración Septembrina, en 1828, el plan fue modificado, ya que en estos sucesos participaron varios alumnos de jurisprudencia, cosa que se achacó al estudio de los principios de legislación de Bentham, por ello se prohibieron y reformaron los estudios jurídicos, tal como se puede ver en la circular a los gobernadores enviada por José Manuel Restrepo, que decía:

Que se ponga el mayor cuidado en el estudio y restablecimiento del latín, que es tan necesario para el conocimiento de la religión [...]. 2. Que se cuide que los estudiantes de Filosofía llenen la mayor parte del segundo año con el estudio de la moral y derecho natural [...]. 3. Que quedan suspensas y sin ejercicio alguno por ahora las cátedras de principios de legislación universal, de derecho político, constitución y ciencias administrativas [...]. 4. Que cuatro años se empleen en el estudio del derecho civil de romanos, del patrio y de la jurisprudencia canónica [...]. 5. Que desde el primer año se obligue a los jóvenes a asistir a una cátedra de fundamentos y apología de la religión católica, de su historia y de la eclesiástica [...]. Por separado propondrá los medios que pudieran emplearse para conservar puras la moral y las costumbres de la juventud y preservarla del veneno mortal de los libros impíos, irreligiosos y obscenos, que hacen tantos estragos en su moral y conducta. (Benthamismo y antibenthamismo en Colombia, 1983, p. 57)

Posteriormente, Bolívar profirió el decreto de 5 de diciembre de 1829, en el que se extirpó a Bentham de la enseñanza del derecho, se reformó el plan de estudios y se estipuló que en las facultades de jurisprudencia, en concordancia con el artículo 63:

Los que aspiren a obtener los grados de licenciado y doctor en ambos derechos, después de recibido el grado de bachiller, deberán asistir dos años a las lecciones que dos ó más catedráticos darán, de principios de derecho internacional, de legislación universal, economía política, ciencia administrativa, literatura y bellas artes. (Codificación Nacional, t. IV, 1925, p. 217)

Es decir, que este postrero acto del Libertador liberalizó un poco su vindicativo decreto pos Conspiración Septembrina, y volvió a darle vida al pensamiento republicano, por ejemplo, con el renacer de nuestra disciplina.

De alguna manera esto rehabilita a Bolívar y no lo deja como el enterrador de la ciencia administrativa, y a Santander como su restaurador en la década de 1830, como erróneamente lo han planteado los distinguidos profesores Baena y Barrera en un reciente trabajo, en el que dicen que:

La reforma emprendida por el general Bolívar el 20 de octubre de 1828, como reacción frente a los hechos de la conspiración septembrina [...] opta porque la Ciencia Administrativa desaparezca de la enseñanza [...]. Respecto a nuestra materia se dispone que quede en suspenso y sin ejercicio alguno [...]. Pero en la reforma de 1830 se vuelve a la situación anterior y durante el gobierno del general Santander se renueva la expectativa de elaboración y presentación de textos sobre la materia. (Baena y Barrera, 2016, p. 42)

Concluamos este aparte comentando y discrepando de la historiadora Pilar Moreno de Ángel, pues ella afirmó que tras el decreto de la dictadura de Bolívar, que hemos mencionado, se suprimió la enseñanza de la ciencia administrativa.

Esta intelectual antioqueña no tuvo en cuenta el postrer acto administrativo del Libertador que acabamos de citar, en el que se volvió a implementar la instrucción de la disciplina administrativa. Por ello esta cronista decía que “en febrero de 1833 se abrieron nuevamente varias cátedras que habían sido canceladas. Así en el Colegio del Rosario se comenzó a dictar nuevamente la clase sobre ciencias administrativas, que era regentada por el rector de dicho colegio, doctor José María del Castillo y Rada” (Moreno de Ángel, 1989, p. 666).

3. LOS OTROS PLANES DE ESTUDIOS JURÍDICOS

HISPANOAMERICANOS

De acuerdo con lo visto, la Gran Colombia fue pionera en la reforma educativa, y en concreto en los estudios jurídicos, pues en estas tierras comenzamos primero implementando significativos cambios en la enseñanza de las disciplinas jurídicas, y especialmente en las relacionadas con la administración pública, como por ejemplo la ciencia administrativa.

Brasil fue el siguiente país en reformar los estudios jurídicos, en 1827. Allí encontramos que el pénsum era el siguiente:

Primer Año: Derecho Natural; Derecho Público; Análisis de la constitución del Imperio; Derecho de Gentes y Diplomacia.

Segundo Año: La Continuación de las materias del año anterior, más Derecho Público Eclesiástico.

Tercer Año: Derecho Patrio Civil I; Derecho Patrio Criminal y Teoría del Proceso Criminal.

Cuarto Año: Derecho Civil Patrio II, Derecho Mercantil y Marítimo.

Quinto Año: Economía Política; Teoría y Práctica del Proceso adoptado por las leyes de Imperio. (Romancini y Gomes Lopes, 2015, p. 217)

La historia de la creación de las disciplinas jurídicas en Brasil surgió de la mano de la independencia de Portugal, que se produjo en 1822. A partir de ese momento este país se constituyó como un imperio y se dio su primera Constitución, en 1824. En palabras del afamado profesor brasileiro Aurélio Wander Bastos:

[...] após a Constituição Brasileira de 1824, que se encaminhou (1826) ao Parlamento Imperial a primeira proposta de criação de um Curso de Direito no Brasil. Esta proposta, após período de profundos debates, se tornou vitoriosa a 11 de agosto de 1827, quando se cria no Brasil o Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da academia de São Paulo e o Curso de Ciências Jurídicas e Sociais de Olinda [...]. Estes cursos são os marcos referencias da nossa história. (Bastos, p. 36, citado por Romancini y Gomes Lopes, 2015, p. 216)

Resulta interesante mencionar que durante el periodo colonial los portugueses no crearon universidades en el Brasil, y los acaudalados⁴ que querían estudiar debían hacerlo en la metrópoli, la cual tenía en la Universidad de Coimbra⁵ la más antigua y afamada del país.

Portugal no estuvo interesado en crear universidades en Brasil, por el temor a que una sociedad letrada hiciera una revolución:

- 4 “Os brasileiros que estudavam na Universidade de Coimbra constituíam a elite intelectual e política da Colônia, e foi a primeira geração de juristas e legisladores brasileiros formados segundo esta ideia geral. Serão também os primeiros professores, ou lentes, dos Cursos de Direito no Brasil [...]. Foi essa pequena elite formada em Coimbra que trouxe para o Brasil os ideais iluministas e liberais que se associaram ao desejo de independência da metrópole” (Bento y Sanches, citado por Romancini y Gomes Lopes, 2015, p. 215).
- 5 “Ao contrário da América espanhola, que ao final do período colonial contava com vinte e três universidades, a formação superior dos povos da América portuguesa tinha que se dar na Universidade de Coimbra, uma vez que não existiam na colônia instituições de ensino superior” (Bento y Sanches, citado por Romancini y Gomes Lopes, 2015, p. 214).

Agravava ainda a situação o medo que Portugal tinha de criar cursos jurídicos, e causar uma possível conscientização e revolta no povo brasileiro, que assim, possuiria educação e certa cultura. Assim, o “propósito de impedir a criação de cursos superiores no Brasil era uma manifestação consciente da Metrópole, temendo que [...] que agisse a Colônia a um processo mais rápido de emancipação”. (Bento y Sanches, citado por Romancini y Gomes Lopes, 2015, p. 215)

Al independizarse, los brasileiros siguieron siendo monárquicos, bajo el emperador don Pedro I de Brasil y IV de Portugal, y, como se puede apreciar en ese primer pènsum, estaban lejos de tener ideas muy liberales, pues no se estiman materias tan importantes como la ciencia de la legislación de Bentham, o la ciencia administrativa.

Siguiendo al profesor Pérez Perdomo, tenemos que:

Llama la atención el enorme peso del derecho público, que se entendía en sentido amplio. En el primer año consistía en los grandes principios de las organizaciones políticas y lo que hoy llamaríamos derecho constitucional comparado. El derecho público patrio era una historia del derecho público portugués, organización judicial y elementos de derecho tributario. El derecho público se refería a las reglas del gobierno de la Iglesia. (Pérez Perdomo, 2004, p. 130)

Miremos ahora el caso de México. Allí la enseñanza jurídica no tuvo un rompimiento en los primeros años de la Independencia, pues la universidad colonial siguió funcionando sin variaciones en el inicio de la vida republicana.

Este país se independizó de España en 1821, pero los peninsulares tuvieron el control de algunas partes del territorio hasta 1825, cuando fueron expulsados de la fortaleza de San Juan de Ulúa, en Veracruz. En ese interregno México se convirtió en imperio, teniendo como emperador a Agustín Iturbide, quien fue depuesto en marzo de 1823.

Posteriormente, se instauró un Supremo Poder Ejecutivo, en el que estuvieron Guadalupe Victoria, Vicente Guerrero y Nicolás Bravo, quienes convocaron al Soberano Congreso Constituyente.

Un decreto del 13 de octubre de 1823, proferido por este congreso, les confirió competencias “a todos los colegios de la Nación, que no las tuvieran, para ‘establecer cátedras de Derecho Natural, Civil y Canónico y de conferir los grados menores’” (Herrasti, 1925, citado por Mendieta y Núñez, 1956, p. 96).

Diez años más tarde se produjo la primera reforma liberal. El país comenzó a funcionar como una república democrática, que tuvo como su primer presidente a Antonio López de Santa Anna, y como vicepresidente a Valentín Gómez Farías. El primero se retiró del cargo por enfermedad, dejando en su reemplazo al segundo.

Inmediatamente, el legislativo habilitó al ejecutivo “para arreglar la enseñanza pública en todos sus ramos, en el Distrito Federal y Territorios”. Acatando lo dispuesto en este acto administrativo, el vicepresidente de la República ordenó que se suprimiera la “Universidad de México y se estableciera una Dirección General de Instrucción Pública para el Distrito y Territorios Federales. El nombramiento de profesores y la expedición de títulos de grados de doctor, quedó a cargo de la Dirección creada” (Herrasti, 1925, citado por Mendieta y Núñez, 1956, p. 96).

Después el vicepresidente, amparado en la autorización del Congreso, profirió el 23 de octubre de 1833 un reglamento por medio del cual determinó que la instrucción pública debía impartirse en seis establecimientos, de la siguiente forma: 1) establecimiento de estudios preparatorios; 2) establecimiento de estudios ideológicos y humanidades; 3) establecimiento de ciencias físicas y matemáticas; 4) establecimiento de ciencias médicas; 5) establecimiento de jurisprudencia; y 6) establecimiento de ciencias eclesiásticas (Herrasti, 1925, citado por Mendieta y Núñez, 1956, p. 97).

El Establecimiento de Jurisprudencia impartió las siguientes asignaturas:

- Primera y segunda de Latinidad.
- Una de Ética.
- Una de Derecho Natural y de Gentes y Marítimo.
- Una de Derecho Político Constitucional.
- Una de Derecho Canónico.
- Una de Derecho Romano.
- Primera y segunda de Derecho Patrio.
- Una de Retórica (Herrasti, 1925, citado por Mendieta y Núñez, 1956, p. 97).

En atención a este acto administrativo, la Escuela de Leyes quedó instaurada en el Colegio de San Ildefonso.

En el resto de los establecimientos “solo se otorgaban grados de doctor, previa comprobación de los estudios correspondientes, examen público ‘general de toda la facultad’ y lectura de disertación escrita por el interesado” (Herrasti, 1925, citado por Mendieta y Núñez, 1956, p. 97).

En 1834, el presidente Santa Anna retomó el poder, y dictando un acto administrativo, de fecha 31 de julio, restableció la universidad. Sin lugar a dudas, este mandatario era una persona de principios conservadores, por ello en la exposición de motivos del nombrado reglamento dispuso que: “el presidente ha escuchado el clamor general levantado por los padres de familia y por la misma juventud contra el método de enseñanza y educación que se adoptó. La experiencia del tiempo que ha transcurrido, la clase de autores que se han elegido para enseñar algunas facultades, y que en la misma Europa, donde la civilización es casi general, se habrían visto con escándalo [...]” (Herrasti, 1925, citado por Mendieta y Núñez, 1956, p. 98).

En ese acto administrativo podemos entender que los estudios jurídicos en México en esa época contaban con tres centros educativos: en primer lugar, la reestablecida universidad; en segundo lugar, el Colegio de San Juan de Letrán; y, en tercer lugar, estaba el Colegio de San Gregorio (Herrasti, 1925, citado por Mendieta y Núñez, 1956, p. 98).

Por otro decreto, de 12 de noviembre, Santa Anna varió el plan de estudios jurídicos y lo reguló así: “Art. 32. Pertenece a la carrera del foro, lo siguiente: Derecho Natural y de Gentes, Derecho Público y Principios de Legislación, Elementos de Derecho Romano, Derecho Civil y Criminal, Derecho Canónico, Práctica” (Herrasti, 1925, citado por Mendieta y Núñez, 1956, p. 99).

También se estableció que “las academias de humanidades celebrasen, cada año, certámenes públicos entre sus concursantes, estableciéndose tres premios en cada una de ellas (San Ildefonso, San Gregorio, San Juan de Letrán)” (Herrasti, 1925, citado por Mendieta y Núñez, 1956, p. 99).

En un proyecto de reglamento de 1835 se encuentran los autores que debían ser estudiados en las diferentes asignaturas:

Para la primera y segunda de fuentes de la disciplina eclesiástica, Berardi sobre cánones; para la aplicación de estos a las iglesias de América, Murillo, ilustrado con los comentarios de los concilios americanos y bulas expedidas para la nación; para el derecho patrio, Juan Sala; para la de derecho público, Domat, ilustrado con las doctrinas sanas de autores modernos. (Herrasti, 1925, citado por Mendieta y Núñez, 1956, p. 99)

Este acto administrativo se aprobó por el presidente el día 16 de febrero de 1835:

Con solo la variación de que en la cátedra de Derecho Público se estudie a Wattel en lugar de Domat, cuidando los catedráticos de acomodar aquellas doctrinas a nuestra posición y costumbres, e ilustrando sus máximas con autores clásicos antiguos y modernos; omitiéndose, en consecuencia, aquellos puntos que no están en consonancia con la religión, usos y política de nuestro país. (Herrasti, 1925, citado por Mendieta y Núñez, 1956, p. 99)

Esta última cita resulta muy particular, porque Jean Domat, famoso jurista francés, más conocido por sus aportes al derecho privado que al público, fue un autor que, en materia de administración pública, escribió tomando una postura media entre la ciencia de la policía y el modelo liberal.

Pero no estuvo apartado de la religión, tal como lo podemos apreciar en este párrafo de su libro de *Derecho público*, en donde muestra la ligazón con la policía:

No puede dudarse que la Religión, y la Policía tienen su fundamento común en el orden de Dios; pues un Profeta nos enseña que Dios es nuestro juez, nuestro Legislador, y nuestro Rey, también el que salva á los hombres. Por esto es, quien en el orden espiritual de la religión establece el ministerio de las potestades Eclesiásticas, y quien en el orden temporal de la Policía hace que reynen los Reyes, y dá á los Soberanos todo el poder y autoridad. De donde se sigue, que no teniendo la Religión, y la Policía otro principio común que el orden divino, deben estar de acuerdo, y asimismo sostenerse mutuamente de manera, que los particulares puedan obedecer exacta y fielmente á una y á otra, y que los que se hallan constituidos en el ministerio de ambas, puedan ejercerlo, según el espíritu, y las reglas que las concilian: porque es constante, que la verdadera religión, y la buena Policía están siempre unidas. (Domat, 1788, pp. 67- 68)

Es más, para Domat, tanto la religión como la policía comparten el mismo espíritu:

Sabemos que el espíritu de la religión es conducir a los hombres á Dios por la luz de las verdades, que enseña, y sacarlos de los engaños del amor propio para unirlos en el ejercicio de las dos primeras Leyes, y que por esto lo esencial de la Religión pertenece principalmente á lo interior del espíritu, y del corazón del hombre, cuyas buenas disposiciones deberían ser el principio del orden exterior de la Sociedad. Pero como no todos los hombres tienen este espíritu de la Religión, ántes muchos se dirigen á perturbar este orden exterior: el espíritu de la Policía sirve para mantener la tranquilidad pública entre todos los hombres, y contenerlos en ese orden, independientemente

de sus disposiciones interiores, valiéndose para esto de la fuerza, y de las penas, según la necesidad; y para estos dos diferentes usos de la Religión, y de la Policía, ha establecido Dios en una, y otra potestades, cuyo ministerio ha proporcionado tanto a su espíritu como a sus fines. (Domat, 1788, p. 68)

Veamos por último el caso de Chile. En este país austral la enseñanza jurídica data de la Colonia, con el establecimiento de la Real Universidad de San Felipe, la cual tenía un programa de enseñanza acorde con el de las otras universidades iberoamericanas, y que se basaba en la educación en derecho romano y en derecho canónico (Serrano, 2016, p. 185).

Con la llegada de la Independencia, este centro educativo perdió protagonismo y fue opacado por el recién creado Instituto Nacional, el cual creó un programa jurídico en 1819. En este se derogó el derecho romano y se implementó “el derecho natural, de gentes y economía política como primer curso, y un segundo de leyes patrias, derecho canónico y práctica forense” (Serrano, 2016, p. 185).

Pero, según los estudiosos, el cambio fundamental en la enseñanza jurídica se produjo con la fundación del Liceo de Chile, creado por el intelectual español José Joaquín de Mora, y el Colegio de Santiago, en donde don Andrés Bello impartía clases. En el Liceo de Chile se enseñó por vez primera el derecho constitucional, y se “restauró el derecho romano y [se] le dio gran importancia al derecho patrio. Bello, por su parte, enseñó legislación universal, donde se estudiaron por primera vez los fundamentos del derecho civil, penal y constitucional, derecho de gentes y derecho romano” (Serrano, 2016, p. 185).

Estos dos colegios desaparecieron cerca de 1830, quedando en solitario el Instituto Nacional como el único que enseñaba la jurisprudencia. En este centro se implementó, en 1832, un nuevo programa de la carrera, el cual determinó como asignaturas obligatorias las siguientes: derecho civil y derecho romano; legislación universal y derecho de gentes; bellas letras o retórica; y derecho canónico (Serrano, 2016, p. 185).

La Universidad de Chile fue creada en 1842, y en un principio no tenía competencias docentes, pues únicamente desempeñaba un rol de evaluadora, porque solamente examinaba a las personas que habían estudiado en el Instituto Nacional (Pérez Perdomo, 2004, p. 129).

En esta institución se impuso en 1844 el siguiente plan de estudios, bastante estricto, el cual incluía como asignaturas Derecho Natural, Legislación Universal, Economía Política, Derecho Internacional, Derecho Romano, Derecho Patrio y Constitucional, y Derecho Canónico (Pérez Perdomo, 2004, p. 129).

Este plan tuvo muchos contradictores, pero también muy distinguidos protectores, de los cuales vale la pena destacar, en primer lugar, a don Andrés Bello, quien fue el primer rector de este centro de estudios⁶, y quien defendió⁷ “la importancia del derecho romano porque formaba el raciocinio del jurisconsulto científico, lo defendió por su utilidad práctica en países cuya legislación era heredera de la latina. Defendió el estudio del derecho público no solo en su rama constitucional, sino también administrativa” (Serrano, 2016, p. 187).

Esta cita sobre Andrés Bello es muy pertinente porque este ilustre pensador hispanoamericano, que no era abogado, nos trae el primer intento de realizar la enseñanza de las disciplinas administrativas, en este caso del derecho administrativo, que por lo que se conoce no llegó a implementarse sino mucho tiempo después, a fines del siglo XIX.

En efecto, Andrés Bello no estudió derecho de manera formal, sino como autodidacta. Su formación fue en artes: “En 1800, a los 19 años de edad, el joven Bello recibe el grado menor de Bachiller en artes, que le confiere la Universidad de Caracas” (Pinzón Ramos, 1983, p. 35).

