

Revista de Derecho Summa iuris

Presentación

Presentation

Paulo Bernardo Arboleda Ramírez

Editorial

Reflexiones en torno a la autonomía universitaria

Reflections about university autonomy

Andrés Botero Bernal

Estudios Jurídicos y/o de la Teoría del Derecho

La Propiedad en tiempos del petróleo

The property in times of the petroleum

Iván Lázaro Sánchez

Actualidad de la Doctrina de la Seguridad Nacional

News of the Doctrine of National Security

Hernán Alejandro Olano García

Servicio civil de Carrera en Colombia: Perspectivas y resultados de la Profesionalización de la Función Pública

Civil service career in Colombia: Prospects and results to teacher civil service

Julián Raúl Flórez López

Incorporación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Colombia. Especial referencia a los delitos de lesa humanidad

Incorporation of the Statute of the International Criminal Court in Colombia. Special reference to the crimes against humanity

Eduardo Julián Ramírez Uribe

Sistema de responsabilidad penal para adolescentes en el marco de la justicia restaurativa, desde el año 2006 en Colombia

System of criminal responsibility for adolescents in the context of restorative justice, since 2006 in Colombia

Santiago Caro Cuartas

Estudios Socio jurídicos

Las corporaciones públicas y las instituciones democráticas (partidos y movimientos políticos): Sus alcances y limitaciones para el ejercicio del buen gobierno y la calidad de la democracia en Manizales y Caldas

Public corporations and democratic institutions (political parties and movements): its scope and limitations on the exercise of good governance and quality of democracy in Manizales y Caldas

Angela María Lora Echavarría

La quebrada Manizales, quebrada ambientalmente por la legalidad e ilegalidad de los vertimientos

Manizales stream, environmentally ruined by legality and illegality of dumping

Mónica Aristizábal Botero

©Fundación Universitaria Luis Amigó

Summa Iuris

Vol. 3, No. 1, enero–junio de 2015

ISSN: 2339-4536

Rector

Pbro. José Wilmar Sánchez Duque

Vicerrectora de Investigaciones

Isabel Cristina Puerta Lopera

Decana Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Mónica Lucía Granda Viveros

Jefe Departamento de Fondo Editorial

Carolina Orrego Moscoso

Diseño y diagramación

Arbey David Zuluaga Yarce

Corrector de estilo

Rodrigo Gómez Rojas

Traductora

Diana Marcela Jaramillo Cataño

Contacto editorial

Fundación Universitaria Luis Amigó

Transversal 51A #67 B 90. Medellín, Antioquia, Colombia

Tel: (574) 448 76 66 (Ext. 9711. Departamento de Fondo Editorial)

www.funlam.edu.co-fondoeditorial@funlam.edu.co

Órgano de divulgación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Fundación Universitaria Luis Amigó.

Hecho en Colombia / Made in Colombia

Financiación realizada por la Fundación Universitaria Luis Amigó



Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar 4.0 Internacional.

Director de la Revista

Mg. Paulo Bernardo Arboleda Ramírez.

Comité Científico

PhD. Jorge Agudo González, Universidad Autónoma de Madrid, España.

PhD. María del Carmen Barranco Avilés, Universidad Carlos III de Madrid, España.

PhD. Carmen Fernández Rodríguez, Universidad Nacional de Educación a Distancia- UNED-, España.

Ph.D. Alexander G. Nesterov, Ural Federal University, Yekaterinburg, Rusia.

PhD. Rodolfo Arango Rivadeneira, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia.

PhD. Porfirio Cardona Restrepo, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia.

PhD. Polina Golovátina Mora, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.

PhD. Darío Alejandro Rojas Araque, Fundación Universitaria Luis Amigó, Medellín, Colombia.

Comité Editorial

PhD. Edgar David Serrano Moya, Universidad de Caldas, Manizales, Colombia.

PhD. Javier Gonzaga Valencia, Universidad de Caldas, Manizales, Colombia.

PhD. Ricardo Castaño Zapata, Universidad de Caldas, Manizales, Colombia.

PhD. Eduardo Lindarte Middleton, Universidad Autónoma de Manizales, Manizales, Colombia.

PhD. Guillermo Calvo Mahé, Universidad Autónoma de Manizales, Manizales, Colombia.

PhD. Gustavo Arango Soto, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia.

PhD. Ricardo León Molina López, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia.

Mg. Amanda Gallego Blandón, Universidad San Buenaventura, Medellín, Colombia.

Mg. María Jesús Román Valencia, Fundación Universitaria Luis Amigó, Medellín, Colombia.

Mg. Jorge Pastor Cuartas Mesa, Fundación Universitaria Luis Amigó, Medellín, Colombia.
Mg. Pablo Andrés Garcés Vásquez, Institución Universitaria de Envigado, Antioquia, Colombia.

Árbitros

Mg. Rodrigo Giraldo Quintero, doctorando en Derecho y docente investigador Universidad de Manizales, Caldas, Colombia.
Mg. Diego Javier Mesa Rada, doctorando en Derecho y docente investigador Universidad Cooperativa de Colombia, Sede Cartago, Colombia.
Mg. Jesús David Londoño Bedoya, Docente investigador Fundación Universitaria Luis Amigó, Manizales, Caldas, Colombia.
Mg. Alejandro Guzmán Rendón, Docente Universidad de Caldas, Manizales, Colombia.
Mg. Mauricio José Álvarez Tafur, Decano Facultad de Derecho Corporación Universitaria del Meta, Villavicencio, Colombia.
Mg. John Alexander Bedoya, Docente Fundación Universitaria Luis Amigó, Manizales, Caldas, Colombia.
Mg. Wilson Alberto Nieto Ríos, docente investigador Universidad de Manizales, Caldas, Colombia.
Mg. Érika Natassia Arroyave López, Docente investigadora Universidad de Medellín, Antioquia, Colombia.
Mg. Germán Andrés Gómez Cardona, Docente investigador Fundación Universitaria Luis Amigó, Manizales, Caldas, Colombia.
Esp. José Fernando Marín, maestrando en Derecho Público Universidad de Caldas, Manizales, Colombia.
Esp. Mauricio López Ciuffetelli, maestrando en Estudios Políticos Universidad de Caldas, docente, asesor y experto jurista, Manizales, Caldas, Colombia.
Esp. Gustavo Restrepo Pérez, ex defensor del pueblo regional Caldas y docente Universidad de Caldas, Manizales, Colombia.
Esp. Ana María Forero Trejos, asesora y experta jurista, Manizales, Caldas, Colombia.
Esp. Andrés González Arango, maestrando en Derecho Administrativo y docente investigador Universidad Cooperativa de Colombia, Sede Cartago, Colombia.
Esp. Luis Guillermo Valencia Osorio, docente investigador Universidad de Manizales, Caldas, Colombia.

Edición

Fundación Universitaria Luis Amigó

Solicitud de canje

Biblioteca Vicente Serer Vicens
Fundación Universitaria Luis Amigó
Medellín, Antioquia, Colombia

Para sus contribuciones

summaiuris@funlam.edu.co
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Fundación Universitaria Luis Amigó.
Transversal 51A #67 B 90. Medellín, Antioquia, Colombia

ISSN: 2339-4536

Vol. 3, No. 1, enero-junio de 2015

Fundada en 2013

Summa Iuris es el órgano de publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Fundación Universitaria Luis Amigó. Su periodicidad es semestral y su cobertura es nacional e internacional. Promueve la publicación de artículos de investigación inéditos y originales en temas de derecho y áreas afines. Está dirigida a estudiantes, investigadores, profesionales y personas interesadas en estos asuntos.

Los autores son moral y legalmente responsables del contenido de sus artículos, así como del respeto a los derechos de autor. Por lo tanto, éstos no comprometen en ningún sentido a la Fundación Universitaria Luis Amigó.

La reproducción de los artículos se regirá conforme a lo descrito en <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>

CONTENIDO

Presentación

Paulo Bernardo Arboleda Ramírez

Presentation

Paulo Bernardo Arboleda Ramírez

Editorial

Reflexiones en torno a la autonomía universitaria 17

Andrés Botero Bernal

Editorial

Reflections about university autonomy 27

Andrés Botero Bernal

ARTÍCULOS

Estudios Jurídicos y/o de la Teoría del Derecho

La Propiedad en tiempos del petróleo 37

The property in times of the petroleum

Iván Lázaro Sánchez

Actualidad de la Doctrina de la Seguridad Nacional 59

News of the Doctrine of National Security

Hernán Alejandro Olano García

Servicio civil de Carrera en Colombia: Perspectivas y resultados de la
Profesionalización de la Función Pública 87

Civil service Career in Colombia: prospects and results to teacher civil service

Julián Raúl Flórez López

Incorporación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Colombia. Especial referencia a los delitos de lesa humanidad 116

Incorporation of the Statute of the International Criminal Court in Colombia. Special reference to the crimes against humanity

Eduardo Julián Ramírez Uribe

Sistema de responsabilidad penal para adolescentes en el marco de la justicia restaurativa, desde el año 2006 en Colombia 150

System of criminal responsibility for adolescents in the context of restorative justice, since 2006 in Colombia

Santiago Caro Cuartas

Estudios Socio jurídicos

Las corporaciones públicas y las instituciones democráticas (partidos y movimientos políticos): Sus alcances y limitaciones para el ejercicio del buen gobierno y la calidad de la democracia en Manizales y Caldas .. 185

Public corporations and democratic institutions (political parties and movements): Its scope and limitations on the exercise of good governance and quality of democracy in Manizales y Caldas

Ángela María Lora Echavarría

La quebrada Manizales, quebrada ambientalmente por la legalidad e ilegalidad de los vertimientos 207

Manizales stream, environmentally ruined by legality and illegality of dumping

Mónica Aristizábal Botero

PRESENTACIÓN

REVISTA SUMMA IURIS VOL. 3 / N° 1

La revista *Summa Iuris* es una publicación digital semestral de carácter académico, adscrita a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Fundación Universitaria Luis Amigó, que promueve la difusión del conocimiento científico, relacionado con el Derecho y temas afines de carácter socio jurídico, político, económico, filosófico, entre otros.

Esta nueva publicación es el resultado del esfuerzo y el compromiso de muchos integrantes de la comunidad académica nacional e internacional; sin cuyo interés y rigurosidad no hubiera sido posible materializar esta especial labor de presentar a los lectores artículos de un alto nivel científico. Además, es de anotar que esta publicación constituye un importante vínculo académico y un aporte para la reflexión y la actividad científica.

En este sentido, la Revista *Summa Iuris*, a través de sus entregas, se orienta a consolidar una comunidad científica en la cual la crítica, la reflexión, el debate, la generación de conocimientos y la síntesis, sean actividades que permitan la excelencia académica. Así, es necesario construir Universidad a partir de la lectura y debates que puedan darse en torno a nuevas divulgaciones y propuestas que generen la interacción de distintas escuelas del derecho y de otros estudios.

Cada uno de los artículos ha pasado por un proceso de evaluación especializada por parte de árbitros de un excelente nivel académico y profesional, por lo que el contenido de la Revista es un adecuado insumo para docentes, estudiantes, investigadores y especialistas de los estudios socio jurídicos.

En este primer número correspondiente al tercer volumen de la Revista, se presentan, además de la Editorial del reconocido académico e investigador Andrés Botero Bernal -en el que hace una interesante y profunda reflexión sobre la autonomía universitaria en Colombia-, siete artículos de gran valor investigativo sobre diferentes temas en el ámbito del Derecho y

la Ciencia Política, relacionados con el derecho a la propiedad, la Doctrina de la Seguridad Nacional en Colombia, la función pública, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, los partidos políticos y el derecho ambiental.

A modo de sencilla presentación, en esta edición, contamos con los siguientes escritos.

En primer lugar, el editorial denominado: *“Reflexiones en torno a la autonomía universitaria”*, de autoría del Doctor Andrés Botero Bernal, quien resalta que este tema de suma importancia para el desarrollo de un país, se ha caracterizado por la falta de trabajos por parte de la academia jurídica. En este sentido, el investigador Andrés Botero señala que la autonomía universitaria está en crisis, pues hay una “sensación generalizada de que muchas universidades han abusado de este derecho”. Así pues, en la editorial se proponen varios aspectos para una discusión académica, como por ejemplo la creación de una ley estatutaria para la autonomía universitaria entendida como un derecho-deber fundamental.

En materia de artículos, se encontrarán dos ejes. Uno, jurídico o relativo a la teoría del derecho; y, el segundo, relativo a estudios socio jurídicos.

En este orden de ideas, el primer componente está integrado por el artículo del Licenciado Iván Lázaro Sánchez, titulado *“La Propiedad en tiempos del petróleo”*. El autor es Profesor Investigador en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México, quien presenta de manera notable los factores de tipo productivo y extractivo que involucran al petróleo en México y sus implicaciones tanto de tipo jurídico como económico frente al derecho fundamental a la propiedad; se explican y describen los fenómenos procesales que rodean a la declaratoria de la servidumbre de hidrocarburos sobre un predio privado y sus principales críticas desde el ordenamiento constitucional mexicano, así como desde la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por su parte, el Doctor Hernán Alejandro Olano García presenta un artículo titulado *“Actualidad de la Doctrina de la Seguridad Nacional”*, resultado del trabajo que el autor realiza en su línea de investigación sobre histo-

ria de las instituciones; en tal sentido, el texto revisa aspectos relevantes de la Doctrina de la Seguridad Nacional en Colombia, enfatizando que en el contexto de las actuales negociaciones de paz, es necesario para la regulación de la desmovilización y el postconflicto, aplicar nuevamente los términos contenidos en la Ley 684 de 2001 que fue declarada inexecutable por parte de la Corte Constitucional.

A continuación, se presenta un juicioso estudio titulado *“Servicio civil de Carrera en Colombia: Perspectivas y resultados de la Profesionalización de la Función Pública”*, elaborado por el profesor e investigador Julián Raúl Flórez López, Magíster en Ciencias Políticas por la Universidad de Salamanca (España). En el texto se realiza un diagnóstico de la función pública en Colombia, partiendo de una contextualización histórica sobre el origen y el desarrollo del servicio civil de carrera en el país. Este trabajo investigativo tiene como eje central el análisis de los resultados obtenidos por la Ley 909 de 2004, por la cual se regularon el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública.

El cuarto artículo que integra este primer componente se titula *“Incorporación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Colombia. Especial referencia a los delitos de lesa humanidad”*, de autoría del docente investigador Eduardo Julián Ramírez Uribe, Magíster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca. En este riguroso texto el autor contextualiza los antecedentes de la incorporación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Colombia; asimismo, el investigador identifica los problemas de carácter político y jurídico que se presentaron en el momento de la incorporación de dicho Estatuto, haciendo énfasis en los inconvenientes que plantean los delitos de lesa humanidad y sus elementos (El Ataque, la Generalidad o Sistemática, el Político y la Población Civil) dentro del ordenamiento jurídico de Colombia debido a que no se encuentran tipificados en la forma como se contemplan en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Por último en este apartado, se presenta el detallado estudio titulado *“Sistema de responsabilidad penal para adolescentes en el marco de la justicia restaurativa, desde el año 2006 en Colombia”*, elaborado por el abogado y especialista en Derecho Procesal Santiago Caro Cuatrecasas. En el artículo,

el autor infiere que la justicia restaurativa es un instituto constitucional y procesal, manifestado a través del sistema de responsabilidad penal para adolescentes de la Ley 1098 de 2006 y del procedimiento penal de la Ley 906 de 2004; asimismo, mediante la lectura del texto se comprende que la justicia restaurativa justifica un modelo de responsabilidad penal juvenil garantista, orientado a la protección integral del adolescente mediante la aplicación de una sanción de carácter pedagógica, específica y diferenciada.

Ahora, en el segundo componente, sobre los estudios socio-jurídicos se relaciona lo siguiente:

La docente y coordinadora del programa de Derecho de la Fundación Universitaria Luis Amigó, sede Manizales, Dra. Ángela María Lora Echavarría, en su artículo titulado *“Las corporaciones públicas y las instituciones democráticas (partidos y movimientos políticos): Sus alcances y limitaciones para el ejercicio del buen gobierno y la calidad de la democracia en Manizales y Caldas”*, identifica tres prácticas políticas -clientelismo, paternalismo y nepotismo- que han afectado a la democracia y, por ende, a la consolidación de un sistema de partidos políticos integral en los ámbitos municipal y departamental de Caldas. De igual manera, la autora hace un análisis de la forma en que la clase política ha establecido su dominio en las esferas públicas de la ciudad de Manizales y del Departamento de Caldas, mediante el empoderamiento de los caciques políticos que definen en gran medida la composición y funcionamiento de las corporaciones públicas y de las colectividades políticas.

Finalmente, la Dra. Mónica Aristizábal Botero, abogada y docente investigadora, presenta una arista de los resultados investigativos que tienen una mayor extensión mediante su artículo denominado *“La quebrada Manizales, quebrada ambientalmente por la legalidad e ilegalidad de los vertimientos”*; en el texto la autora identifica la normativa jurídica colombiana de la protección al ambiente sano, evidenciando que esta regulación jurídica contrasta con la realidad de la quebrada Manizales, la cual conforme al estudio realizado supera su capacidad de carga para recibir vertimientos domiciliarios e industriales, los cuales se hacen en forma legal e ilegal. Así pues, se destaca que para la realización de esta investigación, se utili-

zó el instrumento de la entrevista para obtener información detallada de la percepción de la comunidad aledaña sobre la situación de contaminación de la quebrada Manizales.

De esta manera, este número se aprecia como un insumo académico de gran valor para profesores, estudiantes, investigadores y especialistas en las áreas del derecho y en los temas afines de carácter socio jurídico, político, económico, filosófico, entre otros.

Finalmente, agradecemos a todos los que participaron en la construcción de esta edición, compromiso que materializa los valores institucionales de la Fundación Universitaria Luis Amigó.