Sus estudios jurídicos como autodidacta los realizó en Londres. En palabras de su biógrafo Martín Alonso Pinzón:

6 Bello le daba un papel protagónico a la universidad, pues le atribuía unas competencias de superintendencia, por ello decía que ella “inspecciona la enseñanza en todos sus ramos, discute los reglamentos, promueve, examina y califica los textos, representa a la autoridad las necesidades, sugiere reformas y adelantamientos” (Bello, 1851, p. 258, citado por Brewer-Carias, 1983, p. 54). Como bien lo anota el profesor Brewer, “Bello atribuía a las Universidades el papel de entes rectores de los distintos ramos de la educación y de propagador de todos los conocimientos” (1983, p. 54).

7 En su discurso inaugural Bello expresó que:

“A la facultad de leyes y ciencias políticas se abre un campo, el más vasto, el más susceptible de aplicaciones útiles. Lo habéis oído: la utilidad práctica, los resultados positivos, las mejoras sociales, es lo que principalmente debe recomendar sus trabajos a la patria. Herederos de la legislación del pueblo rey, tenemos que purgarla de las manchas que contrajo bajo el influjo maléfico del despotismo; tenemos que despejar las incoherencias que deslustran una obra a que han contribuido tantos siglos, tantas inspiraciones contradictorias. Tenemos que acomodarla, que restituirla a las instituciones republicanas. ¿Y qué objeto más importante o más grandioso, que la formación, el perfeccionamiento de nuestras leyes orgánicas, la recta y pronta administración de justicia, la seguridad de nuestros derechos, la fe de las transacciones comerciales, la paz del hogar doméstico?

La Universidad, me atrevo a decirlo, no acogerá la preocupación que condena como inútil o pernicioso el estudio de las leyes romanas, creo, por el contrario, que le dará un nuevo estímulo y lo asentará sobre bases más amplias. La Universidad verá probablemente en ese estudio el mejor aprendizaje de la lógica jurídica y forense” (Pinzón Ramos, 1983, p. 143).

Según este autorizado biógrafo de don Andrés Bello, en este discurso “planteaba Bello la necesidad de purgar la vieja legislación española, y hacerla coherente con las instituciones republicanas; esbozaba el proyecto de ordenar y codificar las leyes perfeccionándolas; abogaba por una judicatura eficaz y recta; y postulaba la seguridad jurídica como regla de oro, la fe de las transacciones comerciales y la paz doméstica. Recomienda el estudio de las leyes romanas, tema sobre el cual insistirá en diversas oportunidades y por diferentes motivos” (p. 144).

La vida de Bello en Londres fue la típica existencia del varón con radical vocación humanística. Vivió consagrado a la lectura, a sus clásicos griegos y romanos, perfeccionó su conocimiento sobre literatura inglesa, investigó viejas crónicas medievales, tradujo y comentó obras, fue corrector de una edición de la Biblia, ordenó manuscritos de Bentham, editó revistas, escribió opúsculos, completó su formación filosófica y jurídica. (Pinzón Ramos, 1983, p. 35)

José Victorino Lastarria, quien había sido, desde 1839, profesor de Derecho de Gentes y Legislación Universal, en su texto *Recuerdos* argüía que:

Creíamos que la enseñanza política era la base de la regeneración, porque sin ella ni era posible conocer y amar los derechos individuales y sociales que constituyen la libertad, ni mucho menos era dable tener ideas precisas sobre la organización política, sobre sus formas y sus prácticas, para poder distinguir las que son contrarias de las que son favorables a la república democrática. (Lastarria, 1842, citado por Serrano, 2016, p. 170)

Por esto Lastarria fue el gran promotor “de los estudios de filosofía e historia del derecho, así como del derecho constitucional. Esa fue su más importante bandera para la regeneración política y su primera tribuna para la difusión del pensamiento liberal” (Serrano, 2016, p. 170).

Viendo estos primeros planes de estudios jurídicos, observamos algunas coincidencias con la Gran Colombia. En primer lugar, en México y en Chile estos planes nacen del pensamiento liberal republicano, no así en Brasil, que pasó de ser una monarquía a un imperio, y en donde este pensamiento no floreció, sino más bien el de tendencia conservadora.

Llama la atención que nosotros somos precursores en la enseñanza de la administración pública, pues en los tres países que hemos estudiado esta disciplina no aparece. Aunque podríamos darle el beneficio de la duda al caso chileno, en donde de la mano del gran pensador Andrés Bello tuvieron algún intento de implementarla.

Esta situación nos lleva a plantear la hipótesis de que nuestro primer plan de estudios jurídicos quiso desarrollar un verdadero Estado de derecho, pues existía la preocupación de mostrar el control sobre el poder a través del estudio de la Ciencia Administrativa.

Y esto obviamente nos convierte en el país de Hispanoamérica con la enseñanza más vieja en las disciplinas administrativas, circunstancia que hay que resaltar porque nos llama a ser un referente en dicha materia.

CONCLUSIONES

En este escrito hemos mostrado una perspectiva, ignorada en Colombia, acerca del comienzo de la enseñanza de la administración pública.

Como lo anotamos en la introducción, se ha dicho en nuestro país, de una manera facilista, que la preocupación por el estudio de la administración pública comenzó en el siglo XX, postura que hecha al olvido casi cien años de nuestra historia administrativa.

Hemos visto que fue el general Santander quien con su reforma educativa implementó la cátedra de Ciencia Administrativa en 1826, y que esta se dictaba siguiendo importantes doctrinantes franceses, sobre todo Carlos Juan Bonnín.

Por último, también vimos que países hermanos, como Brasil, México y Chile, implementaron sus planes de estudios jurídicos después que nosotros, y que en esa ejecución brilló por su ausencia la enseñanza de la ciencia administrativa. Lo que nos convierte en un país pionero en mostrar la disciplina que controla al poder, como lo es la administración pública.

REFERENCIAS

- Baena, M. y Barrera, E. (2016). *Los primeros autores y las primeras obras de ciencia administrativa en lengua española e instrucción a los subdelegados de Fomento (1833)*. Madrid: INAP.
- Bastos, Aurélio Wander. O ensino jurídico no Brasil e as suas personalidades históricas - uma recuperação de se passado para reconhecer seu futuro. In: *Ensino Jurídico OAB: 170 anos de cursos jurídicos no Brasil*. Brasília: OAB; Conselho Federal.
- Bello, A. (1851). *Obras completas* (vol. XVI). Santiago de Chile: Consejo de Instrucción Pública.
- Bento, F. y Sanches, S. (2009). *A história no Brasil e os avanços da portaria 1886 de 1994*. En Congreso Nacional Conpedi, 2009, Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi. Florianópolis: Fundação Boiteux, pp. 6187-6210.
- Bonnín, C.-J. (2004). *Principios de administración pública*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Brewer-Carias, A. R. (1983). *La concepción del Estado en la obra de Andrés Bello*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.
- Codificación nacional*. (1925) (t. III). Años 1827 y 1828. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Codificación nacional*. (1925). (t. IV). Años 1829, 1830, 1831 y 1832. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Cornejo Rosales, J. (1949). *Universidad Central del Ecuador. 1586-1949*. Quito: Imprenta de la Universidad.
- Domat, J. (1788). *Derecho público* (t. I). Madrid: Imprenta de Benito Cano.
- Gaceta de Colombia*. (21 de enero de 1827). No. 275. Domingo 21 de enero de 1827.
- Gaceta de Colombia*. (18 de Noviembre de 1827). No. 318. Bogotá. Domingo 18 de noviembre de 1827.
- Gaceta de Colombia*. (16 de diciembre de 1827). No. 322. Domingo 16 de diciembre de 1827.
- Gaitán Bohórquez, J. (2002). *Huestes de Estado*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Guerrero Orozco, Ó. (2004). *Estudio introductorio a los principios de administración pública*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Guerrero Orozco, Ó. (2015). Los grandes maestros de la administración pública: Justi, Stein, Bonnin y González. *Revista de Gestión Pública*, IV(1), enero-junio, pp. 5-24.
- Guillén de Iriarte, M. C. (2008). *Los estudiantes del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 1826-1842*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Herrasti, F. de P. (1925). Recuerdos de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. *Revista de Ciencias Sociales*, II(1), agosto, pp. 9-24.
- Jordana, J. (2012). *El Estado regulador en Chile*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Lastarria, J. V. (2001). *Recuerdos literarios*. Santiago de Chile: LOM Ediciones.
- Ley y Reglamentos Orgánicos de la Enseñanza Pública en Colombia. Acordados en el año de 1826*. (1826). Bogotá: Imprenta de Manuel María Viller-Calderón.

- Malagón Pinzón, M. y Gaitán Bohórquez, J. (2008). Opinar en tiempos de guerra. El aborto temprano de la libertad de cátedra en la vida republicana colombiana. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 10(1), junio, Universidad del Rosario, pp. 377-400.
- Marquínez Argote, G. (1983). *Benthamismo y antibenthamismo en Colombia*. Bogotá: Editorial El Búho.
- Mendieta y Núñez, L. (1956). *Historia de la Facultad de Derecho*. México: UNAM.
- Mestre, J. L. (1993). Aux origines de l'enseignement du droit administratif: le "Cours de législation administrative" de Portiez de L'Oise. *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 85(2) (avril-juin), 247-272
- Moreno de Ángel, P. (1989). *Santander*. Bogotá: Planeta.
- Nieto García, A. (2001). Algunas precisiones sobre el concepto de policía. *Estudios de Derecho y Ciencia de la Administración*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Parejo Alfonso, L. (2003). *Derecho administrativo. Instituciones generales*. Barcelona: Ariel.
- Pérez Perdomo, R. (2004). *Los abogados en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pinzón Ramos, M. A. (1983). *Andrés Bello, jurisconsulto*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- Porcel, B. (1977). *Los chuetas mallorquines*. Barcelona: Bruguera.
- Romancini, M. y Gomes L., D. F. (2015). Retrospectiva Histórica do Ensino Jurídico no Brasil. Recuperado de <http://www.faccrei.edu.br/wp-content/uploads/2016/10/RETROSPECTIVA-HIST%C3%93RICA-DO-ENSINO-JUR%C3%8DDICO-NO-BRASIL.pdf>
- Serrano, S. (2016). *Universidad y nación*. Santiago: Editorial Universitaria.
- Uribe Urán, V. (2008). *Vidas honorables*. Medellín: Universidad Eafit.
- Von Justi, J. E. (1996). *Ciencia del Estado*. México: INAP.

Rethinking “compound elections” from an interest-based negotiation approach

David Mauricio Guinard Hernández*

Fecha de recepción: 20 de enero 2019

Fecha de aceptación: 25 de mayo de 2019

ABSTRACT

We define compound elections as complex indirect elections that have a two-stage process (nomination and election), are determined by the influence and power of the incumbent parties, and are characterized by the use of difficult negotiation tactics by parties to endorse their interests. An interest-based negotiation approach can help to have more efficient, transparent and objective compound elections. Compound elections usually do not have a determined process to conduct negotiations between all the incumbent parties. A process that allows all parties to contribute to the design of a framework of criteria applicable to the nomination and election stages may help to get a better outcome of the compound election in terms of time, expenditure and quality of the decision. Having a strong communication between parties may encourage the formation of value-creative options that can help to improve compound elections.

Keywords: Compound Elections; Negotiation Skills; Interest-based negotiation; Value creation; Nomination and election criteria

RESUMEN

Se Define a las elecciones compuestas como elecciones indirectas complejas que tienen un proceso de dos etapas (nominación y elección), están determinadas por la influencia y el poder de las partes involucradas, y se caracterizan por el uso de tácticas de negociación difíciles de las partes para respaldar sus intereses. Un enfoque de negociación basado en intereses puede ayudar a tener elecciones compuestas más eficientes, transparentes y objetivas. Las elecciones compuestas generalmente no tienen un proceso predeterminado para llevar a cabo negociaciones entre todas las partes interesadas. Un proceso que permita a todas las partes contribuir al diseño de un marco de criterios aplicables a las etapas de nominación y elección puede ayudar a obtener un mejor resultado de la elección compuesta en términos de tiempo, gasto y calidad de la decisión. Tener una fuerte comunicación entre los partidos puede alentar la formación de opciones creativas de valor que pueden ayudar a mejorar las elecciones compuestas.

Palabras clave: Elecciones compuestas; Habilidades de negociación; Negociación basada en intereses; Creación de valor; Nominación y criterios de elección

* Candidato a Máster en Derecho –LLM– por la *Universidad de Melbourne* (Australia), Máster en Economía, Regulación y Competencia en los Servicios Públicos por la *Universidad de Barcelona* (España), Abogado de la *Universidad Externado de Colombia*. Consultor en temas de derecho público, administrativo, económico, infraestructura, comercial, minero y energético. Email: guinarddavid@gmail.com

1. INTRODUCTION

Election¹ processes involve negotiations. Following the definition of negotiation as “any interaction or communication –spoken, written, electronic or nonverbal– between two or more parties, with an intention to persuade or influence” (Darwin, 2016), we observe that most election processes (from presidential and congressional elections to local councils or board of directors) entail an interface between several parties (e.g., candidates, electors, and interests groups) with the purpose to influence a decision in a certain way.

Parties involved in election processes may have various interests and will inter-relate with each other trying to find the best way to satisfy them. Negotiations inherent to election processes usually represent the trading between votes and future decisions: one candidate negotiates the favourable vote of a community by offering the development of future projects, investments, and the creation of jobs.

The density of the negotiations embedded in election processes may be defined by the amount of power, the range and scope of the position or office subject to election, the number of parties involved, time, interests at stake, public attention and media coverage.

Alongside well-known presidential and congress election processes, some other kinds of indirect elections do not depend directly on people’s vote and are instead determined by the influence and power of the incumbent parties. For this paper, we will call those kinds of elections “compound elections”, characterised by having a two-stage process (nomination and election).

The involvement of various parties in the composition of the outcome (e.g., one party defines a short-list of candidates and another party elects from that short-list) is a characteristic of *compound elections*. The contribution of each party is necessary for reaching an outcome, so they are mutually dependent and responsible for the success of the election.

The purpose of this short paper is to discuss the interests embedded in *compound elections*, the negotiation issues that arise along with this kind of elections, difficult negotiation techniques used by parties to uphold their positions, and how an interest-based analysis may help to deal with those issues.

1 “More and more occasions require negotiation; conflict is a growth industry. Everyone wants to participate in decisions that affect them; fewer and fewer people will accept decisions dictated by somebody else. People differ, and they use negotiation to handle their differences. Whether in business, government or the family, people reach most decisions through negotiation.”(Fisher & Ury, 2012, p. 60).

To support the discussion, we will use as reference point some examples of *compound elections* in the United States and Colombia, explaining how they work, what interests are at stake, and identifying related negotiation issues and complicated tactics used in past and ongoing *compound election* processes.

We will also conduct an interest-based analysis of *compound elections*, identifying the seven elements of negotiation and assessing how are they represented in this kind of elections. Finally, we will conclude the paper by discussing how negotiation skills can help to have more efficient, transparent and objective *compound elections*.

2. IDENTIFYING COMPOUND ELECTIONS

2.1. The United States “Appointment clause.”

The “appointment clause”² of the Constitution of the United States of America provides a system of “advise and consent” (White, 2005) from the federal Senate for the confirmation in office of several public servants appointed by the President, including all cabinet secretaries, ambassadors, judges of the Supreme Court and federal judges (Weaver, 2015).

In this example, the candidate appointed by the President must undertake a process of scrutiny through the relevant Senate committee to get confirmation from the full federal Senate (Weaver, 2015). The President’s candidate cannot take the oath without such confirmation. In this system, the President role is to nominate an appointee, while the Senate role is to confirm or reject the President’s appointee. The Senate does not elect between various candidates; the election power is to either confirm or reject the appointee (Weaver, 2015, p. 1729).

This check and balances system (Weaver, 2015, p. 1727) seeks to control the access to the highest public offices with the participation of both the executive branch and the legislative branch: the President is free to appoint the candidate of his/her preference, but that candidate must pass Senate confirmation. On the other hand, the Senate has no direct influence on the definition of the

2 “He shall have power, by and with the advice and consent of the Senate, to make treaties, provided two thirds of the Senators present concur; and he shall nominate, and by and with the advice and consent of the Senate, shall appoint ambassadors, other public ministers and consuls, judges of the Supreme Court, and all other officers of the United States, whose appointments are not herein otherwise provided for, and which shall be established by law: but the Congress may by law vest the appointment of such inferior officers, as they think proper, in the President alone, in the courts of law, or in the heads of departments.” *United States Constitution* art II § 2.

appointee but has the power to reject the confirmation of the President's proposal (Weaver, 2015).

2.2. Colombian systems of compound elections

Like the US Constitution, the Colombian Constitution (1991) also created several systems of *compound elections* to provide the head officer of the most important institutions in the Country and the judges of the most important court.

These systems aim to preserve the independent nature of the relevant institutions (since they are not part of the executive branch, and they do not depend on the President's authority), following a *check and balance* inspired model that comprises the contribution of various branches of power. We make a concise review of some Colombian compound election systems below:

- **Prosecutor General**

The Office of the Prosecutor General ('OPG') investigate the facts that may constitute crime or offences and is entitled to press charges before courts. The OPG is one of the most important public offices in the country, as it is entitled to establish the criminal prosecution policy, conduct the investigation of major crimes and criminal organisations, and also decide the policy of plea bargains (Colombian Constitution, 1991, art. 250).

Article 249 of the Colombian Constitution provides that the Supreme Court of Justice elects the Prosecutor General from a three-candidate short-list prepared by the President. It is also provided that candidates must have the same qualifications required by the Constitution to be a judge of the Supreme Court of Justice.

The OPG is particularly important in the current Colombian political scene because the criminal prosecution policy will be crucial for the development of the peace agreements recently reached by the government with FARC guerrilla.

- **Inspector General**

The Office of the Inspector General ('OIG') is entitled to conduct investigations and impose disciplinary sanctions over those who hold public office. It also has the power to intervene in processes before judicial or administrative authorities when it becomes necessary to defend the legal order, the public domain, or fundamental rights and guarantees (Colombian Constitution, 1991, art. 277).

The OIG is particularly important in the Colombian political scene because it has the power to remove almost any executive or legislative officer –including publicly elected ones such as city mayors and local legislators–(Colombian Constitution, 1991, art. 278). It also has the power to ban a public servant from politics and public duties, so it turns to be very important for the future configuration of local and national politic forces.

Article 276 of the Colombian Constitution provides that the Senate elects the Inspector General from a three-candidate shortlist arranged with nominees proposed by the President, the Supreme Court of Justice and the Council of State, one each.

- **Comptroller General**

The Office of the Comptroller General (‘OCG’) supervises the management of public funds. It is entitled to conduct investigations and impose monetary sanctions over those who manage public funds –mainly public officers–(Colombian Constitution, 1991, art. 268).

The importance of the OCG is similar to the OIG because it has the power to ban public officers from future exercise. The OCG is also very relevant because it can enforce preventive actions (such as freezing bank accounts or restraining deals over the property), and impose economic penalties.

Article 267 of the Colombian Constitution provides that the whole Congress elects the Comptroller General from a three-candidate shortlist arranged with nominees proposed by the Constitutional Court, the Supreme Court of Justice and the State Council, one each.

This election system was recently modified (Constitutional Amendment Nº 2 / 2015). The new provision states that the whole Congress elects the Comptroller General by the absolute majority from a shortlist arranged through a public call.

- **Judges of the Constitutional Court**

The Constitutional Court (‘CC’) is entitled to safeguarding the integrity and supremacy of the Colombian Constitution. It has the power to void statutes for unconstitutionality charges and to provide the correct interpretation of statutory provisions under the Constitution. It is also the closing court in judicial procedures related to the protection of constitutional rights (Colombian Constitution, 1991, art. 241).

The CC has significant importance within the Colombian political environment due to its power to interpret and void statutes. It also has a tradition of judicial activism when facing major social and political issues, mainly when there is significant inaction of the executive and the legislative branches (Constitutional Court of Colombia, 2011).

The CC is currently under the spotlight because of their role in the validation of the statutes and rules needed to implement the peace agreements recently reached by the government with FARC guerrilla. The success of the peace agreements relies on the validation and the interpretation by the CC of the entire set of provisions that will develop those agreements (“Así fue el arranque del plebiscito”, 2016).

Article 239 of the Colombian Constitution provides that the Senate elects the judges of the CC from three-candidate shortlists presented by the President, the Supreme Court of Justice and the Council of State. Each nominator provides shortlists for three benches (for a total of nine).

2.3. Examples of issues in compound elections

From a negotiation perspective, the significance of these elections can be identified in the following examples, where several difficult negotiation techniques were used to influence the result of a relevant compound election:

- **2016 US Supreme Court election.**

We identify an issue in the succession process of the US Supreme Court vacating bench left after the death of Justice Antonin Scalia in February 2016. On March 2016 former President Barack Obama nominated Merrick Garland (Chief Judge of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit) to fill Justice Scalia seat (Meko, Keating, Uhrmacher & Stamm, 2016).

Being nominated by a Democrat President, the peculiarity of the situation is that Chief Justice Garland had to go through a Republican-controlled Senate to secure confirmation (Weaver, 2015, p. 1729). Taking into account that 2016 was an election year, it was reported that Republican Senate leaders held the confirmation of Chief Justice Garland until a new President was elected (Kessler, 2016).

The nomination of Chief Justice Garland remained before the US Senate without a decision –months after being presented by former President Obama–. It was one of the most prolonged periods taken by the US Senate to confirm a Supreme

Court nomination (The White House, n. d.). Short after getting to the Oval Office, President Donald Trump nominated Justice Neil Gorsuch in replacement of Merrick Garland for the vacant seat in the US Supreme Court (de Vogue, 2016).

From a negotiation skills perspective, it is perceived that the US Senate held the confirmation of Chief Justice Garland because of his liberal ideological background, which differs from the conservative approach that characterised deceased Justice Scalia (Bonica, Chilton, Goldin, Rozema & Sen, 2016). We perceive this situation as a difficult negotiation tactic from the Republican Party to force a change of nominee trying to keep a conservative ideological composition of the Supreme Court, holding the election until a new President got in office (Milbank, 2016).

Justice Gorsuch –Trump’s new nominee– has a conservative background much more appealing to the Republican Party and closer to the tradition set by the late justice Scalia. The Republican-controlled Senate confirmed him on April 2017 only two months after his nomination (Liptak & Flegenheimer, 2017).

• 2012 election for Inspector General of Colombia

On September 2012, three months before the end of his period, the Inspector General in Office (Alejandro Ordoñez Maldonado) started a silent campaign to be shortlisted for re-election as Inspector General for a second period. In a move without precedents, he managed to be appointed as the Supreme Court candidate way before the other nominators –the President and the State Council– appointed their candidates (“Corte Suprema terna”, 2012).

The early appointment as a candidate of the Inspector General in office was significantly criticised. The Inspector General in office managed to get great support in Congress for the upcoming election (“En Senado crece apoyo”, 2012). There was an investigation to establish whether the Inspector General in office unduly used his powers to secure votes for his appointment by the Supreme Court and for the election in Congress (“¿Está viciada la reelección”, 2014).

The President and the State Council where presumably deterred from appointing a strong candidate for the shortlist, given that the Inspector General in office secured enough support way before they started their internal processes to appoint a candidate (“Carrera para Procurador”, 2012). Finally, in November 2012 the Inspector General in office was re-elected by Congress for a second term until January 2017. During the election in Congress, the candidate appointed by the President resigned to be a part of the shortlist, so the election was made from a two-person shortlist (“Senado reelige a Alejandro Ordóñez”, 2012).

The election was judicially challenged before the State Council. In September 2016, the Court decided to annul the re-election of the Inspector General after finding that Mr. Ordoñez used his power while being in office to secure the vote of some Justices of the Supreme Court that participated in his nomination by giving jobs to their family members (Colombian State Council, n. d.).³

• 2009 election for Prosecutor General of Colombia

On 2009, President in office Alvaro Uribe Velez –second term– had a history of bad relationships with the Supreme Court, mainly as a consequence of severe accusations of espionage over some judge’s allegedly ordered by the President’s office (“La mala ‘racha’”, 2015). The relationship was also deteriorated due to the strong approach of the Supreme Court against politicians related to armed guerrillas (a famous scandal known as ‘parapolítica’) (“La mala ‘racha’”, 2015).

By August 2009, President Uribe presented to the Supreme Court a three-candidate shortlist for the election of the next Prosecutor General. The first shortlist was heavily criticised by the Supreme Court arguing that the candidates did not have proper academic and professional criminal law background for the OPG (“Nueva terna para fiscal”, 2009). This gesture was publicly seen as an action to block the election in retaliation from the Supreme Court against the President for the espionage accusations (“Corte Suprema devuelve”, 2009).

Consequently, and for the first time in history, the Supreme Court declared the shortlist nonviable and returned it to the President (“Corte Suprema devuelve”, 2009). The President recomposed the shortlist and sent it to the Supreme Court. During the issues related to the President’s shortlist, many of the appointed candidates resigned to be part of it (“Renuncia de Juan Ángel”, 2009).

After further criticisms related to the criteria to nominate the candidates, the Supreme Court finally accepted to vote. However, the necessary number of votes was never accomplished (“Corte seguirá votando”, 2010). The public opinion assumed these actions as a stringent strategy from the Supreme Court to reject the election of any appointee from President Uribe, taking into account that his term in office was about to end (“Corte seguirá votando”, 2010).

By rejecting all the shortlists presented by President Uribe, the Supreme Court held the election until the new President got in office. And so did happen, once President Juan Manuel Santos got in office, he changed the shortlist appointing three new candidates according to the criteria determined by the Supreme Court

3 Colombian State Council, Press release < <http://www.consejodeestado.gov.co/prensacde.php#>>.

in the past rejections (“Gobierno presenta nueva terna”, 2010). The Supreme Court finally elected a new Prosecutor General in December 2010, almost one year and a half after the former Prosecutor General left office.

The incident proved the power of the Supreme Court in the negotiation for electing a new Prosecutor General, forcing their point of view regarding the skills and background of the candidates, and standing against the presidential capability to appoint candidates into the shortlist.

In summary, the examples reviewed above allow us to identify that difficult negotiation techniques are frequently used in compound elections as an instrument to destabilise the balance of power between the nominator and the elector. Since neither of them has the final say in the election outcome, they have an incentive to use difficult tactics to interfere in the decision of the other party, trying to allocate their interests better following a positional bargaining approach.

We can also identify that the use of difficult tactics is encouraged by the lack of clear and objective criteria applicable to the nomination and the election processes. We will address these issues in the interest-based negotiation analysis below.

3. INTERESTS-BASED NEGOTIATION ANALYSIS

Following the seven elements framework explained in *The Handbook of Dispute Resolution* (Moffitt & Bordone, 2005), we will undertake an interest-based negotiation analysis of compound elections, discussing how this approach may help to get better outcomes in this kind of elections.

3.1. Parties

We can identify multiple parties in compound elections:

- The decision makers: the nominator and the elector that integrate each part of the compound election.
- The candidate (s), nominee (s) or appointee (s).
- The receptor (e.g., the people or a specific group of people).
- The person currently/formerly in office.
- Third parties (such as interest groups, media, unions, NGO’s, etc.)

3.2. Interests

The variety of parties creates different sets of interests⁴ at stake. The nominator's interests are to provide a good candidate (regarding academic background, experience, abilities, etc.) and to secure the position with someone of his/her confidence and probably someone from the same political or ideological scope. The nominator may also be interested in securing influence over the appropriate office through the candidate.

The elector is interested in fulfilling his/her duty (provide an outcome of the assigned task), delivering a transparent election process and choosing the best available option (in terms of academic background, experience, abilities, etc.). The elector may also be interested in influencing over the relevant office through the chosen candidate.

A candidate's main interest is to be elected. Another interest may also be to reach a unanimous election to have a stronger position once in office and to secure future supports to their decisions.

The receptor interests are getting a fast election, getting the best available candidate, having a transparent and objective election process, and securing accountability from the nominator, the elector and the elected candidate. Third parties may share these interests.

The person in office may be interested in securing a steady transition, as well as the continuance of his/her policies and the completion of projects. He/she may also be interested in not having criticisms, inquiries or investigations over past actions and decisions. In some cases where re-election is allowed, the person in office may be interested in being nominated for a new term.

Finally, it is important to point out that all parties have a shared interest: to get an effective outcome of the compound election (this includes a fast, transparent and objective election). This shared interest is the main incentive to pursue a cooperative interest-based approach, encouraging communication to develop value-creating options that help to get to the shared goal faster and more efficiently.

4 "A party's basic needs, wants, and motivations are commonly referred to as its *interests*." (Moffitt & Bordone, 2005, p. 280)

3.3. Alternatives

There is not much room for alternatives⁵ for the parties involved in compound elections. As seen in the examples from the United States and Colombia, both the nominator and the elector usually must fulfil their duty by constitutional or legal mandate, so they cannot just walk away from it without being in breach of their responsibilities. This fact creates a significant incentive to cooperate through negotiation because a non-cooperative position will probably lead to a stall situation where the election gets blocked against the responsibilities of both the nominator and the elector.

Alternative pathways for both the nominator and the elector are usually difficult negotiation techniques. From the nominator's perspective, public criticism and media attacks are frequently used as a difficult tactic to press the elector to speed up the election process or to restrain the elector in the assessment process of candidates.

From the elector's perspective, holding or distracting the election, taking a long time in the assessment process, and deeply criticising a candidate's skills and background may be used as a hard negotiation technique to push the nominator to withdraw a candidate.

Opposing to this limited alternative panorama of the nominator and the elector, a candidate always has the alternative to withdraw himself/herself from the election process by resigning to the nomination (or shortlist). This approach is not entirely easy though because resigning may be considered has a disloyal action against the nominator (who trusted the candidate in the first place by proposing his/her name).

From the receptors and third parties' perspective, usually it is not mandatory for them to have a say in a compound election –neither in the nomination nor in the election processes–, so there is not much room for alternatives. Receptors and third parties may try to participate in the compound election encouraging media coverage over the actions of both the nominator and the elector and setting the spotlight over the skills and background of the candidates. This may be used as a difficult technique to put pressure on the relevant parties and to give more transparency to the process overall.

5 “By definition, an alternative to agreement must be a course of action that the negotiator can implement without the consent of the other negotiator (s).” (Moffitt & Bordone, 2005, p. 283).

3.4 Options

“*Options* are possible agreements or pieces of a potential agreement upon which negotiators might possibly agree” (Moffitt & Bordone, 2005, p. 283). Compound elections are fertile ground for value-creating options that better satisfy all parties’ interests.

If interest-based negotiation is the path taken, it should be introduced a negotiation process (Bordone & Todd, 2005) from the beginning of the compound election, where the nominator may hear receptors, third parties, potential candidates, representatives of the elector and even the person in office, to elaborate a common framework of nomination criteria. Cooperation between all parties will be the key in this option, having in mind that enhanced criteria will provide a better and faster outcome (which is a shared interest among all parties).

By participating in the creation of such a framework, all parties will feel involved in the process and bounded by the selected criteria. This strategy will generate a legitimization effect over the entire process because all the relevant parties will have an incentive to relocate their efforts to secure the success of the process instead of trying to obstruct it.

This cooperative approach may also work during the election part of the process. The elector should be open to hearing the opinion of all the parties as well as an overview of all the candidates in a public and transparent way. The elector should also discuss jointly defined criteria for the election.

All these options may help increase accountability from the decision makers, transparency of the process, and a faster and better outcome based on reliable objective criteria.

3.5. Legitimacy

As discussed above, criteria are the keystone for improving the outcome of compound elections. Most of the criticisms that surround this kind of elections are that they tend to be subjective and very politicised. Most of the public offices filled through compound elections are highly technical and endure high levels of responsibility. Therefore, the allocation process of the head officers should guarantee that the most prepared and capable are selected.

The legitimacy of compound elections may increase by establishing objective selection criteria for both the nomination and the election processes. These criteria should include specific skills and academic background (according

to the profile of the public office), records of good behaviour, lack of criminal records, the argumentative level of previous decisions, etc.

Moreover, getting all parties to participate in the definition of the applicable criteria will increase the legitimacy of the compound election overall, because it will bound all parties' interests towards the success of the election, and will also allow value-creation through the contribution of all relevant parties.

Subjective or non-relevant criteria should be excluded when defining the framework of criteria. Race, sexual preferences, religion, political liaison, ideology, etc., should be strictly rejected from nomination and election criteria.

3.6. Communication

Communication⁶ also plays a key role in compound elections. Both nominators and electors –as main roles of the process– should guarantee that the procedures they undertake to reach a decision are as public, clear and transparent as possible.

However, communication in compound elections should not be restricted to the transparency of the process. Nominators and electors should engage an effective communication with the rest of the relevant parties, allowing adequate meetings and hearings where they can appropriately explain their interests. This approach will also create a proper environment for value-creating options.

3.7. Relationship

Most of the complexities of compound elections originate in relationship issues between all the parties involved. There is usually a lot of political tension between the nominator and the elector, as they usually represent different branches of power that are expected to counterbalance each other.

Both the nominator and the elector usually owe accountability to receptors and third parties –public accountability–, even more if they are publicly elected. This characteristic encourages nominators/electors to keep a good relationship with the public. It also encourages them to seek for efficient strategies to fulfil their duties and their political obligations without harming their relationship with public electors.

6 'the *communication* process by which parties discuss and deal with the preceding six elements of negotiation.' (Moffitt & Bordone, 2005, p. 284).

This set of entangled relationships supports interest-based negotiations as an effective strategy to satisfy in the best possible way the interests of all the parties involved without harming the complicated relations between them. A cooperative approach reduces the risk of fractures on the relationships between parties because it merges all the available efforts towards the common interests among all parties: getting an efficient outcome of the compound election.

3.8. Commitments

From the commitment perspective, the ball is in the field of the decision makers. If a framework of criteria applicable to the nomination and the election process is discussed with all the relevant parties, decision makers should firmly commit to those criteria when undertaking their duties.

As discussed earlier, good communication, relationships, accountability and transparency may help assuring decision makers will follow the objective standards designed to improve the compound election process. In any case, decision makers have an incentive to honour their word and fulfil their commitments, because any lack of trust may be negatively reflected in future elections.

4. CONCLUSION

The interest-based analysis discussed above helped us to identify several interests surrounding compound elections. We observed that parties frequently use difficult negotiation tactics to endorse their interests. We also recognised that compound elections usually don't have a determined process to conduct negotiations between all the incumbent parties.

The discussed negotiation skills can help to have more efficient, transparent and objective compound elections. A process that allows all parties to contribute to the design of a framework of criteria applicable to the nomination and election stages may help to get a better outcome of the compound election in terms of time, expenditure and quality of the decision.

Having a strong communication between parties may encourage the formation of value-creative options that can help to improve compound elections. Those value-creative options may include disclosure and public coverage of the entire process –for transparency purposes–, time limits for the nomination and the election stages, a framework of objective selection criteria, etc.

This strategy will suppose more participation of multiple parties and a consequential restraint of the discretionary power of the decision makers. This restraint should be balanced with the increased approval of the outcome derived from the involvement of all the incumbent parties in the process.

Being aware that compound elections mainly depend on the decision makers' discretionary power, it is crucial to have a public, serious and enforceable commitment from them to the agreed value-creative options.

REFERENCES

- Fisher, R., William, U., Patton, B., & Boutsikaris, D. (2012). *Getting to yes: negotiating an agreement without giving in*. *Getting to yes: negotiating an agreement without giving in*. London: Random House Business
- Moffitt, M. L., & Bordone, R. C. (Eds.). (2005). *The Handbook of Dispute Resolution*. San Francisco: Jossey-Bass.
- Bordone, R. C., Todd, G. S. (2005). Have You Negotiated How You'll Negotiate? *Negotiation*, 8(9), 3.
- Weaver, R. L. (2015). "Advice and Consent" in Historical Perspective. *Duke Law Journal*, 64(8), 1717-1753. Retrieved from <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol64/iss8/6>
- White, A. J. (2005). Toward the Framers' Understanding of "Advice and Consent": A Historical and Textual Inquiry. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 29(1), 103-148. Retrieved from <http://boydengrayassociates.com/wp-content/uploads/2005/01/White-Toward-the-Framers-Understanding-of-Advice-and-Consent.pdf>
- Colombian Constitution. (1991). Colombia.
- U.S. Constitution. (1787). United States of America.
- De Vogue, A. (2016). President Trump nominates Neil Gorsuch for Supreme Court. *CNN* (online). Retrieved from <http://edition.cnn.com/2017/01/31/politics/donald-trump-supreme-court-nominee>
- Bonica, A., Chilton, A., Goldin, J., Rozema, K. & Sen, M. (2016). New data show how liberal Merrick Garland really is. *The Washington Post* (online).

Retrieved from <https://www.washingtonpost.com/news/monkey-cage/wp/2016/03/30/new-data-show-how-liberal-merrick-garland-really-is>

La mala 'racha' que rodea a los exfuncionarios de Uribe. (2015, February 2). *Vanguardia*. Retrieved from <http://www.vanguardia.com/colombia/297530-la-mala-racha-que-rodea-a-los-exfuncionarios-de-uribe>

Inició debate en el Consejo de Estado sobre la demanda contra el procurador. (2016, April 19). *W Radio* (online). Retrieved from <http://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/inicio-debate-en-el-consejo-de-estado-sobre-la-demanda-contra-el-procurador/20160419/nota/3111772.aspx>

¿Está viciada la reelección del procurador Alejandro Ordóñez? (2014, July 2014). *Noticias RCN* (online). Retrieved from <http://www.noticiasrcn.com/nacional-pais/esta-viciada-reeleccion-del-procurador-alejandro-ordonez>

Nueva terna para fiscal. (2009, July 5). *El Espectador* (online). Retrieved from <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/nueva-terna-fiscal-articulo-149131>

Flegenheimer, M. & Adam, L. (2017, April 7). Neil Gorsuch Confirmed by Senate as Supreme Court Justice. *The New York Times* (online). Retrieved from <https://www.nytimes.com/2017/04/07/us/politics/neil-gorsuch-supreme-court.html>

Corte Suprema devuelve la terna para elegir Fiscal. (2009, September 17). *El Espectador* (online). Retrieved from <http://www.elespectador.com/noticias/judicial/articulo161954-corte-suprema-devuelve-terna-elegir-fiscal>

Así fue el arranque del plebiscito en la Corte Constitucional. (2016, May 29). *El Tiempo* (online). Retrieved from <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/plebiscito-por-la-paz-en-la-corte-constitucional/16605954>

Kessler, G. (2016, March 16). Does the Senate have a constitutional responsibility to consider a Supreme Court nomination? *The Washington Post* (online). Retrieved from <https://www.washingtonpost.com/news/fact-checker/wp/2016/03/16/does-the-senate-have-a-constitutional-responsibility-to-consider-a-supreme-court-nomination>

Meko, T., Keating, D., Uhrmacher, K., & Stamm, S. (2016, March, 7). Everything you need to know about appointing a Supreme Court justice. *The Washington Post* (online). Retrieved from <https://www.washingtonpost.com/graphics/politics/scotus-nominees>

- Milbank, D. (2016, April 5). Republicans duck and run from Merrick Garland. *The Washington Post* (online). Retrieved from https://www.washingtonpost.com/opinions/republicans-duck-and-run-from-merrick-garland/2016/04/05/20e5c680-fb6b-11e5-80e4-c381214de1a3_story.html
- Corte Suprema terna a Alejandro Ordóñez para su reelección en la Procuraduría. (2012, August 30). *Caracol Radio* (online). Retrieved from http://caracol.com.co/radio/2012/08/30/nacional/1346326680_753028.html
- Renuncia de Juan Ángel Palacio y reunión Uribe-Corte, parecen destrabar elección de nuevo Fiscal. (2009, October 14). *El Tiempo* (online). Retrieved from <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-6352827>
- Senado reelige a Alejandro Ordóñez como Procurador General. (2012, November 27). *El Tiempo* (online). Retrieved from <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12403313>
- Carrera para Procurador: ¿terna de uno? (2012, November 1). *Semana* (online). Retrieved from <http://www.semana.com/nacion/articulo/carrera-para-procurador-terna-uno/267250-3>
- Corte seguirá votando la terna para Fiscal, pese a denuncias. (2010, August 6). *Semana* (online). Retrieved from <http://www.semana.com/nacion/articulo/corte-seguira-votando-terna-para-fiscal-pese-denuncias/120179-3>
- Gobierno presenta nueva terna para la elección de Fiscal General. (2010, November 3). *Semana* (online). Retrieved from <http://www.semana.com/nacion/articulo/gobierno-presenta-nueva-terna-para-eleccion-fiscal-general/124058-3>
- En Senado crece apoyo a reelección del Procurador. (2012, February 7). *El Espectador* (online). Retrieved from <http://www.elespectador.com/noticias/politica/senado-crece-apoyo-reeleccion-del-procurador-articulo-325223>
- Darwin, F. (2016, May 9). Negotiation Skills Workshop Welcome! Lecture delivered at the Negotiation Skills MLM subject. University of Melbourne.
- Constitutional Court of Colombia. (2011). *Main Decisions*. Retrieved from <http://english.corteconstitucional.gov.co>
- The White House. (n. d.). *President Obama's Supreme Court Nomination* The White House. Retrieved from <https://www.whitehouse.gov/scotus>

Hacinamiento carcelario: reflexiones críticas en el constitucionalismo colombiano

Prison Overcrowding: Critical reflections in Colombian constitutionalism

*Jeffrey Arcos-Troyano**

Fecha de recepción: 10 de septiembre de 2017

Fecha de aceptación: 29 de enero de 2019

RESUMEN

Este artículo intenta poner de presente una crítica de implicaciones ético-jurídicas que subyacen al momento de ser decretado, por parte de la Corte Constitucional colombiana, un estado de cosas inconstitucional frente al problema del hacinamiento en las cárceles. Se resalta no solo la vulneración masiva de derechos fundamentales, sino también la indiferencia con la que operan los ciudadanos en Colombia, que relegan a una minoría de la población que se vuelve vulnerable ante ese trato residual de la sociedad y de un Estado que se niega a resolver ese problema, aduciendo un déficit presupuestal y una incapacidad de sus instituciones para hacerle frente, atacando desde varios frentes la labor hecha por la Corte en esta trascendental sentencia.