Paulo Bernardo Arboleda Ramírez
Director Editor Revista Summa Iuris

PRESENTATION

REVISTA SUMMA IURIS VOL. 3 / N° 1

Summa Iuris journal is a biannual digital academic publication, attached to the Faculty of Law and Political Sciences of the Fundación Universitaria Luis Amigó, which promotes the diffusion of scientific knowledge related to issues of law, and related socio-legal topics such as political, economic, and philosophical among others.

This new publication is the result of the effort and commitment from many members of the national and international academic community; without their interest and thoroughness, it would have not been possible to materialize this special work to present the readers articles of a high scientific level. Furthermore, it should be noted, that this publication constitutes an important academic link and a contribution to reflection and scientific activity.

In this sense, Summa Iuris Journal, throughout its publications, intends to consolidate a scientific community in which criticism, reflection, discussion, knowledge generation, and synthesis are activities that aim for academic excellence. Thus, it is necessary to build an Academic perspective from reading and debating, which may take place based on new publications and proposals that generate the interaction of different law schools and other studies.

Each of the articles has gone through a specialized evaluation process by arbitrators with an excellent academic and professional career, so that the content of the journal is a suitable input for teachers, students, researchers and specialists in socio-legal studies.

This first issue from the third volume of the Journal involves different interesting topics. Among them, the reader can find the Editorial by Andrés Botero Bernal, a renowned academic and researcher, in which he makes an interesting and deep reflection on university autonomy in Colombia. Also, there are seven articles of great research value about diverse topics in the field of Law and Political Science related to the right to property, the

Doctrine of National Security in Colombia, the civil service, the Statute of the International Criminal Court, the system of criminal responsibility for adolescents, political parties and environmental law.

As an abstract, in this edition we have the following writings.

First, the Editorial entitled: "Reflections on university autonomy" by Dr. Andres Botero Bernal, who points out that this topic of utmost importance for the development of a country, has been characterized by a lack of papers from the law academic community. In this sense, the researcher Andres Botero notes that university autonomy is in a state of crisis, as there is a "widespread feeling that many universities have abused this right." Consequently, in the Editorial various aspects are proposed for an academic discussion, for instance, the creation of a statutory Law for university autonomy, understood as a fundamental right-duty responsibility.

In terms of articles, there are two (2) sides: One, legal or relating to the theory of law; and the second, on socio-legal studies.

In this order, the first component consists of the article by Professor Ivan Lázaro Sánchez, entitled "Property in times of oil." The author is Professor-Researcher at the Universidad Juarez Autónoma in Tabasco, Mexico. He presents in a remarkable way, the productive and extractive factors involving oil in Mexico, and its legal and economic implications against the fundamental right to property; the procedural phenomena around the declaration of servitude of hydrocarbons on a private state, and its main criticism from the Mexican constitutional system and from the American Convention on Human Rights.

Hernán Alejandro Olano García presents an article entitled "News of the Doctrine of National Security," as a result of the work that the author develops in his research on the history of institutions. In this regard, the paper reviews relevant aspects of the Doctrine of National Security in Colombia emphasizing that in the context of the current peace talks, it is necessary to apply the terms contained in the 2001 Law 684 for the

regulation of the demobilization and post-conflict state of the illegal armed groups. Such law was declared unconstitutional by the Constitutional Court.

Then, an in-depth study is presented: “Civil Service Career in Colombia: Prospects and results of Professionalization of Public Administration”, prepared by Professor and Researcher Julián Raúl Flórez López, Master in Political Science from the University of Salamanca (Spain). In his paper, Flórez López provides an analysis of civil service in Colombia, from a study on the historical context of the origin and development of the civil service in this country. The core research area of this project is the analysis of results obtained by Law 909 of 2004 which regulated: public employment, civil service, and public management.

The fourth article is called: “Incorporation of the Statute of the International Criminal Court in Colombia. Special reference to crimes against humanity”, authored by Professor-Researcher Eduardo Julián Ramírez Uribe, Master in Criminal Law from The University of Salamanca. In this thoughtful reflection, the author contextualizes the background to the incorporation of the Statute of the International Criminal Court in Colombia, identifying, as well, the political and legal issues that arose at the time of the incorporation of the Statute, stressing on the drawbacks that emerge from crimes against humanity and their common elements (criminal attack, generality or systematic, politicians and civilians), within the legal system of Colombia because they are not established in the same manner as they are contemplated in the Statute of the International Criminal Court.

As a final article for this section there is a detailed study called “System of criminal responsibility for adolescents in the context of restorative justice, since 2006 in Colombia” written by Lawyer and Specialist in Procedural Law Santiago Caro Cuartas. In his article, the author infers that restorative justice is a constitutional and procedural body since it relies on the system of criminal responsibility for adolescents as stated in Law 1098 of 2006, and the Criminal Procedure Law 906 of 2004. Likewise, Caro’s framework allows a depiction of how restorative justice

validates a model on guaranteed criminal responsibility of youth, aimed at the comprehensive protection of adolescents by applying pedagogical, specific and differentiated punishments.

Moving into the second section of the journal, the reflection is focused on socio-legal studies portraying the instances below:

Professor and Director of the Law Undergraduate Program at Luis Amigó University Foundation in Manizales, Ángela María Lora Echavarría, presents her thesis on the study called: “Public corporations and democratic institutions (political parties and movements). Their scope and boundaries for good governance and quality of democracy in Manizales and Caldas “ in which she identifies three political practices – clientelism, patronage, and nepotism – that have affected democracy and therefore, the consolidation of a comprehensive system of political parties in the field of local and regional areas of Caldas. Likewise, the author makes an analysis on how the political ruling class has established its dominance in public areas of the City of Manizales and the Department of Caldas, through empowerment of political chiefs who largely define the composition and functioning of public organizations and political authorities.

Finally, Mónica Aristizábal Botero, lawyer and professor-researcher, outlines the results from essential research work through a study known as “Manizales Creek, environmentally broke by legality and illegality of dumping”. In her research, the author identifies the Colombian legal standard of protection for a healthy environment, revealing that this legal regulation contrasts with the reality of Manizales Creek. According to the study, Manizales Creek exceeds its capacity for domestic and industrial dumping, which is both legally and illegally practiced. Therefore, Aristizábal puts forth the use of the interview as an instrument to obtain detailed information on the perception that the local community has about pollution of the Manizales Creek.

Thus, in this issue of our journal we bring together a selection of the most valuable academic input for instructors, students, researchers, and specialists in the field of law and related legal subjects of society, politics, economics, philosophy, among other spheres of knowledge.

Finally, we thank all those who participated in the creation of this issue; such a commitment materializes the institutional values of Fundación Universitaria Luis Amigó University.

Paulo Bernardo Arboleda Ramírez
Editor-in-Chief Summa Iuris Journal

EDITORIAL

REFLEXIONES EN TORNO A LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

Andrés Botero Bernal¹

Forma de citar este artículo en APA:

Botero Bernal, A. (enero-junio, 2015). Reflexiones en torno a la autonomía universitaria. *Summa Iuris*, 3(1), 17-26

Como es de esperarse, hay temas, dentro del discurso científico del derecho, que han sido más trabajados que otros. Esto es normal. Pero lo que sí me parece triste es que haya un tema en concreto que raya con lo desproporcionado por la falta de trabajos en el campo: me refiero a la autonomía universitaria (en adelante AU). Sí hay algunas cosas, buenas por demás², pero para lo que implica este tema en el desarrollo de un país debería ser mejor tratado por la academia jurídica. Ante tal aridez quise hacer un modesto aporte, por lo que escribí hace algunos años un pequeño texto defendiendo la AU por su importancia para la existencia de una cultura, ciencia y educación superior con calidad, pero dejando en claro, obviamente, que esta tiene límites, de manera tal que si bien es una libertad colectiva que asiste a las universidades³, esta no puede terminar siendo una patente de corso que afecte los legítimos intereses de la sociedad en una educación superior de calidad, por un lado, y de los miembros de la comunidad académica, por el otro (Botero, 2005). Así las cosas, traté de interpretar el componente de la autonomía universitaria sin caer en sus extremos viciosos: uno, creer que la AU permite la irresponsabilidad de las universidades y sus directivas (Botero, 2005; pp. 95-97), y dos, creer que ella se limita a los derechos propios de cualquier persona jurídica (darse sus autoridades y estatutos conforme a la ley del caso).

¹ Profesor de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander. Correo electrónico: abotero@uis.edu.co

² Hago un recuento enunciativo, para incentivar al lector, de la literatura académica colombiana sobre el tema: Martínez & Castañeda, 2005, pp. 15-24; Amaya, Gómez & Otero, 2007: 158-165; Linares, 2011: 43-84. Hay otros textos más generales al respecto: Ossa, 2005: 7-9. Borrero, 2005: 39-46; Gaviria, 2008: 1-4.

³ Por mandato legal, en Colombia existen varios tipos de entidades que pueden ofrecer el servicio público de educación superior, denominadas genéricamente como Instituciones de Educación Superior (en adelante, IES), siendo las universidades una de dichos tipos. En sentido estricto, por mandato del artículo 28 de la ley 30 de 1992, la AU se predicaría solo de las universidades, pero el artículo 29 permite un ejercicio limitado de la AU a las instituciones universitarias, escuelas tecnológicas e instituciones técnicas profesionales. En este escrito no partiré de esta diferenciación jurídica y aludiré a las universidades y a las IES como sinónimos.