Palabras clave: hacinamiento carcelario, dignidad humana, sentencias estructurales, estado de cosas inconstitucional, neoconstitucionalismo, Corte Constitucional.

ABSTRACT

This article attempts to present a critique of ethical and legal implications underlying at the moment of declaring an unconstitutional state of affairs against the problem of overcrowding in prisons by the Colombian Constitutional Court, highlighting not only the massive violation of fundamental rights, but also the indifference with which operate citizens in Colombia, relegating to a minority of the population becomes vulnerable to the residual treatment of society and a State that refuses to solve that problem, citing a budget deficit and an inability of its institutions to face them; attacking on many fronts the work done by the Court in this important decision.

Keywords: prison overcrowding, human dignity, structural judgments, unconstitutional state of affairs, neoconstitutionalism, Constitutional Court.

* Candidato al título de abogado en la Universidad Santiago de Cali, estudiante de Licenciatura en Filosofía en la Universidad del Valle. Editor legal del portal Actualícese.com. Correo electrónico: jotarcos@live.com

INTRODUCCIÓN

La Sentencia T-153 de 1998 de la Corte Constitucional, presidida por la ponencia del magistrado doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, constituye un pilar fundamental para el constitucionalismo colombiano, a razón de que puso en vista del país una crisis carcelaria ignorada por la mayoría de la ciudadanía hasta ese momento. A partir de allí se propusieron debates éticos y jurídicos respecto a la calidad de vida a la que debía ajustarse el sistema carcelario en Colombia. Muchos compromisos se hicieron desde las instituciones del Estado por encontrarse con la presión de los medios de comunicación, sin embargo, tales compromisos no se materializaron en hechos concretos que resolvieran realmente el problema del hacinamiento de las cárceles.

Pese a los intentos fallidos que dejó esa sentencia, es importante rescatar el impulso que dio al activismo judicial en el que se encontraba la Corte Constitucional en esos momentos, porque en ella se defendieron categorías de derechos fundamentales de una población invisible que no se podía defender por encontrarse proscrita de la actividad ciudadana, una población despreciada y segregada a la que todos habían olvidado a razón de la comisión de conductas punibles. No obstante, la Corte Constitucional, en su operativa objetividad, no podía seguir ignorando tan aberrante situación de deficiencia en la calidad de vida de esta población, y se encargó de analizar tal situación en aras de proponer una solución que, primero que todo, pusiera en el mapa a dicha población y, segundo, les asegurara unas garantías mínimas de dignidad a sus miembros como sujetos de derechos.

Este artículo defiende que la acción de tutela es el mecanismo jurídico idóneo para proteger este tipo de derechos, aun cuando exista una evidente precariedad institucional y financiera por parte del Estado colombiano para hacerle frente a este problema social. En esa medida, se sostiene en este trabajo que los derechos fundamentales en este caso vulnerados no pueden desplazarse argumentando que existen otras prioridades en la agenda en las que deban ser invertidos los recursos del fisco, bajo la tesis del interés general y con la excusa de la incapacidad administrativa. Para defender esta postura, se acude a la doctrina que hace defensa de los derechos que se adhieren al principio de la dignidad humana, pilar fundamental en el que descansa el Estado social de derecho. En la medida en que se realicen esas aproximaciones teóricas, se hará referencia a ciertos apartados de la sentencia que permitan hacer un ejercicio reflexivo sobre el sentido del fallo de la Corte que legitime, en esa medida, el curso de acción ofrecido por esta entidad para la protección de la población carcelaria.

Este artículo se compone de tres partes: en la primera parte, se hace una aproximación, en clave constitucional, a la pertinencia de la defensa de los

derechos fundamentales de los reclusos desde el mecanismo de la acción de tutela, para validar jurídicamente la vía que se ha optado para poner en relieve este problema de orden nacional; en la segunda parte, se eleva la abstracción del discurso jurídico hasta un nivel deontológico en clave ética, para poner de presente una crisis de la ciudadanía, que de fondo es culpable de la situación actual de hacinamiento de los reclusos en Colombia; por último, se traslada la discusión a la obligación para el Estado colombiano de seguir creando, desde el neoconstitucionalismo, apuestas eficientes tendientes a la solución del problema que se trabaja.

1. ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A LOS DERECHOS DE LOS RECLUSOS

La acción de tutela es una garantía constitucional que se encuentra prevista en el artículo 86 de la Constitución Política. Fue una de las grandes conquistas que se alcanzaron con la expedición de la Constitución de 1991, sin embargo, ha sido una especie de piedra en el zapato para muchas instituciones y agentes que en ocasiones se quejan de la imposibilidad de hacer efectiva la materialización o restitución de derechos ordenada por los jueces de tutela. De hecho, existe un debate sobre el alcance de este mecanismo judicial, que aparentemente otorga unos poderes exorbitantes a la Corte Constitucional, entidad creada para confiarle la guarda de la Constitución, según el artículo 241 de la Carta Política. Esos poderes la han llevado a que en sus interpretaciones le dé un alcance más significativo a la jurisprudencia con referencia a las fuentes del derecho, pasando de tener un carácter meramente auxiliar, como se establece literalmente en el artículo 230, a tener un vínculo obligatorio de alcance *erga omnes*, con ciertos argumentos optimistas frente a la doctrina del precedente que se podrían sintetizar básicamente en tres postulados fundamentales:

La imposibilidad de trazar una barrera fronteriza entre la creación del derecho mediante la ley y su aplicación “mediante la jurisprudencia [...] para garantizar (i) la coherencia del sistema jurídico [...] (ii) su estabilidad [...] y (iii) el respeto del principio de igualdad” (Bernal Pulido, 2008, p. 86).

El desarrollo de estos argumentos se hace por vía de la propia jurisprudencia de la Corte a partir de 1992. Este desarrollo jurisprudencial es analizado en el libro *El derecho de los jueces* (López Medina, 2006), a través de una doctrina denominada *nuevo derecho*, en oposición al *derecho tradicional*, en la que se resalta el papel de los principios por encima de las reglas o el derecho legislado que agoniza en eventos en los que la ley es incapaz de proteger ciertos derechos que se garantizan por vía de constitucionalidad. En ese sentido, lo que argumenta Diego López Medina en defensa del nuevo derecho es que los jueces en ocasiones se ven maniatados para resolver casos difíciles porque el

legislador no ha previsto ciertas situaciones para resolverse a través de la ley (22006, pp. 323-324), momento en el cual el juez debe arreglárselas haciendo un equilibrio discrecional de los principios generales del derecho para resolver el caso que tiene en sus manos, intentando garantizar los derechos fundamentales que se encuentren vulnerados. Sin embargo, esa corriente no ha terminado de convencer a todos los juristas en Colombia, debido a que cierto círculo se opone a esa visión altruista y activista de la Corte Constitucional, y considera que el nuevo derecho es una doctrina que va en contravía de la naturaleza del Estado de derecho y vulnera el principio de legalidad, toda vez que no aplica las reglas establecidas en el derecho legislado, abriendo un margen de interpretación tan amplio que deja el sentido de la justicia al antojo del juez de turno. De esa forma lo ha propuesto Javier Tamayo¹, cuando señala que: “un sistema que desconozca las leyes y el mundo normativo en general, como lo hace el nuevo derecho, para entregarle a los jueces en un sistema de derecho escrito como el nuestro, toda la capacidad creativa incluida la de hacer leyes con carácter general, bajo el maquillaje de la interpretación, es la negación misma del Estado de derecho” (Tamayo Jaramillo, 2011, p. 133).

Tal vez los defensores del derecho tradicional tengan razón en cuanto al poder político que en algún momento pueda ganar la Corte Constitucional con el alcance de sus sentencias. No obstante, vale advertir que hasta que otra institución del Estado con más representación democrática, como el Congreso de la República o el Gobierno nacional, valore y decrete prerrogativas para grupos en estado de vulnerabilidad e invisibilización, como los reclusos hacinados, no podemos seguir pensando que una lucha de élites estatales está por encima de los intereses y derechos individuales de esta población, que se encuentra bajo la responsabilidad del Estado colombiano y que lo obliga a través del derecho al debido proceso, establecido en artículo 29 de la Constitución Política, más aún cuando uno de los accionantes de la T-153 de 1998 manifiesta que:

Si uno cae a una cárcel debería de tener un mínimo espacio para dormir y tener servicio de agua, en estos momentos después de una hora de habernos encerrado el calor es insoportable la temperatura debe pasar de 30 grados, no hay donde recibir aire, el aire que se respira es caliente lo mismo que el aire que circula, al cual le podíamos dar interpretación como derecho a la propiedad, lo que quiero con la presente acción de tutela es que el gobierno haga la forma de buscar soluciones pues no se justifica que haya que haber violencia, muerte o destrucción para poder que el Estado entre a arreglar soluciones como las que estamos viviendo, yo por mi parte me mantengo atemorizado oyendo rumores de que no esperamos si no que cualquiera

1 Volveré sobre este punto con detalle en la sección titulada “Interpretación judicial garantista”.

arranque para mostrarle a este gobierno que en Bellavista somos capaces de destruir este pabellón en menos de medio día.

Teniendo la evidencia de una declaración de este tipo, no se puede seguir desviando la atención hacia otras implicaciones de fondo que acarrea el uso de la acción de tutela como mecanismo idóneo de protección efectiva de derechos fundamentales, porque, como ya se ha dicho reiteradamente, la incompetencia y la falta de voluntad de las instituciones democráticas frente a la solución de este problema no puede seguir siendo la excusa que exonere a los agentes públicos de implementar soluciones efectivas que controlen el hacinamiento en las cárceles.

2. LA DIGNIDAD HUMANA Y LAS EMOCIONES QUE LA INSPIRAN

Colombia, como Estado social y democrático de derecho, descansa en el principio de la dignidad humana, tal y como se ha establecido en el artículo 1º constitucional. Tal principio tiene un carácter generalísimo en el que cabe una multiplicidad de derechos que se orientan bajo su linaje, y que involucran así mismo algunos deberes por parte del Estado

De esta manera, la forma del Estado supone una interesante relación entre derechos y deberes que en algunos casos supone la condición de posibilidad de su ejercicio recíproco. En el marco de la solidaridad, solo es posible el goce de los derechos si se ejecutan los deberes (Upegui Mejía, 2009, p. 77).

Esa relación armónica que se predica de los derechos y deberes no puede arrebatárseles a los reclusos por su condición de condenados, pues ello no les excluye sus derechos fundamentales como personas y ante todo conservan su estatus de nacionales colombianos, sin importar la conducta punible por la que se les condene judicialmente. Se configura así el respeto por la igualdad en relación con la dignidad humana. En ese sentido, vale la pena considerar un aparte escrito por Dworkin en *La democracia posible* (2008), en el que se abordan implicaciones éticas sobre los derechos humanos de las personas acusadas de terrorismo recluidas en la Cárcel de Guantánamo, jurisdicción de los Estados Unidos de América, para analizar el papel de la dignidad humana en relación con la responsabilidad de los gobiernos:

Debemos decir que el derecho fundamental es el derecho a ser tratado con una determinada actitud, una actitud que exprese el reconocimiento de que toda persona es un ser humano cuya dignidad importa. Un gobierno puede respetar este derecho humano aun cuando algunas veces cometa errores a la hora de identificar qué derechos políticos más concretos debe respetar,

siempre que su equivocación sea honesta o bienintencionada. (Dworkin, 2008, p. 53)

No podemos, en ese sentido, seguir tratando con repugnancia a la población recluida en centros carcelarios a razón de la vergüenza que les inyecta la sociedad a través del límite a la libertad de movilidad que se genera con ocasión de su pena, haciéndolos sentir como anormales a través de nuestra actitud poco ciudadana, de la forma en la que lo denuncia la filósofa política Martha Nussbaum, de la Universidad de Harvard: “Respecto de la vergüenza como de la repugnancia, las sociedades seleccionan de modo ubicuo ciertos grupos e individuos para considerarlos vergonzosos, marcándolos como *anormales* y exigiendo que se sonrojen por lo que son y por quienes son” (Nussbaum, 2006, p. 207).

Nussbaum sostiene que la repugnancia es una emoción que se utiliza para justificar la criminalización de ciertas conductas reprochables por las mayorías, como la necrofilia, que perturban al *hombre medio*, y por ello es apenas lógico que la ley deba proteger a los ciudadanos de lo que les repugna. Eso es lo que proponen autores comunitaristas, como Amitai Etzioni (2001, p. 37): un buen ejemplo sería raparles la cabeza y enviar a casa quitándoles los pantalones a los jóvenes que expenden drogas ilegales. Sin embargo, una cosa es estar de acuerdo con penalizar por vía del derecho aquellas conductas que generan repugnancia en la mayoría de ciudadanos apelando a la racionalidad humana, y otra cosa es llevar esa repugnancia a las condiciones de vida en las que se va a mantener a esas personas en el tiempo que se encuentren recluidas. Trasladar esa repugnancia a las esferas carcelarias desnaturaliza la esencia del derecho penal y es indefendible si se intenta apelar al argumento de la racionalidad humana, por infligir daño directo a la dignidad de los reclusos.

Me interesa seguir trabajando estos tipos de categorías de la mano de Nussbaum porque considero que es una filósofa que entiende bien la categoría de emociones humanas y es muy didáctica a la hora de estructurar sus ideas. Por ejemplo, en *Emociones políticas* (2014), usa a Filoctetes, un héroe griego que luchó en la Guerra de Troya, para aproximarse al asco desde la historia de este personaje que fue abandonado por sus comandantes de camino a Troya en una isla, sin más compañía que su arco y sus flechas, y que luego enfermó gravemente a causa de la mordedura de una serpiente en el pie que le provocó intensos dolores e insoportables olores. Nussbaum escribe un pasaje que lleva a pensar inexorablemente en el padecimiento de las personas privadas de la libertad:

Al imaginarse tan vívidamente la vida de un hombre que ningún ojo humano ha visto en diez años, un hombre cuya humanidad misma ha quedado invisibilizada por culpa del ostracismo y el estigma, los hombres del coro hacen las veces de, y apelan a, la vida mental de los espectadores. Estos

son invitados así a imaginarse una vida de necesidad y sin hogar, un tipo de vida hacia el que las gentes prósperas rara vez dirigen su atención, un tipo de vida [...] que podría terminar siendo el destino incluso de los más afortunados en cualquier momento dado. (Nussbaum, 2014, p. 312)

Lo que se intenta hacer notar es que el espectador debe tener una emoción de compasión ocasionada por los infortunios del otro, de modo que ese espectador sea consciente de que la compasión tiene tres elementos fundamentales:

(i) El pensamiento de que el sufrimiento del otro es grave; (ii) el pensamiento de que esa persona no es la causa principal de su propio sufrimiento; y (iii) (en muchos casos sino en todos) el pensamiento de que ese sufrimiento se debe a cosas “como las que le pueden pasar a cualquiera” que vive una vida humana, y que, por lo tanto, es una posibilidad para los espectadores como lo era para los personajes que sufren. (Nussbaum, 2014, p. 316)

Los colombianos hemos marcado a los reclusos a través del olvido, desentendiéndonos de sus necesidades, de sus problemas y de su seguridad, y los encomendamos a una institución que se declara abiertamente incapaz de sostenerlos dignamente, situación ante la cual no nos inmutamos para hacer algo al respecto. Debemos recordar que el hombre, por naturaleza, es un ser que tiende al progreso personal. Nadie está condenado en Colombia a pasar el resto de sus días en prisión. La función de esta es resocializar al recluso para integrarlo luego a la vida civil, pero para ello debe asegurársele primero un proyecto existencial digno de ser vivido, escogido por él, y para que esto se cumpla se necesita poner en marcha un plan de educación y productividad que funcione efectivamente en las cárceles, pues es claro que, en los términos en que lo han denunciado los accionantes de la Sentencia T-153 de 1998: “aproximadamente 2400 internos tienen oportunidad de trabajar o de estudiar, pero [...] los espacios para trabajo no alcanzan para la cantidad de personas que solicitan un cupo”. Otros afirman: “¿Usted cree que esta gente se va a resocializar así? ¡Olvídese! Vea, por ejemplo, uno puede llegar aquí sano, pero uno aquí conoce la delincuencia. Aquí la gente le dice a uno: lo que usted hizo no lo debió haber hecho así, sino de esta otra forma. Si uno perfecciona el delito se vuelve un mejor delincuente, hasta consigue cartón, se puede graduar”.

Otro interno anota: “¡Cómo va a haber resocialización si la cárcel es para 1500 internos y solo en este patio hay 1300 internos! Entonces, ¿cuáles son las capacidades de rehabilitación, dónde están los centros educativos, los centros de trabajo? No hay nada, no hay nada que hacer”.

Volviendo al valor trascendental de la dignidad, el profesor de filosofía Ángelo Papacchini, de la Universidad del Valle, exalta, siguiendo a Kant, el papel

determinante de la razón humana para reclamar ante el mundo la comprensión del respeto por la dignidad del hombre, aduciendo que:

El hombre posee el privilegio de regirse por una ley asumida libremente por su propia razón, a diferencia de los demás seres vivientes que obedecen pasivamente a las leyes del instinto. Por cierto esta libertad, el don máspreciado de la humanidad, puede engendrar grandes males, debido a la presencia de impulsos y pasiones; pero la propensión al mal, que parecería comprometer el valor y la dignidad del ser humano, hace más meritorios los intentos de edificar un ordenamiento social fundado sobre el respeto de la igual, libertad y dignidad de todos. (Papacchini, 1997, pp. 223-224)

La intención de proponer este planteamiento de Papacchini está atada a la idea de construir en la conciencia no solo de los reclusos, sino de la ciudadanía en general, la esperanza de que el hombre sí puede resocializarse en algún momento para erigir con virtudes cívicas la construcción de un proyecto de vida alejado de la ilegalidad y la delincuencia, y que impulse la construcción de una nación más próspera e igualitaria. No se trata de plantear un modelo de vida por encima de otro, como en una especie de Estado paternalista o perfeccionista, lo que se intenta es sembrar liberalmente el optimismo por la humanidad creyendo que las personas pueden en algún momento resocializarse en su comunidad para llegar a transformarla.

No se puede renunciar a una salida sostenida en las virtudes cívicas que se cultiven democráticamente. Sé que la reflexión que haré a continuación presenta problemas por considerarse superflua y por no resolver de fondo el problema que he intentado denunciar en este artículo, sin embargo, creo fielmente que estas aspiraciones éticas sacuden en muchas ocasiones la conciencia de los buenos ciudadanos que cultivan en su personalidad el respeto por las humanidades. Coincido con el profesor Martín Urquijo (2011, p. 104) cuando afirma que se necesita una ética ciudadana en la que se hagan explícitos los valores, las normas y las costumbres que rigen socioculturalmente una buena sociedad. Esta sería aquella en la que cada ciudadano, junto con las instituciones sociales en su conjunto, tienden a que sus acciones propicien la generación, la protección y el bienestar de la vida humana. Urquijo sostiene en otro texto que a través de “las virtudes cívicas se puede combatir la indiferencia y la apatía por los asuntos públicos” (Urquijo, 2016, p. 127). Lo que intento decir no es cosa distinta a que es deber de todos los ciudadanos preocuparse por los padecimientos dolorosos de sus connacionales, en este caso de los reclusos hacinados en las cárceles.

El sentimiento de solidaridad debe imprimirse aquí como lo hizo en el caso de los damnificados por el desbordamiento de los ríos Mulato y Sancoyaco, que provocó una avalancha sin precedentes en Mocoa (Putumayo) la noche del 31

de marzo de 2017 y que dejó más de 200 fallecidos. Esta tragedia movilizó a muchos sectores de la ciudadanía colombiana para socorrer a los damnificados. Algún contradictor dirá que en el caso de Mocoa las personas recibieron toda la compasión de los colombianos porque no eran culpables de la violencia de la naturaleza que los afectó, mientras que, en el caso de los hacinados, sí lo son, porque ellos incurrieron en comportamientos contrarios a derecho, en ocasiones aberrantes y despreciables, que no les inspiran a los ciudadanos compasión para movilizarse por ellos, es decir, ellos no se lo han ganado y, *contrario sensu*, bien merecido tienen el trato que reciben actualmente en la cárcel.

No obstante, ese sentimiento solo dice cosas desde una perspectiva pulsional sostenida desde una postura pragmática que en ningún caso puede ser defendida por una institución gubernamental en Occidente, y menos en un Estado social de derecho. La racionalidad humana debe despertar emociones como la compasión y el perdón para la construcción de una sociedad más humanizada, orientada por un espectro de virtudes construidas democráticamente desde el republicanismo y que aspiren a ese progreso, pero sin dejar de lado las consideraciones sobre la naturaleza humana, en la que existen agentes propensos a la villanía que nunca darán cumplimiento a las reglas sociales, por más que se les persuade de respetarlas y que constantemente son sancionados. Para ellos ha propuesto una salida Philip Pettit:

En el nivel inferior, puede haber sanciones aplicables a todas las autoridades públicas, e idealmente sostenedoras del cumplimiento: sanciones, digamos, de persuasión y respeto. Pero si las sanciones de este nivel se revelan incapaces de mantener a alguien en línea —sin la persona la regulación en cuestión se revela villanesca—, se puede apelar entonces a sanciones de nivel superior, más severas. El proceso puede remontarse a sucesivas etapas, recorriendo ascendentemente la jerarquía hasta llegar a lo que Ayres y Braithwaite llaman el gran cañonazo. (Pettit, 1999, p. 298)

Se espera que el gran cañonazo (*benign big gun*) sea usado en una ocasión muy extrema, no con el común de los agentes, sino solo con aquellos que se han resistido a las sanciones neutral u optimistamente motivadas. El gran cañonazo consiste en “una medida de tipo incapacitorio que puede consistir, dependiendo del contexto, en el encarcelamiento del agente, en la retirada de la licencia para operar en un mercado, etc.” (Tena Sánchez, 2015, p. 6).

Existe una preocupación más sobre el bienestar de esta población: la calidad de vida en el desarrollo individual de su proyecto existencial, pues este periodo de su vida, que tiene lugar en el encierro, es solo un episodio que no integra un objetivo dominante en sus expectativas por alcanzar un modo de vida deseable. Soy consciente de que, si pidieran al vulgo una concepción sobre la

naturaleza humana de los criminales, estaría provista de una versión hobbesiana de la conducta humana, es decir, una percepción pesimista del hombre que lo calificaría como un ser esclavo de sus pasiones y apetitos (Hobbes, 1982, p. 48), sin ningún compromiso moral por fuera de su propia conservación existencial que lo obligare a una vida en sociedad y que, como plantea Dworkin, “lleva una vida aburrida y convencional, sin amigos íntimos, sin desafíos o logros, como si marcara el tiempo que le resta en su camino a la tumba” (2011, p. 196). No obstante, de conformidad con el sistema penal colombiano, que es a todas luces garante del principio de la dignidad humana (art. 1º del Código Penal), es posible argumentar que los dispositivos acusatorios están propuestos para la resocialización de las personas que purgan pena privativa de la libertad en los centros carcelarios, así que en adelante jugaré discursivamente con una visión optimista de la naturaleza humana, proponiendo que el hombre es un ser que persigue estadios de la vida tendientes al progreso personal y, por eso, las personas que están privadas de su libertad no están en el último episodio de su existencia; ese es solo un paréntesis que las invita a reflexionar para volver a tomar las riendas de sus objetivos más sagrados y encausar sus pasos siguientes por el camino del recto juicio.

Joseph Raz, profesor de filosofía del derecho en la Universidad de Oxford, propone que la búsqueda de una vida de bienestar depende de los compromisos personales que cada individuo se trace, dejando de lado el odio por el tipo de vida que cada cual lleva, en el caso de no tener una vida de éxito, es decir, las vidas provechosas dependen de las actividades que ponen a los sujetos en movimiento hacia el progreso personal. En una idea, lo que expresa Raz es que “Una vida puede prosperar solo a través de la búsqueda exitosa de actividades, y estas deben proseguirse por voluntad propia, y con el espíritu pertinente a la actividad en cuestión” (Raz, 2001, p. 18). Pero ¿cómo se puede esperar que una persona recluida en Colombia busque actividades para su progreso personal, cuando lidia con el estrés del hacinamiento en el lugar donde se encuentra? Está bien, la cárcel no es vacaciones, pero tampoco es ostracismo, y si se quieren lograr los propósitos del sistema penal colombiano, deben garantizarse unos mínimos de dignidad que les permitan a los sujetos repensar su papel en el universo, en un camino ascensional por las esferas más incómodas que sus capacidades personales puedan lograr.

La reflexión sobre el progreso personal que hace un recluso en el presente para potencializar su futuro fuera de la cárcel no debe pensarse como una meta estática o fija en el espacio y el tiempo, que al alcanzarse lo desobligue de seguir buscando el progreso personal. Es decir, la evolución no es algo que deba concebirse como una especie de meta que se alcanza con una determinada suma de acciones tendientes al progreso humano.

Hay algo de infantilidad en la idea de que la «evolución», el progreso, significa una suma determinada de realizaciones lograda para siempre y que, en su monto exacto, disminuyen la cantidad de lo que está aún por hacerse, eliminando definitivamente el mismo número de perplejidades y avanzando exactamente la misma distancia en nuestro camino hacia una meta final estable y definida. (Dewey, 2014, p. 299)

Más bien debe pensarse como un ideal infinito en el que el hombre sea consciente de que la finitud de su existencia está condicionada por las contingencias del espacio y el tiempo, es decir, que cualquier hombre debe hacer varios ejercicios reflexivos sobre el sentido de su progreso personal a lo largo de su vida, sin creer que llegó a un momento donde conquistó todo lo que quería para sí. En la medida que vaya cumpliendo ciertas metas trazadas, debe involucrarse escalonadamente en nuevos propósitos, consciente de que un modo de vida bueno contiene todo un universo de valiosos estados de cosas a conquistar.

3. EL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL Y EL GARANTISMO

De conformidad con lo señalado en la Sentencia T-025 de 2004, el estado de cosas inconstitucional es una figura usada por la Corte Constitucional cuando “se constata la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales, que afectan a multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención de distintas entidades para atender problemas de orden estructural”. En los términos de la Sentencia T-153 de 1998, esta figura se ha establecido con el fin de:

Buscar remedio a situaciones de vulneración de los derechos fundamentales que tengan un carácter general —en tanto que afectan a multitud de personas—, y cuyas causas sean de naturaleza estructural —es decir que, por lo regular, no se originan de manera exclusiva en la autoridad demandada y, por lo tanto, su solución exige la acción mancomunada de distintas entidades.

Esta misma corporación ha determinado en la misma sentencia que, en el caso de las cárceles, se configura el estado de cosas inconstitucional en la medida que:

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud,

al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no solo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del Inpec o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema.

La Corte sigue reconociendo en otros apartados de la sentencia que la situación actual de las cárceles es evidentemente una transgresión a los derechos fundamentales, que el Código Penal, de Procedimiento Penal y el Penitenciario y Carcelario son letra muerta, porque vulneran evidentemente el principio de la dignidad humana en múltiples dimensiones, aseverando que estos establecimientos no cumplen con la función para la que fueron creados por la Constitución y la ley, sino que, por el contrario, operan como escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción.

En otro apartado, se llama la atención sobre el papel que juega la Corte como protectora de esa población, que, como se ha sostenido anteriormente, ha sido olvidada por los colombianos, aclarando que es la Corte quien en esos casos se abandera para reducir esa inequidad a través de sus mandatos:

La racionalidad constitucional es diferente de la de las mayorías. Los derechos fundamentales son precisamente una limitación al principio de las mayorías, con el ánimo de garantizar los derechos de las minorías y de los individuos. El juez constitucional está obligado a asumir la vocería de las minorías olvidadas, es decir de aquellos grupos que difícilmente tienen acceso a los organismos políticos. Por esta razón, la Corte Constitucional está llamada a actuar en ocasiones como la presente, llamando la atención sobre el estado de cosas inconstitucional que se presenta en el sistema penitenciario colombiano y que exige la toma de medidas por parte de las distintas ramas y órganos del poder, con miras a poner solución al estado de cosas que se advierte reina en las cárceles colombianas.

De esta forma, apela la Corte al activismo garantista, que pone de presente la crisis de la legalidad al momento de asegurar para los individuos garantías efectivas para la protección de sus derechos, teniendo que solventar la Corte

con su jurisprudencia esos problemas a los que el Congreso no responde, porque para el legislador resulta muy cómodo denunciar la usurpación de competencias por parte de la Corte Constitucional, pero, de no ser de esa forma, no habría quien velara por los derechos fundamentales de estos grupos históricamente marginados. En palabras de Ferrajoli:

El reto que hoy se deriva para la razón jurídica de las múltiples formas que adopta la crisis del derecho en acto no es más difícil que el afrontado, hace ahora dos siglos, por la ilustración jurídica, cuando emprendió la obra de la codificación bajo la enseña del principio de legalidad. Si bien, respecto a la tradición iuspositivista clásica, la razón jurídica actual tiene la ventaja derivada de los progresos del constitucionalismo del siglo pasado, que le permiten configurar y construir hoy el derecho —bastante más que en el viejo Estado liberal— como un sistema artificial de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales. (Ferrajoli, 2009, pp. 18-19)

Lo que intenta poner de presente Ferrajoli es que los derechos fundamentales necesitan el respaldo de garantías que permitan materializarlos. Es decir, de entrada, hay que saber que cuando hablamos de derechos fundamentales no se está haciendo referencia a garantías para hacerlos efectivos. Los derechos están incorporados en las constituciones y las garantías son los mecanismos para darles vida a los derechos en un lenguaje normativo (estos no deben equipararse). Para Ferrajoli, el garantismo constitucional tiene una dimensión teórica y filosófica que se expresa en la siguiente cita:

Una teoría de garantismo además de fundamentar la crítica del derecho positivo respecto a sus parámetros de legitimación externa e interna, es consecuencia también de una crítica de las ideologías: políticas, ya sean estas iusnaturalistas o ético-formalistas, que confunden en el plano político externo la justicia con el derecho; y las ideologías jurídicas, tanto normativistas como realistas, que así mismo confunden, en el plano jurídico interno, la validez con la vigencia, o, al contrario, la efectividad con la validez. (Ferrajoli, 1995, p. 855)

El panorama incierto del hacinamiento en las cárceles puede reducirse con garantías eficaces, que no son otra cosa que, en palabras de Ferrajoli, “las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional” (Ferrajoli, 1995, p. 25).

Las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos sobre las libertades, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; *contrario sensu*, las garantías sociales aseguran la tutela de derechos sociales, y consisten en técnicas de coerción o sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen.

Esta concepción sobre la validez de las normas en el Estado constitucional de derecho y, al mismo tiempo, sobre la relación entre las que se han llamado democracia formal o política y democracia sustancial se refleja en un refuerzo del papel de la jurisdicción y en una nueva y más fuerte legitimación democrática. Para tal efecto, la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el antiguo paradigma positivista, sujeción a la literalidad de la ley (exégesis), cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto a su validez, es decir, de forma coherente con la Constitución, tal y como se ha expresado aquí anteriormente. Como lo dijera Luigi Ferrajoli, “la sujeción del juez a la ley es antes que nada la ley constitucional” (Ferrajoli, 1995, p. 378).

En el modelo constitucional garantista, la validez no es un dogma asociado solo a la existencia formal de la ley, sino que es una cualidad contingente de esta ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución, coherencia más o menos opinable y siempre remitida a la valoración del juez. De lo que se desprende que la interpretación judicial de la ley es también siempre un juicio sobre la ley misma, que corresponde al juez, al igual que le corresponde la responsabilidad de elegir los únicos significados válidos, es decir, compatibles con las normas constitucionales y con los derechos fundamentales establecidos por ellas.

4. INTERPRETACIÓN JUDICIAL GARANTISTA

Las omisiones legislativas han llevado a que los jueces sean los verdaderos protagonistas a la hora de regular ciertos problemas sociales que en principio no les competen por mandato constitucional. Esto ha provocado un descontento generalizado en los altos círculos del poder, especialmente en los miembros del Congreso de la República, que cada vez que están debatiendo un tema sensible a las fibras de la ciudadanía denuncian la intromisión judicial en sus facultades.

Propongo un ejemplo reciente: cuando la senadora por el Partido Liberal Viviane Morales promovía un proyecto de referendo para preguntarle a la ciudadanía colombiana si estaba de acuerdo o no con la adopción de menores por parte de parejas del mismo sexo y personas solteras, su proyecto fue archivado en segundo debate en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, no obstante, en aquella oportunidad, la senadora aprovechó la ocasión para acusar a la Corte

Constitucional de inmiscuirse en asuntos que no eran de su competencia, en tal sentido, sostenía que:

El referendo en ningún momento sustituiría la Constitución, pues lo que verdaderamente la sustituyó fue la sentencia de la Corte Constitucional que pasó por encima el artículo 42 de la misma que establece que la familia está conformada por un hombre y una mujer. “La corte también define por mayorías”, dijo. Agregó que lo que quiere el pueblo es “menos sentencias de la Corte y más Constitución. La Corte es sirviente de la Constitución y no su amo”. (Semana, 10 de mayo de 2017)

Lo que no logró la senadora Morales era tal vez predecible, toda vez que, como ya se dijo, en debates tan sensibles, el Congreso se polariza tanto que en muchas ocasiones no logra convertir esos proyectos en leyes, y, cuando sí lo logra, pueden contener vicios de inconstitucionalidad que llevan a la declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional. Así que, sin desprestigiar los esfuerzos por legislar en áreas problemáticas de la sociedad, no se puede seguir esperando que el Congreso, en el uso de sus funciones decretadas en la Constitución Política, se ponga de acuerdo para regular una materia, mientras los derechos fundamentales de una población se siguen desconociendo o vulnerando. Antes de continuar, vale aclarar que dentro del discurso constitucional garantista no hay lugar para aprobar la propuesta de la senadora Viviane Morales, pues sus argumentos son abiertamente discriminatorios y además van en contravía de los principios que fundan el partido político al que pertenece, pero ese no es el asunto de este trabajo y por eso dejo la aclaración sobre este ejemplo hasta aquí.

Ahora bien, ¿estaríamos realmente frente a una crisis de la democracia dejando que los jueces decidan qué derechos poseen los ciudadanos en vez de dejar esta tarea en manos del legislador? Propongo esta pregunta porque teóricamente cada legislador representa los valores, tendencias y proyectos políticos y morales de los sectores de la ciudadanía que va a representar, para ser vocero de ese grupo ante la comunidad política con la que se enfrentará en visiones y posturas contrarias para establecer consensos y promover la creación de leyes que regulen a la comunidad política; mientras que los magistrados no gozan de esa calidad, porque estos no son elegidos democráticamente y en definitiva no están obligados a responder concordantemente frente a los intereses de un grupo en particular, además, los procesos para la toma de decisiones son muy distintos entre ambas instituciones². Sin embargo, es muy problemático que la democracia mida su valor cuantitativamente y no cualitativamente. Coincido con Jeremy Waldron cuando sostiene que:

2 Mientras el proceso de una ley ordinaria tiene cuatro debates en el Congreso, una sentencia en la Corte tiene una audiencia.

La votación se asemeja al reconocimiento del fracaso, ya que muestra que una discusión basada en las razones ha fracasado en la resolución de una cuestión. La votación nos traslada de la consideración cualitativa de la sustancia al negocio escalofriante y cuantitativo de ver qué proposición goza del apoyo de la mayoría. Cuando quienes escriben sobre deliberación dirigen su atención hacia la votación, la sensación de disgusto es casi palpable: las comillas despectivas que Ronald Dworkin coloca a la frase “la cruda visión estadística de la democracia” [...] es [sic] un buen ejemplo, como si un compromiso con el mayoritarismo representara una fe ciega y sin sentido en los números, y como si representara una afrenta a la visión según la cual nuestras decisiones deberían ser tomadas teniendo en cuenta razones. (Waldron, 2004, p. 251)

Hasta aquí no hay ningún argumento contra la democracia, porque finalmente la votación es el mecanismo de concreción de ella, es decir, el que históricamente la ha hecho posible. No obstante, lo que sí he intentado argumentar es que, en temas de derechos fundamentales, no es saludable para la democracia que estos se decidan por voto de mayorías, porque de esa forma se desconocerían derechos fundamentales de pequeños círculos de la comunidad política que serían callados por la aplastante voz de la mayoría. En síntesis, es difícil argumentar que las decisiones legislativas en materia de derechos sean más precisas que una decisión judicial, pues, por el perfil profesional, “la técnica de analizar la coherencia especulativa para determinar si algo es un derecho está más desarrollada entre los jueces que entre los legisladores” (Dworkin, 2012, p. 43), esto porque los jueces siempre son abogados mientras que los legisladores necesariamente no lo son en todos los casos.

La adjudicación constitucional de competencias no puede justificar el abstencionismo estatal para la protección de derechos fundamentales, es decir, que el Congreso no puede disgustarse con la Corte Constitucional porque esta última sí sea garante de poblaciones marginadas, de modo que si para poner en los ojos de los ciudadanos los problemas de los internos de las cárceles debo admitir un escepticismo ante las reglas pregonado por la Corte Constitucional, ¡pues lo hago!, en la medida en que las instituciones del Estado sigan sin cumplir lo que la adjudicación constitucional de competencias les demanda. El formalismo jurídico no puede vencer, argumentando el respeto por los valores institucionales de la seguridad jurídica y el principio de legalidad, que descansan en la idea del Estado de derecho. Aquí priman las tesis defendidas por el nuevo derecho que abandera el profesor Diego López Medina, porque la justicia no va en una doble calzada con el derecho, es decir, que no se cruzan entre sí, como sostienen los positivistas fuertes. El derecho está puesto para garantizar múltiples dimensiones de la justicia, no solo la imparcialidad (Rawls, 1995), sino otros enfoques, como las capacidades humanas (Nussbaum, 2007) y el reconocimiento

(Taylor, 2001), que descansan en el principio de la dignidad humana, bandera del liberalismo político.

5. ¿ES MÁS IMPORTANTE LA SEGURIDAD JURÍDICA QUE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

El garantismo ha llevado a una exageración del poder de la Corte Constitucional en su afán por proteger los derechos fundamentales de las personas que demandan su asistencia. Los casos más emblemáticos son las tutelas por derechos conexos a la seguridad social. Estas han producido un malestar en las entidades privadas y públicas que tienen que asumir los costos de las órdenes emanadas por la Corte Constitucional en sus sentencias de tutela. Las élites económicas afectadas reclaman el respeto por la seguridad jurídica y el principio de legalidad, porque, a su parecer, en ocasiones la Corte deja de lado disposiciones jurídicamente válidas que hacen que los casos sean fáciles de resolver a favor de esas élites económicas, y, en su lugar, falla en equidad, reconociendo derechos fundamentales sumamente costosos de materializar.