Esta preocupación de evitar los extremos quedó plasmada en la definición de AU que en aquel entonces propuse: “un proceso efectivo en los resultados académicos por medio del ejercicio responsable de competencias gubernativa, financiera y normativa, que mediante acciones u omisiones constituye el ámbito vital de la universidad, que va más allá de los derechos y de los deberes otorgados con ocasión de la personería jurídica, y que para salvaguarda de las universidades y como garantía de mínimos de autonomía se consagra jurídicamente” (Botero, 2005, p. 98).

De esta definición colegí en su momento que la AU no puede entenderse como un derecho constitucional de carácter absoluto (en un Estado constitucional y en un “derecho entendido como argumentación” no hay lugar para hablar de derechos absolutos)⁴ ni mucho menos como un mero derecho (sin un componente deontológico o de deber) de las universidades. Dicho con otras palabras, la autonomía es, claramente, un derecho pero simultáneamente es un deber de la institución que en ella se ampara⁵. Así, cuando una universidad alega a su favor la AU ello implica de esa misma institución su compromiso con el ejercicio efectivo y responsable de dicha autonomía en su propio gobierno, en sus finanzas y en su regulación normativa, todo con el fin de crear un espacio real y verificable que permita el desarrollo de las misiones sustanciales de la universidad que históricamente son la docencia, la investigación y la extensión (más recientemente se habla de la internacionalización, entre otras).

Sólo de esta manera se evitaría que la AU termine siendo excusa justificante de corrupciones que generarían el peor de los efectos posibles: un reclamo socio-político generalizado para extirparla ante su mal uso. Entonces, nada mejor para defender a la universidad, en general, que decir a viva voz lo que decimos en voz baja: que se está abusando, a veces por un mal uso y otras veces por un mal entendimiento, de lo que dicho derecho-deber implica. Entiéndase bien y para ello me amparo en Sosa (2004), que alegar la AU para permitir el desangre institucional o la comodidad perezosa por parte de miembros de la comunidad universitaria terminaría, con

⁴ Dice así la Corte Constitucional colombiana, en sentencia T-141 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas): “Sin embargo, la autonomía universitaria no es una potestad absoluta, pues existen límites a su ejercicio, que están dados principalmente por la ley y el respeto a los derechos fundamentales de toda la comunidad del centro universitario”.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-114 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

el tiempo, por poner en riesgo a la universidad misma a un punto tal que, por su debilidad endémica provocada por los excesos, no pueda resistir los fuertes retos a los que se enfrenta y los que se le avecinan⁶.

Agrego, además, que estos retos a los que me refiero no son estrictamente externos a pesar de lo que la generalidad pueda pensar. Son igualmente fuertes las tensiones que la AU puede tener al interior de la universidad especialmente con derechos individuales tales como la libertad de investigación, la de enseñanza y la de educación, por señalar tres casos. Verbigracia, no son pocos los eventos donde es la libertad de enseñanza de un docente la que se enfrenta con la autonomía de la institución en la que labora, tanto cuando el docente no comulga con la ideología institucional como cuando un docente promueve espacios crítico-humanistas que desafían a la propia institución.

Así las cosas, la AU está lejos de ser un tema pacífico en el *mundo de la vida*, de manera tal que, una vez más lo digo, no me explico el relativo silencio que hay al respecto en el discurso científico del derecho.

Es por todo ello que el escenario al que ahora asistimos en Colombia es más que preocupante en especial porque hay cierta sensación generalizada y creciente de que muchas universidades, tanto públicas como privadas, han abusado de su AU y que, con base en ella, han pretendido guarecerse de los reclamos sociales y especialmente de los estatales ante muchos desmanes cometidos. Antes eran raras (pero se oían) noticias sobre corrupción en universidades. Hoy en día esto se volvió algo cotidiano y ya no solo sobre instituciones públicas⁷.

⁶ Pienso, por ejemplo, en las embestidas del capital globalizado y del empresarismo burdo, entre otros, que observan a las universidades como fuentes de reproducción acrítica de los dispositivos de poder y como sede de negocios sobre cualquier otra consideración (Botero, 2005, pp. 133-160). Sobre cómo la educación superior pierde su componente crítico para favorecer los nuevos modelos de gobernanza, ver: Michéa, 2009, pp. 39-48 (Capítulo VII).

⁷ Vid. Restrepo, Trujillo & Guzmán, 2012. Este texto alerta, resumiendo, sobre serios problemas de la gestión administrativa universitaria, en especial de las privadas: (i) IES que tienen “dueños” con ánimo de lucro, generalmente sus fundadores o familiares, que desangran internamente a las instituciones al servir de proveedores o como empleados con excesivas remuneraciones sin necesidad, en algunas ocasiones, de prestar el servicio por el cual se contrata; (ii) compraventa de puestos en los consejos directivos que se benefician, muchas veces, con excesivas remuneraciones o con el control sobre la contratación de la entidad; (iii) prácticas abusivas tributarias que pueden convertirlas en pequeños paraísos fiscales e, incluso, entidades apetecibles para el blanqueo de capitales; (iv) extracción de rentas de las IES, por medio de pasadizos oscuros contables, para financiar otras actividades diferentes a las académicas o, simplemente, para engrosar cuentas privadas de los “dueños” y directivos; (v) cobro de coimas por las contrataciones; (vi) contrataciones que no están destinadas al cumplimiento de los fines académicos; etc.

Recordemos que el manto neoliberal dominante en los ochenta y los noventa del siglo pasado, vendió (y muy bien) una idea que tendrá repercusiones funestas para la cultura, la ciencia y la educación superior colombianas: que la universidad pública ha sido una mata de ineficiencia y de corrupción mientras que la universidad privada, regulada por un libre mercado con un débil control estatal, sería la salida adecuada y rentable a los problemas del sector (ver la bibliografía de Botero, 2003, pp. 23-40). Fue así como ante tal ideología se marcó aún más la política de freno y ahogo a la universidad pública, por un lado, y de auspicio a la iniciativa privada con un Estado débil en la inspección y vigilancia del sistema, del otro. ¿Cuál fue el resultado pasadas pocas décadas? Que la universidad pública apenas ha crecido (sin poder atender la demanda creciente de cultura, educación y ciencia) y que, por la actitud de desprecio estatal, se ha enraizado más en sus males, mientras que en las privadas, por las buenas expectativas de negocio y por el poco control efectivo estatal, se presentó un caldo de cultivo no solo para universidades-negocio (las famosas “universidades de garaje” que generalmente empiezan con programas de derecho, por su alta demanda, sus bajos costos y su buen margen de ganancia) sino para cosas peores de las que solo un penalista podría hablar con propiedad⁸.

Pero el tema no es sólo institucional. El hecho de que hayan pululado instituciones así en Colombia pone en evidencia, además, que hay un sector social que está presto, por muchos motivos, a comprarles sus malos servicios, puesto que estamos en una sociedad donde importa en varios escenarios más el título que el conocimiento, más el papel que la realidad. Incluso, si se piensa bien, puede observarse que los desmanes de algunas instituciones privadas no son más que reflejo de una compleja red de causas que pasan por (i) el debilitamiento de la universidad pública; (ii) las políticas neoliberales que debilitaron la función social del Estado en lo que respecta a la cultura, la educación y la ciencia; (iii) el aumento de una demanda de educación superior sin un correspondiente aumento de oferta con calidad; (iii) la dificultad de financiamiento -del sistema y de la demanda- sostenible; y (iv) el favorecimiento social a ciertas prácticas

⁸ Existe una amplia literatura que analiza el desenvolvimiento de la educación superior en los últimos años, dejando en claro, especialmente, el ahogo al que se ha visto sometida la universidad pública. Al respecto, recomiendo, por dar un caso posible, este trabajo: Rodríguez, 2011.

irresponsables de muchas personas que buscan, expresamente, educación superior en instituciones de poca calidad justo porque ellas le ofrecen la opción del título, que es su principal interés, sin mayores dilaciones.

¿Y cuál ha sido el discurso de batalla de aquellos a los que se cuestiona? La pretendida AU e, incluso, la famosa idea de que el mercado se autorregula (como si en Colombia existiesen condiciones de un “mercado perfecto” que permitiría una autorregulación y como si este tipo de servicios públicos, considerados como meritorios y de gran interés para la sociedad, no merecieran un control especial por parte del Estado Social⁹), lo cual, al parecer, legitimaría todos los abusos que prometen una catástrofe.

Definitivamente muchas universidades, en especial las que están siendo cuestionadas, no han entendido en qué consiste la AU. La propia Corte Constitucional colombiana ha señalado que la AU se encuentra limitada por “(i) la facultad que el artículo 67 (constitucional) le otorga a las autoridades del Estado para regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación, y para garantizar el adecuado cubrimiento del servicio; (ii) la competencia que el artículo 69 (de la Constitución) le atribuye al legislador para expedir las disposiciones generales con arreglo a las cuales las universidades pueden darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, (iii) el amplio margen de configuración política que el artículo 150-23 le reconoce al Congreso para expedir las leyes que regirán la prestación efectiva de los servicios públicos, entre los que se cuenta el de educación, y, finalmente, (iv) el respeto por el ejercicio legítimo de

⁹ Recuerdo un debate que sostuve a inicios de este siglo al respecto con un político antioqueño, quien ha sido en varias oportunidades congresista. Él señalaba que lo mejor era dejar la educación superior en manos particulares, primero porque una institución privada puede funcionar con menos recursos (comparó, por ejemplo, el presupuesto de dos universidades dividido por el número de estudiantes matriculados en cada una de ellas, una privada de bajo prestigio académico y otra pública, la prestigiosa Universidad de Antioquia) y segundo porque el mercado mismo regularía las instituciones dejando las “mejores”. No se necesita mucho para observar los errores de comparar una educación de baja calidad con una que tiene los mejores estándares, para escoger así la primera por ser más barata. Me preocupa más el segundo punto: ¿en Colombia existen las condiciones sociales y económicas que permitirían que la propia demanda regule la oferta y que de esta manera queden las “mejores”? Y, más agudo aún, ¿qué entender por “mejores”? Este personaje señaló que las que sobrevivan a la lucha del mercado serían las mejores, claro está que esto no significa que fuesen las de mejor calidad, sino las que mejor se adaptan a las necesidades inmediatas sociales, las cuales pocas veces son acordes con los ideales de la educación para el republicanismo/democracia en general y para la universidad ilustrada en particular.

los derechos fundamentales, derivado de la obligación que el artículo 2° de la Carta le impone a las autoridades de la República para garantizar y propender por la efectividad de todos los derechos ciudadanos”¹⁰.

Pero, hay que aclarar, la AU no es solo para proteger a la universidad responsable académicamente ante el Estado cuando este tiene intereses de censura sino también ante otras fuerzas que, por decir algo, pretenden reducirla a ser centros de instrucción laboral en el mejor de los casos (Botero, 2005, pp. 91-95).

Ante este panorama crítico es que aparecen voces que piden reducir (o incluso eliminar en el peor de los casos) la AU al responsabilizarla equivocadamente de la crisis que ya es evidente. Pero los que así piensan no saben posiblemente de que de esta manera coadyuvan al desmonte de los ideales republicanos y demócratas que exigen de las universidades ser centros de formación crítica y humanista¹¹. En este sentido, considero que hay que empezar a navegar entre dos aguas de forma tal que se pueda seguir siendo progresista sin caer en la ingenuidad.

Es en estos momentos de crisis donde hay que respaldar (y no eliminar) la AU, frente a un Estado censor como ante fuerzas como el capital global que pretenden volverlas centros de instrucción laboral, puesto que solo mediante la AU es posible una educación superior crítica y humanista. Esto nos pone en la tarea, y allí mi llamado al discurso científico jurídico, de repensar el valor de la universidad pública para la cultura, la ciencia y la educación superior; de aclarar el concepto mismo de la AU para evitar malentendidos; y de diferenciar la censura prohibida del control estatal necesario dado que el Estado no solo puede sino que debe tener controles efectivos sobre las IES. Esto último porque es legítimo pedirle al Estado democrático que evite la corrupción de un sistema que nos conviene a todos que funcione bien, por medio de procedimientos claros, válidos, justificados y eficaces. De esta manera, se evitaría que los controles necesarios al sistema caigan en la “eficacia simbólica” (García, 1993,

¹⁰ T-933 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar. El texto entre paréntesis es nuestro. Igualmente, sentencias T-310 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez) y C-1435 de 2000 (M.P. Cristina Pardo). Un análisis de la jurisprudencia constitucional en torno a la AU, en: Martínez & Castañeda, 2005: 15-24 y Botero, 2005: 109-125.

¹¹ Lo que me recuerda las sabias anotaciones al respecto por parte de: Nussbaum, 2010, pp. 19-31.

pp. 79-110). En fin, buscar, en los casos prácticos, el justo medio entre la AU y el control del Estado es una tarea pendiente, entre otros actores, de la academia jurídica.

Ya para finalizar, quisiera proponer los siguientes aspectos para una discusión académica, con base en todo lo dicho:

1. Crear una ley estatutaria que conceptualice la AU como un derecho-deber fundamental. La Corte Constitucional ya señaló que este tipo de temas no son de los que deben ser regulados por ese tipo especial de leyes¹², criterio que no comparto plenamente. Pero, incluso aceptando la postura de la Corte, la AU entra continuamente en conflictos jurídicos con derechos fundamentales (por ejemplo, los derechos de educación, enseñanza e investigación) y es parte esencial del republicanismo y la democracia, todo lo cual podría justificar que se adoptase una ley especial al respecto que esté protegida ante las leyes ordinarias.
2. Una mayor clarificación lingüística y una mejor justificación constitucional de las normas de control estatales a las universidades en especial y a las IES en general, fundadas en prácticas de buen gobierno corporativo.
3. Una mayor eficacia de las medidas de control, lo que exige un fortalecimiento de las funciones de vigilancia y control del Estado y un abandono de las políticas de libre mercado que han dominado hasta el momento y que han aumentado los males de los que tanto se habla en la actualidad en relación con el sistema de educación superior. En este punto, por ejemplo, es que vale ya la pena aludir a la pertinencia de controlar el número de programas de derecho, por mencionar un caso, que puede admitirse en un país como el nuestro, para controlar las medidas irresponsables de muchas universidades que abren y abren estos programas sin importar su costo social, ante la pasividad del Estado.

¹² “[C]omo se ha visto, la ley 30 de 1992 no reviste las características necesarias para que amerite ser calificada como una ley estatutaria (por no tratarse de la regulación de un derecho constitucional fundamental), y es imposible que pueda ser enmarcada bajo las denominadas leyes generales (por no existir facultad constitucional que así lo permita), entonces resulta forzoso concluir que la normatividad sub-examine corresponde a las denominadas leyes ordinarias expedidas por el órgano legislativo” (Sentencia C-311 de 1993, MP Fabio Morón Díaz).

4. Un cuestionamiento de las responsabilidades tanto de los miembros de las comunidades universitarias como de la ciudadanía en general en lo que respecta al buen manejo de la AU y la forma de la consecución de una educación superior de calidad.

REFERENCIAS

- Amaya, R. Gómez, M. & Otero, A. M. (2007). "Autonomía universitaria y derecho a la educación: alcances y límites en los procesos disciplinarios de las instituciones de educación superior". En: *Revista de Estudios Sociales*, 26, 158-165.
- Borrero, Alfonso, S. J. (2005). "La autonomía universitaria. Breve ensayo histórico y teórico". En: *Uni-pluri/versidad*, 5 (1), 39-46.
- Botero, A. (2003). "Historia reciente de la economía colombiana: Década de los noventa, siglo XX". En: *Revista Universidad de San Buenaventura Medellín*. 18, 23-40.
- Botero, A. (2005). *Autonomía universitaria: Desarrollo e impacto del concepto en Colombia*. Medellín: Biogénesis (Universidad de Antioquia).
- García Villegas, M. (1993). *La eficacia simbólica del Derecho*. Bogotá: Uniandes.
- Gaviria Díaz, C. (2008). "Hay que defender la autonomía universitaria". En: *Uni-pluri/versidad*, 8, (3), 1-4.
- Linares Prieto, P. (2011). "Reflexiones sobre la propuesta de reforma a la ley 30 de 1992: ¿fortalecimiento o debilitamiento de la autonomía universitaria?". En: *Pensamiento Jurídico*, 31, 43-84.

- Martínez, J-C. & Castañeda, H. N. (2005). "Breve descripción de los conceptos de autonomía universitaria derivados de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana: 1991-1998". En: *Uni-pluri/versidad*, 5, (1), 15-24.
- Michéa, J. C. (2009). *La escuela de la ignorancia y sus condiciones modernas*. Madrid: Acuarela & A. Machado.
- Nussbaum, M. C. (2010). *Sin fines de lucro: ¿Por qué la democracia necesita de las humanidades?* Buenos Aires: Katz.
- Ossa, J. (2005). "Editorial. De la autonomía universitaria a la 'libertad de la voluntad'". En: *Uni-pluri/versidad*, 5 (1), 7-9.
- Restrepo, J. M. Trujillo, M. A. & Guzmán, A. (2012). *Gobierno corporativo en las instituciones de educación superior*. Bogotá: Editorial CESA.
- Rodríguez, J. A. (2011). "Reforma de la educación superior: Santos y el presupuesto de las universidades públicas". En: *Razón Pública*, recuperado de: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/2326-reforma-de-la-educacion-superior-santos-y-el-presupuesto-de-las-universidades-publicas.html>
- Sosa Wagner, F. (2004). *El mito de la autonomía universitaria*. Madrid: Cuadernos Civitas.

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA:

C-311 de 1993, MP Fabio Morón Díaz.

T-310 de 1999, M.P. Alejandro Martínez.

C-1435 de 2000, M.P. Cristina Pardo.

C-114 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

T-933 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar.

T-141 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas.