Lo mismo sucede respecto al Estado en este caso: con la cantidad tan abundante de reclusos en las cárceles de Colombia, se le dificulta cubrir las mínimas condiciones de dignidad, y más aún las indemnizaciones por las omisiones de sus agentes, por eso, así la Sentencia de tutela 153 de 1998 represente una conquista de las esferas más altas de la dignidad humana, no constituye pragmáticamente algo más que un saludo a la bandera, pese a la profundidad de las reflexiones ontológicas que en ella se hacen, y aún más pese a la reflexión deontológica que he intentado desarrollar en estas páginas. Sin embargo, esta situación no deja pasar desapercibido un debate importante que teóricamente existe en el derecho contemporáneo, que versa sobre el problema del activismo jurídico de la Corte Constitucional y el recelo de los juristas que guardan respeto por el principio de legalidad y de seguridad jurídica, y que podrían denominarse formalistas, pero no en el estricto sentido de la acepción del término, debido a que ese tipo de formalismo ya no es defendido por nadie, como lo expresa Javier Tamayo Jaramillo con la siguiente metáfora *a simili*: “consagrar años de inteligencia escribiendo un erudito libro para atacar un positivismo literalista en el que ya nadie cree, es como tomarse por asalto con todas las tropas de las cruzadas, un cementerio... y bombardearlo” (Tamayo Jaramillo, 2011, p. 158).

Tamayo Jaramillo denunció, en una carta abierta publicada en *Ámbito Jurídico* denominada “Reflexiones sobre la interpretación constitucional y el Nuevo Derecho”, el poder desmesurado que tenía el juez constitucional a la hora de decidir sus casos, en particular sentencias de tutela, en las que podía pasar por encima de cualquier norma establecida en el orden jurídico con tal de hacer

justicia. Su objetivo es criticar con ímpetu *El derecho de los jueces* (2006), respecto a la afirmación de López Medina de que la doctrina del nuevo derecho es de tendencia de centro izquierda. Para Tamayo, esta forma de concebir el derecho es la principal amenaza para el derecho mismo, porque una Corte izquierdista puede desconocer el ordenamiento legal al ponderar derechos fundamentales contradictorios con el argumento de que amparará a los desposeídos, implementando despóticamente su visión sobre la forma correcta de gobierno, tergiversando la forma de interpretación de los derechos en aras de que el fascismo y la izquierda acaben con el poco derecho que, a la vista de Tamayo, queda. También denuncia que una Corte así, como la legítima López Medina, tiene tanto poder que no tendría ningún problema en implantar un régimen despótico y represivo, y, cuando ello pasara, ya no podría abrir la boca para denunciar las aberraciones antijurídicas que el tribunal cometiera³. Termina por recordarle a López Medina que el nuevo derecho justifica los cursos de acción tanto del juez que quiera impartir justicia como del corrupto que se empeñe en imponer una dictadura, sin que nadie pueda evitarlo, ni siquiera la Constitución Política.

Diego López Medina responde a las críticas de Tamayo Jaramillo con una carta titulada “Nuevas’ reflexiones sobre la interpretación constitucional y el Nuevo Derecho”, en la que usa la obra de Tamayo Jaramillo sobre la responsabilidad civil extracontractual para sindicarlo de ser partidario de la doctrina del nuevo derecho, pues señala que en su tratado existe un impulso que ayudó a transformar las nociones de *daño* y *responsabilidad*, a favor del derecho de accidentes, que tuvo que reconocer el impacto que generó el proceso de industrialización de la producción en el siglo xx, respondiendo al dolor físico y moral que genera también el conflicto armado en Colombia respecto a los accidentes que tienen lugar debido a las técnicas político-militares del Estado.

Le sindicó de haber admitido que, de no ser por la jurisprudencia y la doctrina, no se hubiese producido semejante cambio, salvando el importante papel que también jugó el legislador. Así que a partir de esta premisa procede a hacer precisiones sobre su noción de *nuevo derecho*, al que señala de oscilar entre la jurisprudencia mecánica y la jurisprudencia libre⁴, sin embargo, admite que no conoce ningún autor que defienda la jurisprudencia libre, ni siquiera él mismo, quien vuelve a admitir que si bien la jurisprudencia mecánica no logra explicar

3 Tamayo propone algunos ejemplos hipotéticos sobre las decisiones que podría tomar, como 1) la legitimación de grupos de autodefensa bajo la premisa de que las personas tienen derecho a conformarlos para proteger el derecho a la vida; 2) la restricción de la libertad de locomoción con el pretexto de proteger la seguridad y la vida de los individuos; 3) la clausura de los medios de comunicación por considerar que el derecho a la intimidad personal prevalece sobre la libertad de información, entre otros.

4 Dentro de la jurisprudencia mecánica “los jueces solo aplican normas claras, completas y coherentes previamente establecidas por el legislador y que les imponen un altísimo, sino total, grado de restricción judicial”; mientras que en la jurisprudencia libre “los jueces toman decisiones que no tienen ninguna restricción generada por el Derecho preexistente” (López Medina, 2004).

con precisión la función judicial de la Corte Constitucional para tomar decisiones sin estar rígidamente sometida a los imperativos de las reglas preexistentes, resulta necesario explicar esas decisiones de tal modo que se vean objetiva y racionalmente *correctas*. El papel de la Corte a la luz de la doctrina del nuevo derecho debe ser voluntarista y subjetivista, para que corresponda con los postulados básicos de la Constitución Política y no se yerre al pensar que una “Corte fascista”, como la que señala el profesor Tamayo Jaramillo en su carta, podría tomar semejantes decisiones bajo la lógica de la jurisprudencia libre, pues los ejemplos que propuso son todos “casos fáciles”, mientras que López Medina le ofrece respuestas a sus ejemplos⁵ cerrando el camino para el derecho civil y el común de ofrecer mejores alternativas para dar explicaciones teóricas. Advierte, por último, que su obra muestra una realidad iusteórica más compleja que la visión partidística y política que el profesor Tamayo insinúa, tampoco representa la defensa académica de la Corte Constitucional en el choque de trenes, ni promueve una “jurisprudencia de capricho” de la forma en la que caricaturiza Tamayo Jaramillo al nuevo derecho.

En respuesta a esta carta⁶, Tamayo Jaramillo deja en claro, en primera medida, que él no pertenece a la escuela del nuevo derecho y que más bien lo que su detractor hace es confundir los conceptos de formalismo y antiformalismo, pues vuelve a denunciar que pese a que López Medina se apoya en autores que demandan que las normas sean interpretadas dándoles un significado acorde a las necesidades axiológicas del caso concreto, se confunde porque dichos autores lo hacen en aras de darle un significado razonable a la interpretación de la ley sin tener que desconocerla, contrario a lo que propone López Medina en el nuevo derecho. Para Tamayo, el nuevo derecho es sinónimo de antiformalismo porque niega la ley, mientras que a la vieja escuela a la que él se inscribe le es posible (según el autor) darle un rostro humano haciendo giros hermenéuticos sin tener que desconocer la ley; admite que tanto los formalistas como los antiformalistas crean derecho, sin embargo, mientras que los antiformalistas están creando totalmente, los formalistas solo hacen una creación condicionada a los elementos (normas jurídicas) con los que cuentan para interpretar.

En segundo lugar, Tamayo hace precisiones acerca de la forma en la que él entiende que el juez hace política con sus sentencias, afirmando que lo hace desde una posición ideológica frente a la sociedad, más no como un ejercicio de lucha por el poder, y menos como una pugna de poder entre el Congreso y la Corte.

5 Para Diego López Medina ninguna Corte podría “Sostener que en Colombia hay un derecho constitucional a la autodefensa armada del perfil que han tenido las AUC dentro del conflicto colombiano; [...] ninguna corte constitucional, so pretexto de jurisprudencia libre, podría justificar el cierre de medios de comunicación ni las restricciones irrazonables a la libertad de locomoción” (López Medina, 2004).

6 La nueva carta se titula “No son lo mismo la interpretación razonable y el nuevo derecho” (Tamayo Jaramillo, 2004b).

Termina argumentando que la postura de López Medina es insostenible al intentar proponer la doctrina obligatoria constitucional, porque al trasladarse del imperio de la ley al imperio de la jurisprudencia constitucional, los jueces de instancia podrían hacer sus propias interpretaciones basados en la existencia de otras fuentes del derecho, como el mismo López Medina lo defiende, y, con ese margen tan amplio sobre las fuentes, la obligatoriedad de la doctrina constitucional se perdería, por culpa del mismo argumento del profesor López Medina.

Para persuadir a Tamayo, López Medina expresa que con las razones expuestas debería compartir el antiformalismo normativo de la ley, y continúa estructurando el argumento de la columna anterior en la siguiente forma:

Les ordena [la sociedad] a sus jueces que apliquen principios o estándares generales y no reglas concretas de tipificación específica. Así por ejemplo les ordena [...] que evalúen la responsabilidad según una comparación abstracta y principalista con el buen padre de familia (Código Civil), que miren el peligro que representan para la sociedad y la víctima antes de imponer la detención preventiva del acusado (Código de Procedimiento Penal) o que, finalmente, inapliquen normas legales cuando vulneren de manera abierta y flagrante derechos constitucionales fundamentales (Constitución Política). (López Medina, 2005b, p. 20A)

En esta oportunidad López Medina anota que los conceptos no se separan tajantemente en la doctrina del derecho, debido a que los distintos autores son ambiguos cuando intentan aproximarse al antiformalismo, pero concuerdan en que las ciencias sociales llenan el déficit de racionalidad que se deriva de la constante cortedad de las normas en dirigir silogísticamente la actividad de los jueces, es decir, se usaron las ciencias sociales para tomar decisiones en casos difíciles en los que el derecho vigente no fue suficiente.

El debate entre estos dos autores resulta muy enriquecedor en teoría jurídica sobre las fuentes del derecho en Colombia, pues ayuda a pensar no solo el problema sobre el hacinamiento carcelario, sino muchos debates sobre derechos fundamentales en los que la Corte Constitucional ha participado activamente desde su creación en 1992. Quisiera seguir ampliando el debate, pero me alejaría mucho de los objetivos trazados en este documento, sin embargo, considero que hasta aquí se expresaron algunos de los argumentos más importantes de ambas posturas, es decir, tanto de quienes defienden el papel de la Corte como de quienes la critican por considerar exacerbado su poder jurisdiccional.

En definitiva, el ejercicio reflexivo que se ha constituido a lo largo de este documento lleva a establecer las siguientes

CONSIDERACIONES FINALES

La acción de tutela es en definitiva el mecanismo idóneo para proteger los derechos fundamentales de los reclusos en Colombia, en la medida en que no se trata de establecer si este tipo de sentencias promueve un desbordamiento del poder que enfrenta a esa corporación con otros organismos del Estado que reclaman respeto del principio de legalidad, siempre que sea una entidad que se encuentre preocupada por la situación actual de los internos y proponga algunas salidas que favorezcan las condiciones dignas de estas personas.

El principio de la dignidad humana constituye el epicentro desde el cual emanan las reflexiones sobre los distintos derechos fundamentales que están siendo vulnerados actualmente a los internos en las cárceles de Colombia, para que sea el Estado social de derecho el garante responsable de construir un estado de cosas que permita establecer una resocialización efectiva de los reclusos.

Las reflexiones sobre las emociones políticas pesimistas que se estudiaron deben constituir una frontera ética en la educación ciudadana para dejar de transgredir la dignidad de los reclusos en Colombia. Cada individuo en este país debe hacer un ejercicio reflexivo intrínseco para descontaminar su visión pesimista por el dolor infligido al recluso, que socialmente ha sido condenado al ostracismo.

La declaración del estado de cosas inconstitucional debe ser el punto de partida para que organismos del Estado como el Gobierno nacional, el Congreso de la República y en general toda la rama judicial establezcan soluciones efectivas para terminar con el hacinamiento en los centros de reclusión en aras de garantizar a los reclusos un trato digno como seres humanos.

REFERENCIAS

- Bernal Pulido, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista de Derecho del Estado*, (21), 81-94.
- Código Penal Colombiano (2000). Ley 500 de 2000. Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html
- Constitución Política de Colombia [Const]. (1991). Recuperado de <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>
- Corte Constitucional. (1998). Sentencia T-153 de 1998. [MP Eduardo Cifuentes Muñoz]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>
- Corte Constitucional. (2004) Sentencia T-025 de 2004. [MP Manuel José Cepeda Espinosa]. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>
- Dewey, J. (2014). *Naturaleza humana y conducta* (2.ª ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- Dworkin, R. (1990). *A Bill of Rights for Britain*. Londres: Chatto and Windus.
- Dworkin, R. (2008). *La democracia posible*. Barcelona: Paidós.
- Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Dworkin, R. (2012). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Etzioni, A. (2001). *The Monochrome Society*. Princeton: Princeton University Press.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2009). *Derechos y garantías. La ley del más débil* (6.ª ed.). Madrid: Trotta.
- Hobbes, T. (1982). *El Leviatán*. México: Fondo de Cultura Económica.
- López Medina, D. (2004). 'Nuevas' reflexiones sobre la interpretación constitucional y el Nuevo Derecho. Recuperado de <https://www.dejusticia.org/>

nuevas-reflexiones-sobre-la-interpretacion-constitucional-y-el-nuevo-derecho/

López Medina, D. (18 al 31 de julio de 2005). Los conceptos de “formalismo” y “antiformalismo” en teoría del derecho. *Ámbito Jurídico*, VIII (181), 19A-20A.

López Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces* (2.ª ed.). Bogotá: Legis; Universidad de los Andes.

Nussbaum, M. (2006). *El ocultamiento de lo humano*. Buenos Aires: Katz.

Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Paidós.

Nussbaum, M. (2014). *Emociones políticas*. Barcelona: Paidós.

Papacchini, A. (1997). *Filosofía & derechos humanos* (3.ª ed.). Cali: Programa Editorial de la Universidad del Valle.

Pettit, P. (1999). *Republicanismo*. Barcelona: Paidós.

Rawls, J. (1995). *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.

Raz, J. (2001). *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa.

Semana. (10 de mayo de 2017). “Acudiremos a la plenaria si niegan el proyecto en la Comisión”. Recuperado de <http://www.semana.com/nacion/articulo/comision-primer-de-la-camara-de-representantes-debate-referendo-de-viviane-morales/524708>

Tamayo Jaramillo, J. (2004a). Reflexiones sobre la interpretación constitucional y el Nuevo Derecho. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/ResultadosDeBusqueda?q=Tamayo>

Tamayo Jaramillo, J. (2004b). No son lo mismo la interpretación razonable y el nuevo derecho. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/ResultadosDeBusqueda?q=Tamayo>

Tamayo Jaramillo, J. (2011). *La decisión judicial* (vol. I). Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.

Taylor, C. (2001). *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. México: Fondo de Cultura Económica.

- Tena Sánchez, J. (2015). Estrategias de diseño institucional y cumplimiento: el caso de las nuevas políticas de seguridad vial en España. *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, 7(2), 1-19.
- Upegui Mejía, J. C. (2009). *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Urquijo, M. (2011). *Ética, ciudadanía y democracia*. Cali: Universidad del Valle.
- Urquijo, M. (2016). Reconceptualizaciones contemporáneas sobre la ciudadanía democrática. En D. Grueso, *Re-conceptualizando la política y la democracia* (pp. 125-154). Cali: Universidad del Valle.
- Waldron, J. (2004). Deliberación, desacuerdo y votación. En H. Hongju Koh y R. C. Slye, *Democracia deliberativa y derechos humanos* (pp. 249-267). Barcelona: Gedisa.

La responsabilidad civil extracontractual en Colombia a través del debate entre justicia correctiva y el análisis económico del derecho: análisis desde una perspectiva normativa*

Extracontractual civil liability in Colombia through the debate between corrective justice and economic analysis of law: analysis from a normative perspective

*Nicolás Bernal Poeti***

Fecha de recepción: 22 de diciembre de 2018

Fecha de aceptación: 2 de marzo de 2019

RESUMEN

El presente documento parte de una concepción instrumentalista del derecho, bajo la cual se pregunta sobre los fines de la responsabilidad civil extracontractual en Colombia desde una perspectiva normativa. En consecuencia, se presentan las principales escuelas teóricas que han abordado el tema, desde una perspectiva de consecuencialismo vs. no consecuencialismo, para llegar a postular la posibilidad de una tercera vía en cabeza de la teoría conciliatoria, del profesor Samuel Scheffler. Finalmente, se toma la cuantificación del daño como ejemplo de aplicación de la teoría descrita.

Palabras clave: responsabilidad civil extracontractual, teoría del derecho, análisis económico del derecho, justicia correctiva, cuantificación del daño.

ABSTRACT

This paper is based in an instrumentalist conception of law which Enquiry about the goals of the Colombian Tort law in a normative perspective. In consequence this document presents the core theoretical stands that has addressed the subject from a point of view of the consequentialism vs non-consequentialism debate to postulate the possibility of a third way based in a conciliatory theory of professor Samuel Scheffler. Finally, the quantification of damages is taken as an example of the application of the stated theory.

Keywords: tort law, law theory, economic analysis of law, corrective justice, quantification of damages.

* El presente documento nace de la construcción de un diseño de investigación sobre la cuantificación del daño extrapatrimonial en el marco de la responsabilidad civil extracontractual en la clase de Seminario de Investigación I en la Universidad Nacional de Colombia, a cargo de la profesora Luisa Fernanda García Lozano.

** Estudiante de décimo semestre de Derecho y segundo de Economía en la Universidad Nacional de Colombia. Colombia. Correo electrónico: nibernalpo@unal.edu.co

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil extracontractual en Colombia se ha mantenido bajo las mismas reglas consagradas en el Código Civil desde hace 200 años, aproximadamente. El tiempo ha pasado y el código ha tenido una serie de modificaciones sustanciales que le han permitido mantenerse vigente al día de hoy como instrumento de interpretación y aplicación de las reglas que regulan las relaciones entre privados. Sin embargo, el capítulo que corresponde a la responsabilidad civil extracontractual no ha cambiado desde que Andrés Bello redactó su código, manteniendo la misma estructura que tiene hoy en día.

El problema se agrava cuando la academia colombiana genera nulos o pocos esfuerzos por proponer actualizaciones y reformas a través del debate de los fines que debe cumplir la responsabilidad civil extracontractual. Hoy en día, los académicos de varios lugares del mundo (como Jules. L. Coleman, en Estados Unidos, y Ernst W. Weinrib, en Canadá, por ejemplo) ponen en tela de juicio si realmente la responsabilidad debe atender a la reparación, vía indemnización, de la víctima por la causación de un daño a esta por parte de un tercero sin alguna justificación aparente, para preguntarse si la responsabilidad extracontractual tiene como fin la asignación, distribución y minimización de riesgos *ex ante*.

En contraste, en el caso colombiano, la Corte Suprema de justicia y la Corte Constitucional, motores por excelencia de la renovación de la responsabilidad a través de la interpretación y la argumentación propia de sus funciones dentro del ordenamiento, han contemplado casi exclusivamente a esta institución desde una perspectiva del *ser* y no del *deber ser* o, en otras palabras, desde un ámbito descriptivo, mas no normativo. En consecuencia, la determinación y consecución de un fin determinado para la institución, que permita juzgar tanto su fundamentación como su eficacia, se torna terriblemente complicada debido a que las mencionadas corporaciones, al momento de fallar, no toman en consideración una postura normativa específica, sino que, por el contrario, sus posiciones se sustentan en análisis puramente descriptivos.

Es así como se hace necesario preguntarse: ¿cuáles deberían ser los fines que debe seguir la responsabilidad civil extracontractual colombiana? En otros términos, esta pregunta no es más que cuestionarse sobre el sentido de la materia en la legislación colombiana.

La hipótesis de este trabajo gira en torno a la tesis presentada por Samuel Scheffler (1994), según la cual la responsabilidad civil extracontractual debe atender como objetivo a un criterio de maximización, pero con ciertos límites al agente que debe maximizar, atendiendo así a las críticas de la justicia correctiva frente al deber de maximizar.

Vale la pena aclarar que con dicha hipótesis no se pretende insinuar que, al momento de proferir sus sentencias, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional deban ceñirse únicamente al marco teórico de una determinada escuela de pensamiento. Lo que se pretende es que, en última instancia, los falladores del derecho tengan una posición normativa¹ seria sobre los objetivos de la responsabilidad civil extracontractual colombiana, con el fin de actualizar y tener un rumbo determinado para la institución en su posterior desarrollo. En consecuencia, la conclusión deberá llegar al establecimiento de una serie de ideas generales, mas no a la aplicación directa de una teoría.

Frente a los objetivos, el principal será proponer una posición normativa de la responsabilidad civil extracontractual colombiana que se ajuste al ordenamiento jurídico colombiano. Por su parte, los objetivos específicos serán exponer las principales escuelas teóricas de la responsabilidad extracontractual y su posible aplicación en Colombia, y presentar un debate que permita poner de manifiesto la cuestión sobre la manera de modernizar la institución que enriquezca los contenidos teóricos sobre la materia de cara a una futura reforma de esta.

En consecuencia, el enfoque investigativo que tendrá este trabajo será de dos vías: por un lado, de tipo dogmático-finalista, dado que la solución del problema llevará a la propuesta de un marco teórico alterno a las dos posiciones comúnmente presentadas sobre la materia, y, por el otro, de tipo teórico, dado que la discusión se dará principalmente en el nivel normativo.

Sobre la metodología para responder al problema planteado, será la siguiente: por un lado, se presentarán las posturas tanto de la escuela del análisis económico del derecho como las de la justicia correctiva. El paso siguiente será presentar la teoría del profesor Scheffler, extrayendo las ideas generales de su postura. Posteriormente, se denotará la manera en que podrían llegar a ser aplicados estos postulados en la responsabilidad civil extracontractual y, finalmente, se presentarán las conclusiones del documento.

1 Esta categoría podría confundir al lector en un principio, no obstante, cuando hablo de una *posición normativa*, hago referencia a una posición desde una teoría normativa o prescriptiva (según el autor que se tome para realizar esta diferenciación) en contraposición a las teorías descriptivas.

1. LAS PRINCIPALES ESCUELAS TEÓRICAS QUE SUSTENTAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL*

Una consideración preliminar para abordar este acápite es que es necesario partir de la diferencia entre una teoría descriptiva y una normativa. En cuanto a la primera, el profesor de la universidad de Minnesota Brian Bix (2006) explica que:

Una teoría es “descriptiva” si se propone describir cuál es el caso, antes que hacer juicios sobre el valor (moral o de otra índole) de la situación actual, u ofrecer argumentos acerca de cómo las cosas deberían ser hechas. [...] por la segunda, el profesor Jorge Fabra Zamora (2013) considera que: las teorías normativas, prescriptivas o justificativas se interesan por determinar las propiedades que las normas e instituciones jurídicas deben cumplir para ser moralmente legítimas o el ideal que deben perseguir para su mejor o más adecuado funcionamiento. (p. 32)

Una vez señalado lo anterior, es necesario decir que en este documento solo se tocarán aquellas teorías de corte normativo, mas no las de corte descriptivo. La razón principal es que, al tener como objetivo el análisis de la institución desde su justificación, mas no desde su funcionamiento, las teorías descriptivas podrían terminar siendo un cúmulo de falacias de poder y descripciones sobre los fenómenos problemáticos presentados en la materia, sin ahondar realmente en las bases teóricas de la responsabilidad civil extracontractual. En cambio, el estudio desde las teorías normativas de la responsabilidad civil extracontractual permite llevar las discusiones a un plano en el cual los grandes tratadistas del derecho de daños colombiano, citados una y otra vez por todos los académicos y jueces del territorio nacional como argumentos de autoridad, no tienen cabida en un principio, y, además, permite alejarse de la cantidad de problemas de nivel descriptivo que se presentan sobre la materia, enfocando de mejor manera el análisis que se pretende hacer.

En este sentido, se parte de dos posturas básicas que pueden ser definidas a partir de su afinidad con el consecuencialismo. Sobre esta categoría, se considera que solo es necesario decir que, en palabras del filósofo irlandés Philip Pettit (2004), de la Universidad de Princeton, el consecuencialismo se concibe de la siguiente manera:

* Debe decirse que el desarrollo de este acápite ha sido basado principalmente en el capítulo “El Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad civil extracontractual”, del libro *Filosofía de la responsabilidad civil extracontractual: estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*, cuyos autores son Carlos Bernal Pulido y Jorge Fabra Zamora, razón por la cual gran parte de la bibliografía aquí expuesta fue tomada de allí.

[...] es la concepción según la cual sean cuales sean los valores que adopte un individuo o una institución, la respuesta adecuada a estos valores consiste en fomentarlos. El individuo debe respetar los valores solo en tanto en cuanto su respeto forma parte de su fomento, o bien es necesario para fomentarlos. (p. 325)

Es así que, por un lado, se encuentran las posturas afines a esta, las cuales se enmarcan dentro del movimiento académico del análisis económico del derecho, cuyo argumento central es el utilitarismo, y, por el otro, aquellas consideradas como no consecuencialistas, insertadas dentro de una postura general que considera la justicia correctiva como principio orientador de la responsabilidad extracontractual.

1.1. La responsabilidad extracontractual desde el análisis económico del derecho

La académica de la Universidad Carlos III de Madrid Ana María Arjona Trujillo y el profesor de la Universidad Externado de Colombia Mauricio Rubio Pardo (2002) parten de una diferenciación bastante atinada del análisis económico del derecho. Por un lado, se entiende este movimiento como el estudio del derecho a través de una óptica propia de la economía. Esta área ha sido conocida históricamente como el análisis económico del derecho. Por el otro, está el estudio de la relación entre los fenómenos económicos y el sistema jurídico, el cual recibe el nombre de *law and economics*. En consecuencia, la primera visión deja de lado discusiones importantes para la filosofía y la teoría del derecho, como la disputa entre el *ius positivismo* y el *ius naturalismo*, para construir su propia visión del derecho a partir de elementos como el individualismo metodológico y la teoría de la acción racional, mientras que la segunda describe las instituciones del derecho a partir de instrumentos propios de la economía, como la microeconomía y la modelación estática.

Se coincide con los autores enunciados anteriormente en que el análisis puede hacerse estudiando el movimiento sin distinción alguna sobre ambas áreas. No obstante, la necesidad de realizar el análisis desde una óptica normativa hace necesario evadir la segunda faceta. Además, se considera que adentrarse excesivamente en los vericuetos propios del análisis económico de las instituciones del derecho (es decir, la segunda postura expuesta por los autores reseñados) generaría una desviación del tema sin que aporte realmente algo enriquecedor. Esto no quiere decir que el escrito se inhiba de realizar ejemplos desde la visión descriptiva del análisis económico del derecho con el fin de aclarar ciertos puntos.

Ahora bien, el análisis económico del derecho desde la óptica normativa de la economía parte de la idea según la cual el ser humano debe buscar en todo momento maximizar su propia utilidad. En consecuencia, el fin último del derecho es cumplir con el principio de utilidad, propuesto por el filósofo y economista Jeremy Bentham (2000), el cual enuncia que cualquier acción puede ser aprobada o desaprobada de acuerdo con el aumento o disminución de la felicidad de un grupo en cuestión o, en otros términos, como un excedente de placer respecto al dolor. Por ende, el mencionado movimiento se inscribe dentro de una lógica utilitarista como base de su filosofía en razón a la necesidad de alcanzar el máximo grado de utilidad propia por parte de los agentes del sistema.

Es importante notar que este principio ha mutado a través del tiempo, para desembocar en medidas de bienestar a través del concepto de eficiencia, como el óptimo de Pareto, a formas con mayor aplicación y aceptación, como el modelo Kaldor-Hicks (Zerbe, 2001), lo cual no genera algún cambio sustantivo en lo referente al enfoque concebido por el movimiento del análisis económico del derecho.

Al respecto, el juez Richard A. Posner (1998), de la sala de apelaciones del séptimo circuito en Chicago, se ha pronunciado sobre el tema argumentando que el utilitarismo y la economía, en su faceta normativa, parten de bases completamente distintas, pues el primero parte de la felicidad como criterio para medir la utilidad, y la segunda lo hace a partir del concepto de la riqueza.

Así mismo, para Posner, el utilitarismo (así como el kantianismo) adolece de graves inconvenientes como sistema de moral personal o como pauta de adopción de decisiones sociales, dado que el concepto de felicidad no es un criterio objetivo para medir la utilidad, por tanto, es necesario considerar al análisis económico del derecho como sistema moral alternativo teniendo el concepto de *maximización de la riqueza* como elemento fundamental para medir la utilidad en general. Consecuentemente, el objetivo ético es maximizar la riqueza en todos los casos (Posner, 1998).

Ciertamente, la posición planteada por el juez ha sido objeto de numerosas críticas, provenientes principalmente de los defensores de las teorías de la justicia correctiva, como Jules. L. Coleman (1980), Ernest J. Weinrib (1980) y otros teóricos, como Ronald Dworkin (1980), hecho que ha permitido a académicos como los profesores de la Universidad de Harvard Louis Kaplow y Steven Shavell (2001) dar un paso adelante en la fundamentación normativa del análisis económico del derecho.

La propuesta de estos últimos parte de un concepto amplio de bienestar desde el punto de vista de la economía normativa, que comprende en una faceta posi-

tiva todo lo que un individuo pueda valorar como bienes y servicios, comodidades ambientales y sociales, nociones personales de satisfacción, etcétera, y en una faceta negativa los daños a su persona y su propiedad, costos e inconvenientes, y todo lo demás que pueda ser desagradable para él. En consecuencia, el bienestar no está restringido a un gozo hedonístico o material, o siquiera a alguna clase de placer o dolor, sino que, por el contrario, el único límite a lo que se puede incluir dentro del concepto de bienestar se encuentra dentro de la mente del individuo en sí y no en la del analista (Kaplow y Shavell, 2001).

Descendiendo al ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, el profesor de la Universidad de Berkeley Robert Cooter y el profesor de la Universidad de Illinois Thomas Ulen (2007) consideran que el análisis económico del derecho parte de una construcción básica: el *costo del daño* y el costo de evitarlo (p. 336). En este sentido, el agente y las partes inmersas dentro de un proceso de responsabilidad extracontractual pasan a segundo plano, para concentrar el estudio en las consecuencias económicas del daño para la sociedad en su conjunto. Por ello, el análisis económico del derecho se enfoca primordialmente en la creación de incentivos a través de subsidios o multas para prevenirlo².

Desde esta perspectiva, el profesor Guido Calabresi (2008), de Yale, propone dejar de indagar el “porqué A debe compensar a B por el daño causado”, para preguntarnos “qué debemos hacer como sociedad para evitar estos accidentes”, pues el problema, según él, no es la injusticia del accidente o el deber de una parte hacia otra, sino el costo que genera el daño en su conjunto para la sociedad (Fabra Zamora, 2013). Por ello, el académico contempla la necesidad de distribuir estos costos de manera eficiente a través de dos principios: la evitación de daños y la equidad. Sobre este último principio, es necesario decir que funciona como un conjunto de restricciones de justicia y moralidad que tiene el sistema y que limitan las decisiones que el gobierno puede tomar sobre los individuos (Calabresi, 2008), razón por la cual el profesor Fabra Zamora (2013) concluye acertadamente que “una solución o institución jurídica, aunque reduzca los costos de manera eficiente, es injusta, es inaceptable” (p. 44).

Otra perspectiva que vale la pena enunciar es la de los profesores de Harvard comentados anteriormente, Louis Kaplow y Steven Shavell, quienes, a través de una propuesta *definitiva* de carácter matemático del análisis económico del derecho, concluyen que la manera en que la responsabilidad civil extracontractual genera eficiencia es a través de la reducción de riesgos (Shavell, 1987). En este sentido, para estos estudiosos la evaluación de una norma debe ser revisada únicamente a partir del bienestar social que genera en los individuos medido en términos de reducción de riesgos. Además, el efecto en el bienestar de los

2 Por supuesto que esta concepción será atacada directamente por los teóricos de la justicia correctiva. Sin embargo, de esto hablaremos posteriormente.

individuos se da en dos vías: a través de la generación de incentivos por parte de la responsabilidad civil extracontractual para que los dañadores ajusten su comportamiento para evitar pagar daños, y a través de la distribución de los riesgos de las pérdidas por accidentes y el costo de su evitación (Kaplow y Shavell, 2001).

Para cerrar este acápite, es necesario denotar que, de la exposición presentada en este punto, las posturas de aquellos que centran sus estudios en el análisis económico del derecho efectivamente parten de una posición consecuencialista, como se planteó al inicio de esta sección, en la medida que el valor último de este movimiento puede ser reducido a un objetivo de eficiencia y, en este sentido, los individuos terminan dejando de lado sus consideraciones personales para lograr este fin común.

No obstante, como el objetivo de este documento es sentar una posición clara que permita realizar una suerte de síntesis a nivel teórico de la responsabilidad civil extracontractual para el caso colombiano, es necesario adoptar ciertos postulados. Es importante señalar que por el hecho de tomar partido por una u otra propuesta, no necesariamente se desconoce la validez de las demás, pues estas pueden llegar a tener mayor y mejor aplicación en otros ordenamientos jurídicos que para el caso en concreto no interesan.

Consecuentemente, aunque se acepta como medida de eficiencia el bienestar del individuo propuesto por Kaplow y Shavell, no es posible coincidir con ellos debido a la *matematización* excesiva que proponen por razones meramente aplicativas. En primer lugar, porque más que un elaborado sistema matemático que permita asignar o distribuir marginalmente un riesgo, no es tan importante como un parámetro general que, como sociedad, permita tomar un patrón de decisión que lo minimice o distribuya. En segundo lugar, se considera que la propuesta de estos dos académicos sufre del problema, bien conocido en las ciencias económicas, de la excesiva matematización de la economía. Al respecto, vale la pena poner de presente, a manera de ejemplo, la queja de los estudiantes franceses sobre la manera en que se viene enseñando la economía en los claustros de su país con respecto al uso excesivo de las matemáticas:

El uso instrumental de las matemáticas parece necesario. Pero el recurso a la formalización matemática, cuando ya no es un instrumento, sino que se conviene en un fin en sí mismo, conduce a una verdadera esquizofrenia en relación al mundo real. En ese sentido, la formalización permite construir fácilmente ejercicios, “hacer trabajar” modelos en los cuales lo importante es encontrar “el buen” resultado (es decir el resultado lógico en relación con las hipótesis de partida) para poder entregar un buen examen. Esto facilita la calificación y la selección, con una cobertura de cientificidad, pero no

responde jamás a las cuestiones que nos planteamos sobre los debates económicos contemporáneos. (2001, p. 288)

Además, la generación de incentivos, en el sistema jurídico colombiano, no puede recaer en cabeza del juez, debido al papel asignado a este como intérprete de la norma para resolver el caso concreto, mas no como creador de normas de aplicación a través del precedente judicial. Por ello, la posición de Kaplow y Shavell sobre la responsabilidad civil extracontractual, puede llegar a tener mayor aplicabilidad en sistemas del *common law*, en virtud de la posibilidad del juez de crear derecho a través del precedente judicial. En este sentido, la generación de incentivos, en un sistema de corte continental, no puede pasar por la interpretación del juez, sino que, por el contrario, esta obligación debe recaer en manos de los órganos ejecutivo y legislativo.

En cuanto a la posición del profesor Posner sobre la maximización de la riqueza como criterio de eficiencia, se considera que no debe ser aplicable, en la medida que, si bien es cierto que el análisis económico del derecho desdibuja la posición del individuo para centrarse en un objetivo mayor, buscar aumentar la riqueza bajo cualquier costo elimina de plano cualquier consideración acerca de la persona y sus elementos, como la dignidad personal y la libertad.

En contraposición, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, se coincide con el punto de vista de Calabresi, cuando postula que lo importante es el costo del daño para la sociedad en su conjunto, mas no las razones para por las cuales un individuo debe ser indemnizado por un daño. En este sentido, la evasión del daño, aunque ciertamente no a corto plazo, en el largo plazo sí puede ser alcanzada por parte del juez de cierre a través de la sentencia, que constituye una línea jurisprudencial a través de su interpretación reiterada. Así mismo, es importante tener en cuenta que el juez, en los sistemas continentales, no crea derecho, sino que lo interpreta, razón por la cual este sigue sin la capacidad de crear incentivos, sino que debe partir de la existencia de estos a través de la creación de normas por parte de las distintas ramas del poder público encargadas de esta tarea. Además, la equidad, como segundo criterio del daño, permite introducir un límite al mandato general de reducción, en la medida que, como se enunció anteriormente, la equidad es un límite a las decisiones que pueden ser tomadas sobre el individuo, por lo cual, si una decisión es manifiestamente injusta, esta no puede ser tomada.

Dicha argumentación abre una puerta de entrada a la justicia correctiva, en el sentido que esta parte de la crítica al consecuencialismo, pues considera que este conjunto de teorías exige demasiado del individuo y no tiene en cuenta sus derechos, relaciones y preferencias (Fabra Zamora, 2013). Debido a esto, se entrará a analizar más profundamente estas teorías.

1.2. La responsabilidad extracontractual desde los enfoques de las teorías de la justicia correctiva

La justicia correctiva parte de un análisis desde la óptica moral, en contraposición a la óptica economicista de las posturas consecuencialistas. Este tipo de justicia nace a partir de los pensamientos plasmados por Aristóteles en el libro V de la *Ética a Nicómaco*. Ciertamente, no profundizaré sobre la posición aristotélica. Bastará con decir que la justicia correctiva nace a partir de la diferencia que hace el griego entre “justicia universal” y “justicia particular”. La primera se refiere a la ética en general, y la segunda, a la “virtud de carácter ordinaria” que se contrapone a la *pleonexia* o avaricia. Así mismo, esta justicia particular se divide en dos: la justicia distributiva y la correctiva. La primera se encarga de la distribución de bienes y cargas sociales, y la segunda (que es la que nos importa), se encarga de la rectificación de los injustos que surge en las transacciones (Aristóteles, 2009).

Posteriormente la justicia correctiva se dividirá en una justicia conmutativa, propia de las transacciones voluntarias, y en una justicia correctiva, en las transacciones involuntarias. Esta última deviene en el objeto de estudio de este escrito.

Es importante señalar que desde Aristóteles los debates sobre la responsabilidad extracontractual no variarían significativamente, resumiéndose principalmente en los estudios de este con algunos debates entre la responsabilidad subjetiva y la objetiva (Fabra Zamora, 2013). Solamente a través de George P. Fletcher los estudios de la justicia correctiva comienzan una producción intelectual incipiente.

El pensamiento de Fletcher (1972) parte de una necesidad de dejar de lado el análisis económico del derecho y volver a la característica única de la responsabilidad civil extracontractual: la justicia correctiva. En consecuencia, el análisis económico del derecho no llena las exigencias de la justicia correctiva, por cuanto la redistribución de la riqueza negativa³ obliga a pensar la responsabilidad con base en quién es el dañador, mas no lo que ha hecho.

En este sentido, para Fletcher, el elemento central de la responsabilidad civil extracontractual recae en el *principio de reciprocidad*, el cual, según el autor, logra responder a las preguntas: ¿quién tiene derecho a ser indemnizado? y ¿quién tiene el deber de compensar?, en la medida que este principio indica que la “responsabilidad debería imponerse solo si el daño resulta de un riesgo no recíproco, que el causante ha impuesto a la víctima y no debería existir responsabilidad si la imposición de un riesgo no recíproco esta excusado con

3 Estos son entendidos como las pérdidas producidas por los accidentes.

fundamento en la existencia de un accidente” (1972, p. 542). Así, el profesor Fabra explica que: “el deber de compensar solo surge cuando el dañador causa un perjuicio a la víctima que es el resultado de la imposición de un riesgo no recíproco, es decir, un riesgo que excede el nivel razonable esperado por la víctima” (Fabra Zamora, 2013, p. 69).

Por su parte, Richard A. Epstein, desde una lógica libertaria, propuso una teoría de la justicia correctiva que se acoplara a estos planteamientos. Esta propuesta parte de la inviolabilidad de que gozan el derecho a la propiedad y el derecho a la integridad personal, los cuales son del individuo y nadie, ni siquiera el mismo Estado, puede quitárselos de manera forzada. Por ello, se requiere de un Estado pequeño de estilo *laissez-faire* y *laissez-passer*, que tenga por objetivo únicamente garantizar estos derechos mencionados.