EDITORIAL

REFLECTIONS ABOUT UNIVERSITY AUTONOMY

*Andrés Botero Bernal*¹³

As expected, within the scientific discourse of Law there are topics which have been investigated more than others. This is a common situation. However, I find it disappointing because there is a specific topic that is almost disproportioned because of the lack of more documented works in the field: I am referring to University Autonomy (hereinafter UA). Of course, there are a few things, good ones,¹⁴ but due to the implications of this topic in the development of a country it should be better treated by the legal academy. It is precisely for such aridity, that I wanted to make a modest contribution to it, so I wrote, some years ago, a short text in order to defend the UA, due to its importance for the existence of culture, knowledge and quality higher education, but making it clear, obviously, that it has its limits; it is obvious that it is a collective freedom of universities¹⁵, but it cannot end up being a *carte blanche* that affects, on the one hand, the legitimate interests of society in a higher education with quality, and on the other the members of the academic community, (Botero, 2005). As a matter of fact, I tried to interpret the component of the University Autonomy avoiding falling on a bad extreme: first, believing that UA allows the irresponsibility of the universities and their directives (Botero, 2005: 95-97), and second, believing that the UA is limited only to the rights of any legal entity (their authority and statutes in accordance with the law).

¹³ Professor of the School of Philosophy of the Industrial University of Santander, email: aboterob@uis.edu.co

¹⁴ In order to motivate the reader, I bring a limited recount of the Colombian academic literature on the topic: Martínez & Castañeda, 2005, pp. 15-24; Amaya, Gómez & Otero, 2007, pp. 158-165; Linares, 2011, pp. 43-84. There are other more general texts in this respect: Ossa, 2005, pp. 7-9. Borrero, 2005, pp. 39-46; Gaviria, 2008, pp. 1-4.

¹⁵ By legal command, in Colombia there are several types of entities that can offer the public service of superior education, denominated generically as Institutions of Higher Education (from now on, IHE), being universities of this type. In strict sense, by command of article 28 of the law 30 of 1992, the UA would only be spread in the universities, but the article 29 allows a limited exercise from the UA to the university institutions, technological schools and professional technical institutions. In this writing I won't make from this artificial differentiation and I will mention the universities and the IHE like synonyms.

The concern of avoiding those limits was captured in the definition of UA that I proposed at that time: “an effective process in the academic results by means of the responsible exercise of government, financial and normative powers that, by means of actions or omissions, constitute the vital environment of the university going beyond the rights and duties granted with occasion of the artificial legal status and that, as safeguard of the universities, and as guarantee of a minimum of autonomy, is legally consecrated “ (Botero, 2005, p. 98).

Based on this definition I deduced, at that moment, that the UA cannot be understood as a constitutional law of absolute character (in a constitutional State and in “law as argument” there is no place for speaking of absolute rights)¹⁶ and in no way as a mere right (without a component of duty or deontology) of the universities. In other words, the autonomy is, clearly, a right, but simultaneously it is a duty of the institution that seeks protection under that autonomy¹⁷. So, when an university alleges UA in its favor, it implies a commitment for the institution with the effective and responsible exercise of this autonomy in its own government, in its finances and in its normative regulation, all that with the purpose of creating a real and verifiable space that allows the development of the substantial missions of the university which have historically been teaching, researching and the extension (more recently internationalization has also been considered).

This is the only possibility in which to avoid the possibility of UA becoming an excuse for corruption that would generate the worst possible effects: a massive socio-political call for extermination because of its inappropriate use. Then, there is no better defense of the university, than openly expressing aloud what we say in hushed voices: that UA is being abused and taken beyond what law-duty implies, sometimes for an inappropriate use and other times because of a misunderstanding. It must be well understood, and for that I quote Sosa (2004), adducing that UA would allow the institution to bleed or the lazy comfort of the members of

¹⁶ The Colombian Constitutional Court states in sentence T-141 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas): “however, the university autonomy is not an absolute power, because there are limits to its exercise that are given mainly by the law and the respect to the fundamental rights of the whole university center community.”

¹⁷ Constitucional Court, C-114 2005 Sentence (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

the university community would end up in time placing the university at risk, due to the endemic weakness caused by the excesses, it cannot resist the strong challenges that it faces and those that are to come¹⁸.

I also add that those challenges to which I refer to are not strictly external, in spite of what the majority may think. The tensions that the UA can go through are equally strong especially in the interior of the university with such individual rights as: freedom in research, teaching and that of education, to only mention three cases. For example, there are quite a few events where the professor freedom of teaching is faced with the autonomy of the institution where he or she works, when he or she does not agree with the institutional ideology, such as when he promotes critical-humanist spaces that challenge the institution.

So, the UA is far from being a peaceful topic in the *world of the life*, in such a way that, I say it once again, I can't explain to myself the relative silence that there about it in the scientific speech of law.

It is because of all these circumstances that we face the current disturbing scenario in Colombia, especially because there is certain widespread and growing sensation that many universities, both public and private, have abused their UA and have sought shelter from social demands, especially from the state ones, because of the outrageous situations they have created. Before, the reports of corruption in universities were rare (but they were heard). Nowadays this situation has become a daily situation, not only in public institutions¹⁹.

¹⁸ I think, for example, that the onslaughts of globalized capital and of coarse entrepreneurship, among others, that look to universities as sources of reproduction without critic of the devices of power and as headquarters of business about any other consideration (Botero, 2005, pp. 133-160). About how the superior education loses its critical component to favor the new govern models, consult: Michéa, 2009, pp. 39-48 (Chapter VII).

¹⁹ Vid. Restrepo, Trujillo & Guzmán, 2012. This text advises, summarizing, about serious problems of the university administrative administration, especially of the private ones: (i) HEI that have "owners" with profit motive, generally their founders or family, that bleed the institutions internally when serving as suppliers or employees with excessive remunerations without necessity, in some occasions, of lending the service for which is hired; (ii) sale and purchase of positions in the directive advice that benefit, many times, with excessive remunerations or with the control on the recruiting of the entity; (iii) abusive tributary practices that can convert them in small fiscal paradises and, even, tempting entities for the bleach of capitals; (iv) extraction of rents of the SEI by means of dark accountants passageways, to finance other activities different to the academic ones or, simply, to augment private bills of those "owners" and directives; (v) collection of tips for the recruiting; (vi) recruiting that are not dedicated to the execution of the academic aims; etc.

Let us remember that, in the eighties and nineties of the last century, the dominant neoliberal sector sold (and very well) the idea that would bring disastrous consequences for the Colombian culture, science and higher education institutions: that the state university has been a source of inefficiency and corruption, while the private universities, ruled by an open market with a weak government control, would represent an appropriate and profitable solution to the problems of this sector. (See Botero, 2003, pp. 23-40). And it was so that in facing this ideology marked the policies to stop and suffocate the public university on one hand, and to sponsor the private initiative, with the State weakness in the inspection and supervision of the system, on the other.

What was the result after a few decades? The public university has barely grown (unable to handle the growing claim for culture, education and science) and, due to the contempt attitude of the State, it has rooted, even more, in its own evils, while the private university, because of the good business expectations and the low effective state control, established a breeding ground not only for the university-business (the famous “garage universities” that usually start with law programs because of their high demand, low costs and good profit margin) but also for worse things that only a criminal attorney could properly discuss²⁰.

But this is not only an institutional matter. The fact that institutions like those have multiplied in Colombia evidences that there is a social sector that is willing, for many reasons, to purchase their bad services, considering we live in a society where, in several scenarios, a degree is more worthy than knowledge, a piece of paper is more valuable than reality. Thinking deeply about it, one can observe that some private institutions' excesses are not more than the reflection of a complex network of causes that happen because (i) the weakening of the public university; (ii) the neoliberal policies that weakened the social role of the state regarding culture, education and science; (iii) the increasing demand for higher education without a corresponding increase of a quality offer; (iii) the difficulty of sustainable financing of the system and demand; and (iv) the social favor towards certain irresponsible practices of many people who

²⁰ There is a wide literature that analyses the development of higher education in the last years, clarifying, especially, the lack of support that the public university has experienced. In that regard, I recommend, just to provide one possible case, this work: Rodríguez, 2011.

are looking, , for higher education in poor quality institutions just because they give the option of a degree without further delay, which is their main interest.

And what has been the support of those who are questioned? The so called AU and, even the famous idea that the market regulates itself (as if in Colombia there were “perfect market” conditions that would allow self-regulation, and if these kind of public services, considered worthy and of great interest for society did not deserve special monitoring by the Social State²¹), which, apparently, would legitimize all the abuses that promises a catastrophe.