Para este académico, por tanto, la responsabilidad extracontractual no es un sistema que busque la eficiencia económica, sino un sistema de justicia correctiva que mira la conducta de las partes frente a la protección de los derechos a la libertad y la propiedad (Epstein, 1975). Consecuentemente, el elemento esencial de la responsabilidad es el hecho de que un sujeto le ha vulnerado a otro los derechos a su integridad física o moral, o a su propiedad, y como estos derechos son valiosos, es deber del dañador compensarlos, a menos que exista una causal de exoneración de responsabilidad (Epstein, 1973). Por eso, al final del día no importa la voluntad o intención del sujeto dañador al momento de vulnerar un derecho, sino su efectiva vulneración para satisfacer la necesidad de compensar el daño, inscribiendo esta línea de pensamiento dentro de la responsabilidad objetiva.

Una de las teorías de la justicia correctiva más acogidas por la academia mundial es la propuesta por el profesor Ernest J. Weinrib, de la universidad de Toronto, quien parte de una serie de preceptos de corte kantiano, aristotélico y formalista, para decir que el derecho, como el amor, al ser un fin en sí mismo, el cual no puede ser visto como la manifestación de fines que son externos a este, debe expresar su inteligibilidad en términos de su propósito. Por tanto, el mencionado *propósito del derecho privado* únicamente es ser *derecho privado*, y para demostrar que esta concepción no es tautológica, Weinrib parte de la idea según la cual el derecho es un todo internamente inteligible que posee una cierta unidad y coherencia en su estructura interna, y la teoría del derecho estudia justamente esta unidad interna sin tener que acudir a fines externos (Weinrib, 2012).

Tomando este punto de partida, para Weinrib la responsabilidad extracontractual se encarga de un tipo particular de relaciones que surgen cuando se rompe el equilibrio normativo preexistente entre las partes y es necesario compensar a alguna de ellas para restaurar este equilibrio (Fabra Zamora, 2013; Weinrib,

2012). Esta relación entre individuos es lo que resulta importante en la responsabilidad extracontractual, no otro principio exógeno a este o algún ideal de eficiencia. Además, Weinrib se sustenta en la idea kantiana de igualdad formal de las *voluntades libres* para decir que la responsabilidad extracontractual hace parte de los deberes que se tienen frente a los otros y, en consecuencia, de los derechos que se tienen frente a los otros (Weinrib, 2001).

La posición más actualizada parte de los postulados de Jules L. Coleman, profesor retirado de la Universidad de Yale, quien propone una concepción mixta de la justicia correctiva. Esta concepción parte de la idea de que la justicia y la moralidad no son principios metafísicos, sino que deben generar razones para la acción (Coleman, 1992).

En el caso de la responsabilidad extracontractual, las acciones relevantes son aquellas que competen a la víctima y al dañador, sin que importe realmente el resto de la sociedad. En este sentido, la justicia correctiva impone a las partes el deber de reparación por los ilícitos cometidos por alguna de estas (Coleman, 2010). Así, la pérdida sufrida por un sujeto, causada por otro, genera la obligación de reparar esta pérdida solo a esta persona y no a otra.

La diferencia de esta teoría respecto a las demás radica principalmente en que el pensamiento de Coleman no necesita de un equilibrio normativo preexistente ni de equivalencias entre pérdidas y ganancias de la víctima y el dañador, sino que lo único importante es la pérdida ilícita. En consecuencia, como Fabra expone magistralmente: “los conceptos centrales de la concepción mixta se resumen en una triada: responsabilidad, deber de reparar y pérdida ilícita” (Fabra Zamora, 2013, p. 88).

Adicionalmente, Coleman indaga sobre la relación de la justicia correctiva y la justicia distributiva a través de la siguiente pregunta: ¿debe importarle a la justicia correctiva la posición material de los agentes inmersos en el ámbito de la responsabilidad extracontractual? La respuesta del profesor es que tanto la justicia correctiva como la distributiva, a pesar de ser diferentes, se relacionan de muchas maneras. Por ello, seguir un criterio estricto de justicia se vuelve cuestionable cuando los derechos se enfrentan a un balance distributivo demasiado injusto (Coleman, 1995).

Ahora bien, en contraposición a lo que varios autores han considerado sobre el desuso de su teoría, la posición de Fletcher puede ser de aplicación en ciertos escenarios diferentes a los debatidos en este escrito, como la determinación de responsabilidad en los casos de asignación de culpas compartidas y demás. Sin embargo, se considera que no es posible aceptarla para el objeto de este documento.

La razón es que, al rechazar de plano la posibilidad de aplicar el análisis económico del derecho, la teoría que se propondrá en las páginas siguientes queda sin piso, al requerir cierta relación con aquel. Así mismo, el principio de proporcionalidad presentado por Fletcher no puede ser de recibo, porque en algunos casos, incluso desde las teorías de la justicia, a pesar de que existe el deber de indemnizar, no hay reciprocidad entre el riesgo adquirido y el efectivamente indemnizado, en la medida que, a veces, la indemnización misma del riesgo adquirido es imposible de cuantificar con precisión.

Se considera también deficiente la teoría del profesor Epstein, en la medida que, como el lector habrá podido apreciar desde el inicio de estas páginas, la posición presentada en este escrito frente a la responsabilidad civil extracontractual obedece a una lógica instrumentalista. En consecuencia, los fines que se propondrán para la responsabilidad civil extracontractual no pueden reducirse a la propiedad privada y el buen nombre, sino que, por el contrario, estos fines atienden no solo a derechos subjetivos en cabeza de cada persona, sino a derechos que congloban a la mayoría de la población.

Además, al analizar la posición del autor reseñado anteriormente, se encuentra que en el modelo jurídico colombiano no es posible hablar en ningún punto de derechos absolutos, razón por la cual no se puede aceptar la existencia de un derecho inviolable bajo ninguna circunstancia, porque esto es tanto como decir que no es posible reducir un derecho a su núcleo fundamental, como sí lo es en Colombia en los casos donde derechos fundamentales entran en pugna y es necesario elegir uno u otro.

Similar crítica es posible hacerle a la posición de Weinrib, en la medida que el formalismo presentado por el académico dentro de su teoría choca irremediablemente con el carácter instrumentalista de la posición de este documento. Se considera que el derecho no debe funcionar por el *derecho mismo*, las instituciones en sí mismas no existen para sí, sino que, más bien, sirven a un propósito. Ciertamente, en ocasiones este propósito puede que se vea borroso e incluso se pierda por situaciones coyunturales de cada sociedad específica. No obstante, el decir que una institución existe para sí es tanto como no tener nada.

Un punto adicional que valdría la pena tener en cuenta es que el protagonismo en la responsabilidad civil extracontractual deben tenerlo primordialmente los individuos que atienden a la institución, pero no se puede olvidar que este individuo se encuentra inmerso en un conjunto de relaciones que influyen y determinan en él. Este carácter social que influye en el individuo es el que precisamente obliga a pensar la responsabilidad extracontractual no solo desde el individuo y cómo le aporta a este, sino desde la sociedad misma y cómo la institución le aporta a

esta. En últimas, la crítica que le hago a Weinrib es que solo tiene en cuenta la singularidad del individuo, dejando de lado su carácter social.

En el mismo sentido, es posible realizar una crítica a Coleman, quien desconoce el entorno social y, por extensión, la sociedad en sí misma, dentro de su análisis de justicia correctiva, razón por la cual se podrían enunciar los mismos argumentos esgrimidos contra Weinrib. No obstante, se encuentran más bondades que defectos en sus planteamientos.

Para empezar, se comparte con Coleman que las partes tengan la obligación de reparar los daños causados por actos ilícitos a la víctima y no a otro sujeto, pero que no sea necesario un equilibrio normativo preexistente de las partes entre pérdidas y ganancias de la víctima y el dañador. La razón es que, dentro de los parámetros establecidos por la ley colombiana, al momento de determinar los daños extrapatrimoniales causados por el dañador a la víctima, el margen suele ser bastante amplio, lo cual necesariamente genera un desequilibrio entre ganancias y pérdidas en algunos casos.

Así mismo, se debe mencionar la puerta que abre el profesor Coleman a la justicia distributiva en los casos en que el balance distributivo es demasiado injusto al utilizar en *stricto sensu* la justicia correctiva, dado que es posible que las condiciones materiales, tanto del dañador como de la víctima, generen un resultado completamente injusto al aplicar la indemnización.

Teniendo estas consideraciones presentes, se pasará a presentar la posición del profesor Scheffler.

2. UNA TEORÍA ALTERNA SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

Como se ha presentado a lo largo de este escrito, las posiciones que ven la responsabilidad civil extracontractual a partir de un solo principio (sea la eficiencia o la retribución) resultan inconvenientes e incompletas, y, por el contrario, resultan mejor aplicables las posturas de académicos que abren una puerta a una multiplicidad de principios alternos. El caso en concreto se encuentra, por un lado, en Guido Calabresi, desde el análisis económico del derecho, al tomar la eficiencia como fin último de la responsabilidad civil extracontractual, pero imponiendo un límite en la extrema injusticia, y, por el otro, en Jules L. Coleman, desde las teorías de la justicia correctiva, partiendo desde la obligación de reparar por los daños ilícitos causados por el dañador a la víctima.

Así mismo, estas dos posiciones tienen un punto en común, es decir, la extrema injusticia al momento de reparar el daño: el primero, como respuesta a la crítica que las posiciones no consecuencialistas hacen al análisis económico del derecho, y el segundo, al analizar la relación con la justicia correctiva. Por esto, es posible encontrar un fin en común: la extrema injusticia como causa de la obligación de reparación por parte del dañador respecto a la víctima. En cuanto a este fin, el autor de este escrito considera que no cuenta con los suficientes elementos teóricos en este momento para desarrollar una posición defendible sobre esta premisa. Por ello, se limitará a dejar la cuestión sobre la mesa.

Se ha enunciado que tanto el análisis económico del derecho como la justicia correctiva tienen un punto en común, el cual es la extrema injusticia. Sin embargo, si se pretende proponer uno o varios fines para la responsabilidad civil extracontractual, es necesario tomar partido principalmente por una de las dos grandes escuelas que se han desarrollado a lo largo de estas páginas. En consecuencia, este documento se inscribe dentro de una postura consecuencialista, porque se considera que, en la medida que la sociedad sea más eficiente, a la larga terminará beneficiando al individuo. Sin embargo, no por ello es posible dejar de lado la crítica que le hace la justicia correctiva al análisis económico del derecho.

El profesor Samuel Scheffler (1994) tiene un punto de partida similar al expuesto *supra*, sin embargo, el verdadero aporte del académico, que permite moderar la posición del presente documento, radica en la creación de dos elementos para cualificar el deber de maximizar el consecuencialismo: por un lado, se limita la obligación de maximizar a través de restricciones centradas en el agente y, por otro lado, la cualificación del consecuencialismo consiste en prerrogativas centradas en el agente que le permiten no producir la consecuencia más óptima (Fabra Zamora, 2013). Frente al primer elemento, en el ordenamiento jurídico colombiano, la limitación de la obligación de maximizar se da frente a la vulneración de derechos fundamentales y, en caso de disputa entre estos, en la vulneración del núcleo central de los derechos fundamentales de los individuos; y, frente al segundo, la permisividad de no producir la consecuencia más óptima se da como la prerrogativa de no actuar en virtud de las relaciones personales y familiares del agente.

A partir de este aporte, es posible decir que el fin de la responsabilidad civil extracontractual es la maximización, teniendo como límite los derechos fundamentales del individuo y la prerrogativa que este tiene para no actuar en contra del bienestar de sus relaciones personales y familiares.

3. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL PROFESOR SCHEFFLER A TRAVÉS DE LA MODIFICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

Antes de comenzar este acápite, es necesario comentar que la fundamentación teórica pasará principalmente de un enfoque normativo a uno descriptivo. Este cambio obedece a la necesidad de fundamentar de manera correcta la existencia y veracidad de los postulados que se presentarán a continuación.

Ahora bien, los criterios establecidos por la normatividad colombiana para cuantificar el daño extrapatrimonial pueden ser desarrollados desde dos perspectivas: una perspectiva de carácter legal y otra de carácter jurisprudencial.

La primera entiende que son criterios para cuantificar el daño extrapatrimonial los enunciados en el artículo 16 de la Ley 449 de 1998. Estos son: el principio de reparación integral (devolver a la víctima a la situación en que se encontraba antes del daño [Sandoval Garrido, 2013]), el principio de equidad (entendido como un símil de justicia en el caso concreto [Valencia Zea y Álvaro, 2014]) y el principio de corrección monetaria (que no es más que la actualización de precios a un periodo determinado dado un nivel de inflación [Yoran, 1979]).

En cuanto a la segunda, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha fijado como límite los 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes, a través de sentencia del 6 de septiembre de 2001, con ponencia del consejero Alier E. Hernández Enríquez (Exp. 13.232).

Aplicando la teoría del profesor Scheffler a los criterios de cuantificación del daño, se encuentra principalmente que es necesario reevaluar la interpretación del principio de reparación integral, el principio de equidad y los límites monetarios impuestos por el Consejo de Estado.

Sobre el primero, es decir, el principio de reparación integral, es necesario partir de una relajación de este. La principal razón es que, en numerosos casos, devolver a la víctima a una situación en la cual se encontraba antes del daño no resulta la decisión más eficiente. Al respecto, es posible ejemplificar esta posición a través de la regla de Hand. Esta regla parte de la posición según la cual “un agente es culpable si, y solo si, tiene a su alcance medidas precautorias cuyo coste es inferior al valor del daño multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia y omite tomar esas medidas” (Papayannis, 2012, p. 68).

Sobre el principio de equidad, es necesario partir de la idea de que la justicia en el caso concreto puede también ser una justicia a largo plazo para la sociedad en su conjunto. Desde esta posición, la eficiencia como criterio de justicia puede

tener asidero dentro del sistema jurídico colombiano. Ciertamente, es necesario decir también que el principio de equidad no debería contener únicamente un solo principio de justicia. Por ello, la eficiencia como justicia a largo plazo no puede llegar a ser absoluta. Es aquí donde entrarían a jugar las excepciones de contenido potestativo (en relación con la potestad de no maximizar por causa de situaciones familiares y personales del individuo) y coercitivo (en relación con la obligación de no maximizar en los casos de vulneración a derechos fundamentales) propuestas por el profesor Scheffler.

Finalmente, frente a las limitaciones del Consejo de Estado, basta decir que al aplicar la regla de Hand, teniendo en cuenta el pronunciamiento del Consejo de Estado, se produciría una situación en la cual no habría un incentivo para prevenir el daño por parte del agente a cargo de realizar tal función, generando una situación de propensión al riesgo sin una justificación económica real.

CONCLUSIONES

Como se desarrolló a lo largo del presente documento, los fines de la responsabilidad civil extracontractual colombiana pueden ser establecidos a partir de una posición mixta entre justicia correctiva y análisis económico del derecho. Dicha posición se cristaliza en una teoría que propende a la eficiencia del sistema a través de la evasión del daño por medio de incentivos. Sin embargo, dicha eficiencia encuentra dos límites: por un lado, la extrema injusticia, la cual se puede solventar a través de la aplicación de la equidad y la justicia distributiva y, por el otro, las obligaciones y potestades de no maximizar en los casos en que se vulneren derechos fundamentales o se afecten intereses familiares o personales.

Así mismo, se considera que, a pesar de que lo importante para el sistema debe ser la evasión del daño a través de incentivos, esto no elimina el hecho de que las partes tengan la obligación de reparar los daños causados por actos ilícitos a la víctima y no a otra persona. Lo anterior, en la medida que no se puede relegar al ser humano a un papel secundario dentro del análisis.

REFERENCIAS

- Aristóteles (2009). *Ética a Nicómaco*. Madrid: LID Editorial Empresarial.
- Arjona Trujillo, A. M. y Rubio Pardo, M. (2002). El análisis económico del Derecho. *Precedente* (2), 115-150.
- Bentham, J. (2000). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Kitchener: Batoche Books.
- Bix, B. (2006). Teoría del derecho: tipos y propósitos. *Isonomía*, (25), 57-68. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n25/n25a4.pdf>
- Calabresi, G. (2008). *The Costs of Accidents*. New Haven: Yale University Press.
- Coleman, J. L. (1980). Efficiency, Utility and Wealth Maximization. *Hofstra Law Review*, 8, 509-551.
- Coleman, J. L. (1992). The Mixed Conception of Corrective Justice. *Iowa Law review*, 1(1), 426-444.
- Coleman, J. L. (1995). Mischief and Misfortune. *McGill Law Journal*, 41, 91-130.
- Coleman, J. L. (2010). *Riesgos y daños*. Madrid: Marcial Pons.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (6 de septiembre de 2001). Sentencia del 6 de septiembre de 2001, Expediente 13.232-15.646. [M.P. Alier E. Hernández Henríquez].
- Cooter, R. y Ulen, T. (2007). *Introduction to Law and Economics*. Boston: Pearson.
- Dworkin, R. M. (1980). Is Wealth a Value? *Journal of Legal Studies*, 9(2), 191-226.
- Epstein, R. A. (1973). A Theory of Strict Liability. *The Journal of Legal Studies*, 2(1), 151-204.
- Epstein, R. A. (1975). *Intentional Harms*. *The Journal of Legal Studies*, 4(2), 391-442.
- Fabra Zamora, J. (2013). Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual. En C. Bernal Pulido y J. Fabra Zamora, *La filosofía de la responsabilidad civil: estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de*

- la responsabilidad civil extracontractual* (pp. 22-117). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fletcher, G. P. (1972). Fairness and Utility in Tort Theory. *Harvard Law Review*, 537-573.
- Kaplow, L. y Shavell, S. (2001). Fairness versus Welfare. *Harvard Law Review*, 114(4), 961-1388.
- Papayannis, D. M. (2012). Teorías sustantivas de la responsabilidad extracontractual y la relevancia de la metodología. *Isonomía*, (37), 61-97.
- Pettit, P. (2004). El consecuencialismo. En P. Singer, *Compendio de ética* (pp. 323-336). Madrid: Alianza. Recuperado de <https://filosinsentido.files.wordpress.com/2013/07/compendio-de-etica-peter-singer.pdf>
- Posner, R. A. (1998). Utilitarismo, economía y teoría del derecho. *Estudios públicos*, (69), 507-257.
- Sandoval Garrido, D. A. (2013). Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. *Revista de Derecho Privado*, (25), 237-274.
- Scheffler, S. (1994). *The Rejection of Consequentialism: A philosophical investigation of the considerations underlying rival moral conceptions*. New York: Oxford University Press.
- Shavell, S. (1987). *Economic Analysis of Accident Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Suárez, P. (2013). Acerca de los fundamentos morales de la responsabilidad extracontractual. En C. Bernal Pulido y J. Fabra Zamora, *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual* (pp. 154-172). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Valencia Zea, A. y Álvaro, O. M. (2014). *Derecho civil. Tomo I. Parte general y personas*. Bogotá: Temis.
- Weinrib, E. J. (1980). Utilitarianism, Economics and Legal Theory. *The University of Toronto Law Journal*, 30(3), 307-332.

Weinrib, E. J. (2001). Correlativity, Personality, and the Emerging Consensus on Corrective Justice. *Theoretical Inquiries in Law*, 2(1), 107-160.

Weinrib, E. J. (2012). *The idea of private law*. Oxford: Oxford University Press.

Yoran, A. (1979). Linked Compensation - Full Compensation. *Israel Law Review*, 14, 515-526.

Zerbe, R. O. (2001). *Economic Efficiency in Law and Economics*. Northampton: Edward Elgar

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 negrita 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 Luís 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 Luís 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).

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.

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).

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, transmitir 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)².

2 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.

- 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.

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 Gazette* 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:
- Direct: employment, stock ownership, grants, patents.
 - 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:
- any personal interest in the outcome of the investigation.
 - 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.

Administración, justicia y formación jurídica

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 xxxxxxxxxxxx

300 libros impresos sobre papel book cream de 90 grs,
con tipografía de familia Constantia a 10 puntos.
Diagramación: Fabio Jiménez Martínez.