Many universities especially those that are being questioned, have not understood what the AU is. The Colombian Constitutional Court itself has indicated that the AU is limited by “(i) the power that the Article 67 (constitutional) gives to the state authorities to regulate and perform the supreme inspection and supervision of education and guarantee an appropriate service coverage; (ii) The power that the Article 69 (of the Constitution) attributes to the legislator to issue the general dispositions in which universities may be able to be administered and ruled by its own statutes, (iii) the wide range of political configuration that article 150-23 recognizes to the Congress to issue laws that will govern the effective delivery of public services, education among them, and finally, (iv) the respect for the legitimate exercise of fundamental rights, derived from the requirement that Article 2 of the Constitution imposes to the Republic authorities to ensure and tend to the effectiveness of the right of all citizens.”²²

²¹ I remember a debate on the topic I held once, at the beginning of this century, with a politician from Antioquia, who has been a congressman in many occasions. He pointed out that it was best to leave the higher education in private hands. First, because a private institution could work with less resources (he compared, for example, the budget of two universities divided by the number of students registered in each one of them, a private one with low academic prestige and a public one, the prestigious Universidad de Antioquia) and second because the market itself will regulate the institutions, leaving only the “best ones”. It does not take a lot to observe the mistakes of comparing a low quality education with one that possesses the best standards, choosing the first one because it is cheaper. I am more concerned about the second argument: Does Colombia have the social and economic conditions that would allow that the demand itself regulates the offer and this way only the “best ones” remain? And, even worst, what do we understand for the “best ones”? This well known person indicated that the ones that survive the market rivalry would be the best, this does not mean, of course, that they would be the ones with the best quality but the ones that adapt better the social immediate needs that are not usually in accordance with the ideals of education for democracy and, especially, for the enlightened university.

²² T-933 of 2005, M.P. Rodrigo Escobar. The text in parenthesis is ours. Likewise, sentences T-310 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez) and C-1435 de 2000 (M.P. Cristina Pardo). An analysis of constitutional jurisprudence regarding AU can be found in: Martínez & Castañeda, 2005, pp. 15-24 and Botero, 2005, pp. 109-125.

However, there is the need to clarify, that the AU does not only protect the university that is academically responsible in state related issue, such as censoring interests, but also from other issues, for example, the intention of reducing the university to a center for labor training in the best case scenarios (Botero, 2005, pp. 91-95).

Under such critical situation there are voices calling to reduce (or even to eliminate in the worst case) the AU, to show, and to mistakenly hold it responsible for the crisis that is already evident. But those who think like that, do not possibly know, that in this way they contribute to the dismantling of republican and democratic ideals that require universities to be centers of critical and humanistic education (1). In this sense, I think it is necessary to start navigating between waters so that it can continue being progressive but without being naive.

It is in these moments of crisis where you have to support (not eliminate) the UA, before a censoring state as well as other forces such as global capital seeking to turn universities into work instruction centers, since it is only possible through the UA to develop a critical and humanist higher education. This brings us to the task, and there I call the legal scientific discourse, to rethink the value of public universities for culture, science and higher education; to clarify the concept of UA in order to avoid misunderstandings; and to differentiate the necessary censorship from state control because only the state can, but it should also have effective controls on higher education institutions.

The latter because it is legitimate to ask the democratic state to avoid the corruption of a system that suits us all, that works well, through clear, valid, justified and effective procedures. This way, it would prevent the necessary controls system from falling into the “symbolic efficiency” (Garcia, 1993, pp. 79-110). Well, look for, in practical cases, a balance between the UA and state control is a pending task, among other actors, from the legal academy.

And finally, I would like to propose the following for an academic discussion, based on all that was said:

Which reminds me about the wise annotations by: Nussbaum, 2010: 19-31.

1. Create a statute that conceptualizes the AU as a basic right and duty. The Constitutional Court has stated that such issues are not ones that should be regulated by this kind of special laws²³, criterion that I do not fully share. But even accepting the position of the Court, the AU is continually brought into conflict with fundamental legal rights (such as: rights of education, teaching and research) and it is an essential part of republicanism and democracy, all of which could justify to adopt a special law on the matter that is protected in the ordinary laws.
2. A greater linguistic clarification and a better constitutional justification for state control standards especially for universities and higher education institutions in general, based on good corporate governance practices.
3. More effective control measures, which call for a strengthening the monitoring and controlling responsibilities of the state and an abandonment of free market policies that have so far dominated and which have increased the evils which nowadays are so much spoken of in relation to the higher education system. At this point, for example, it is a good idea to refer to the appropriateness of controlling the number of law programs, to mention one case, which could be admitted in a country like ours, to control the irresponsible actions of many universities that open and open these programs regardless of their social cost, under the passive attitude of the State.
4. Questioning the responsibilities of both the members of the university community and the general public regarding the appropriate management of the UA and how to achieve a higher quality education.

²³ “[A]s we have seen, the law 30 of 1992, does not cover the necessary features to deserve being described as a statutory law (not treated in the regulation of a fundamental constitutional right) and it is impossible to be framed under the called general laws (for lack of constitutional authority that allows it), then it must be concluded that the sub-examine regulations applicable to the so-called ordinary laws enacted by the legislature “(Judgment C- 311, 1993, MP Fabio Moron Diaz).

REFERENCES

- Amaya, Renata; Gómez, Margarita & Otero, Ana María (2007). "Autonomía universitaria y derecho a la educación: alcances y límites en los procesos disciplinarios de las instituciones de educación superior". En: *Revista de Estudios Sociales*, No. 26, pp. 158-165.
- Borrero, Alfonso, S.J. (2005). "La autonomía universitaria. Breve ensayo histórico y teórico". En: *Uni-pluri/versidad*, Vol. 5, No. 1, pp. 39-46.
- Botero, Andrés (2003). "Historia reciente de la economía colombiana: Década de los noventa, siglo XX". En: *Revista Universidad de San Buenaventura Medellín*. No. 18, pp. 23-40.
- Botero, Andrés (2005). *Autonomía universitaria: Desarrollo e impacto del concepto en Colombia*. Medellín: Biogénesis (Universidad de Antioquia).
- García Villegas, Mauricio (1993). *La eficacia simbólica del Derecho*. Bogotá: Uniandes.
- Gaviria Díaz, Carlos (2008). "Hay que defender la autonomía universitaria". En: *Uni-pluri/versidad*, Vol. 8, No. 3, pp. 1-4.
- Linares Prieto, Patricia (2011). "Reflexiones sobre la propuesta de reforma a la ley 30 de 1992: ¿fortalecimiento o debilitamiento de la autonomía universitaria?". En: *Pensamiento Jurídico*, No. 31, pp. 43-84.
- Martínez, Juan Camilo & Castañeda, Hugo Nelson (2005). "Breve descripción de los conceptos de autonomía universitaria derivados de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana: 1991-1998". En: *Uni-pluri/versidad*, Vol. 5, No. 1, pp. 15-24.
- Michéa, Jean-Claude (2009). *La escuela de la ignorancia y sus condiciones modernas*. Madrid: Acurela & A. Machado.

Nussbaum, Martha C. (2010). *Sin fines de lucro: ¿Por qué la democracia necesita de las humanidades?* Buenos Aires: Katz.

Ossa, Jorge (2005). "Editorial. De la autonomía universitaria a la 'libertad de la voluntad'". En: *Uni-pluri/versidad*, Vol. 5, No. 1, pp. 7-9.

Restrepo, José Manuel; Trujillo, María Andrea & Guzmán, Alexander (2012). *Gobierno corporativo en las instituciones de educación superior*. Bogotá: Editorial CESA.

Rodríguez, Jorge Armando (2011). "Reforma de la educación superior: Santos y el presupuesto de las universidades públicas". En: *Razón Pública*, tomado de: <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/2326-reforma-de-la-educacion-superior-santos-y-el-presupuesto-de-las-universidades-publicas.html> (consultado el 13-03-15).

Sosa Wagner, Francisco (2004). *El mito de la autonomía universitaria*. Madrid: Cuadernos Civitas.

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA:

C-311 de 1993, MP Fabio Morón Díaz.

T-310 de 1999, M.P. Alejandro Martínez.

C-1435 de 2000, M.P. Cristina Pardo.

C-114 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

T-933 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar.

T-141 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas.

ARTÍCULOS
ARTICLES

ESTUDIOS JURÍDICOS Y/O DE LA
TEORÍA DEL DERECHO

LA PROPIEDAD EN TIEMPOS DEL PETRÓLEO*

THE PROPERTY IN TIMES OF THE PETROLEUM

Iván Lázaro Sánchez**

Fecha de recepción: 12 de marzo de 2015–Fecha de aprobación: 07 de abril de 2015.

Forma de citar este artículo en APA:

Lázaro Sánchez, I. (enero-junio, 2015). La Propiedad en tiempos del petróleo. *Summa Iuris*, 3(1), 37-58.

Resumen

La analogía del encabezado del presente artículo, con la espléndida novela *“El amor en tiempos de cólera”* del gran Gabriel García Márquez, no es coincidencia. Se ha pretendido esta respetuosa referencia ya que al igual que esta obra de la literatura que proyecta la concepción del amor, la fidelidad y la muerte, en una dinámica evolutiva a través del tiempo, amalgamada de las circunstancias que los avatares de la vida particular y social imponen en cada momento del transcurso de la historia, nos permite reconocer que el derecho de propiedad debe analizarse de acuerdo a estos avatares sociales, concretizados en principios constitucionales y cuerpos legales que nos brindan la visión de las naciones con respecto a sus fundamentos, riquezas y formas de interrelaciones internas y externas. Hoy el derecho de propiedad se encuentra inmerso en una visión política preponderantemente capitalista, global y petrolizada, influencia que ha propiciado que en México los hidrocarburos se consideren cuestión de utilidad pública y de beneficio social por sobre cualquier otra actividad particular, circunstancia que obliga a estudiar y analizar esta concepción, que conlleva la limitación y desmembración de las facultades intrínsecas en el derecho real de propiedad.

Palabras clave: La propiedad, Modalidades y Limitaciones, Petróleo, Utilidad Pública, Servidumbre Legal de Hidrocarburos.

* Este artículo es un producto derivado de las investigaciones realizadas dentro del posgrado denominado Doctorado en Estudios Jurídicos, considerado como un programa de calidad por el Consejo de Ciencia y Tecnología de México; que iniciaron en el año 2014.

** Maestro en Derecho, profesor Investigador en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, actualmente estudiante del Doctorado en Estudios Jurídicos (PNPC-CONACYT) impartido en Universidad Juárez Autónoma de Tabasco(México).

Abstract

The analogy of the title of this article, with the splendid novel "*Love in the Time of Cholera*" by the great Gabriel García Márquez is no coincidence. We wanted this respectful reference because as this work of literature, which projected the idea of love, fidelity, and death, in a dynamics that has evolved through time, inserted in the circumstances, in the ups and downs of personal life and social life have brought through history, it allows us to recognize that the right of property, must be analyzed according to these changes in collective life, solidified by constitutional principles and legal provisions that give us the vision of nations with respect to its foundations, riches and forms of internal and external relationships. Today the right of property is located in the midst of a political vision preponderantly capitalist, global and oil dependant, which that has led Mexico to consider hydrocarbons as an issue of public utility and social benefit over any other particular activity, a circumstance that compels us to consider and analyze this conception that entails the limitation and dismemberment of the powers inherent in the law of real property.

Keywords: Property, Methods and Limitations, Petroleum, Public Utility, Legal Easement of Hydrocarbons.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo, es un producto derivado de las investigaciones que el autor realiza dentro del posgrado denominado Doctorado en Estudios Jurídicos, considerado como un programa de calidad por el Consejo de Ciencia y Tecnología de México.

Se plantea como objetivo general en el presente trabajo, analizar la figura de la propiedad y su función social ante el posible establecimiento de una servidumbre legal de hidrocarburos, justificada por la exploración y explotación de los hidrocarburos en México, la que representa una posible limitación en el ejercicio de las facultades que la propiedad confiere a su titular.

Se sostiene la hipótesis de que en un Estado Social de Derecho, la limitación o desmembración de la propiedad, debe ser impuesta únicamente a través de una ponderación, que determine la prevalencia del interés general sobre el particular en los casos específicos, en un marco de respeto estricto a los derechos fundamentales, aun cuando se trate de hidrocarburos, considerados de utilidad pública en la reforma energética de México.

1. LA PROPIEDAD

1.1. PROPIEDAD PRIVADA

La propiedad, como institución jurídica protegida en la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo, actualmente debe entenderse a partir de la concepción del petróleo como recurso natural no renovable con potencial económico y de riqueza para las naciones, por lo que sus formas de captación y explotación por los Estados a través de sus gobiernos o de los particulares, de acuerdo a las distintas regulaciones que han surgido en concordancia con la cosmovisión política, social, económica y jurídica de los países de la comunidad internacional, indudablemente se colisionaran con los intereses particulares, los derechos fundamentales y las garantías de las que estos gozan en el disfrute de sus derechos de propiedad.

Con la finalidad de clarificar el análisis que se pretende realizar mediante el presente texto, es importante especificar que se hará énfasis en el derecho real de propiedad sobre inmuebles, sus modalidades y limitaciones a las que están sujetos los particulares, estableciendo la diferencia con la propiedad originaria de la nación con respecto al territorio de México, así como del dominio inalienable e imprescriptible sobre el petróleo y demás hidrocarburos, como recursos naturales existentes en el sub-suelo, y la concepción de utilidad pública de estos, en la búsqueda de un bienestar común al que deben ser destinados.

Se debe comenzar por precisar tal y como lo hace Jorge A. Domínguez M. que la propiedad es un derecho real que puede definirse como: “el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa o inmediata sobre una cosa, que le permite su aprovechamiento total o parcial en sentido jurídico y que es oponible a terceros” (Domínguez Martínez, 2008, p. 34).

En este mismo sentido y aportando una concepción clara de los derechos reales la Dra. Gisela María Pérez Fuentes, menciona que las notas peculiares o típicas de los derechos reales radican en la inmediatividad y en la eficacia *erga omnes* que se concretan en el aprovechamiento total o parcial del derecho real. El aprovechamiento total se presenta en el derecho de propiedad, en el aprovechamiento parcial aparecen derechos derivados del derecho de propiedad y que se conforman con autonomía propia. (Pérez, 2011).

La autora antes mencionada identifica los derechos reales a través de estos elementos: (2011, p. 20).

- La inmediatividad: Señorío que la persona ejerce de forma directa e inmediata sobre la cosa, de forma total o parcial.
- Elasticidad del dominio: Significa la posibilidad de que sobre una misma cosa existan diversos derechos reales.
- Eficacia *erga omnes*: Posibilidad de exigir a todos los restantes miembros de la colectividad el respeto del mismo.

Es importante mencionar que los derechos reales, son figuras que se encuentran reguladas en cada una de las entidades federativas de México, a través de los distintos códigos civiles que para tales efectos se han emitido, por lo que nos parece oportuno, por el área geográfica que significa el Estado de Tabasco en relación al recurso petrolero de México, señalar que normativamente, el artículo 840 del Código Civil del Estado de Tabasco establece que;

“El derecho real es un poder jurídico que en forma directa e inmediata se ejerce sobre un bien para su aprovechamiento total o parcial, o en funciones de garantía, siendo dicho poder oponible a terceros por virtud de una relación jurídica que se establece entre estos últimos y el titular del derecho”(CCT).

En relación a la propiedad este mismo cuerpo legal en su artículo 951 expresa:

La propiedad es un derecho real que otorga a una persona el poder jurídico para usar, gozar o disponer de una cosa, pero dentro de las limitaciones y con arreglo a las modalidades que fijen las leyes. El propietario está obligado a ejercitar sus derechos cuando por la falta de ejercicio de los mismos se causen algún daño o algún perjuicio a terceros o a la colectividad.

El Estado puede imponer las modalidades o formas de ejercicio de los derechos de propiedad que el interés público reclame, cuando los bienes permanezcan ociosos o improductivos, o cuando el propietario ejerza sus derechos de modo notoriamente discordante o contrario a la naturaleza o destino de los bienes(CCT).

Independientemente de estos elementos, característicos del derecho real de propiedad, se puede señalar su regulación en modalidades, que pueden ser imperativas por disponerlo así la ley o ser consecuencia de un acto jurídico sobre un bien que de acuerdo a su estructura permite la concurrencia de varios propietarios o el disfrute de la misma bajo ciertas reglas específicas.

En palabras de la Dra. Gisela María Pérez Fuentes: “La coexistencia de dominios o posesiones distintas sobre una misma cosa, dado el carácter excluyente de uno y otra, no impide sostener que una sola propiedad o posesión pueda ser atribuida a varias personas a la vez, lo cual nos lleva a la idea de la comunidad” (2011, p. 56).

Tal es el caso de:

- La copropiedad (Magallon, 1990, p. 412)
- La propiedad en condominio (LCT, art. 2)
- La propiedad horizontal(CCT, art.1098)

Existen diversas teorías que valoran el contenido de la copropiedad; (2011, pp. 96-97).

- Interinidad; En donde el derecho de uno condiciona el de los demás.
- Unificación de la Propiedad; En la comunidad existe un único derecho cuyo titular es el grupo.
- División; Hay tantos derechos como comuneros.
- Propiedad plúrima parcial; Cada comunero, sería dueño de una parte de la cosa, concretándose dicha parte en el momento de la división.
- Propiedad plúrima total; Cada comunero tiene un derecho pleno en cuanto a su extensión y cualitativamente igual al derecho de propiedad exclusivo, por mucho que esté limitado a su ejercicio por la existencia de los derechos de los demás.

En relación a la propiedad en condominio y propiedad horizontal si bien es cierto la descripción doctrinal y normativa de ambas es similar, lo cierto es que existen diversas diferencias, una de las cuales en el caso del Estado de Tabasco la marca la ley especial de condominios, pues en su artículo octavo expresa que: “los interesados deberán obtener una declaración que en su caso expedirán las autoridades competentes del Ayuntamiento respectivo”:

Y en el caso de la propiedad horizontal prevista en el capítulo VIII del Código Civil de Tabasco, artículo 1101, no prevé la declaración de autoridada alguna, sino solo el cumplimiento de requisitos formales que debe llevar la escritura pública donde se exprese el deseo de configurar este tipo de propiedad.

Sin embargo, ambas figuras coinciden en que; “cada titular es dueño exclusivo de su piso y copropietario de los elementos y partes comunes del edificio o estructura. Los elementos y partes comunes se han de mantener en indivisión forzosa y mientras dure el régimen, siendo nulo cualquier pacto en contrario. Son elementos comunes el terreno, las cosas necesarias para su seguridad, conservación y servicios generales para el uso y goce de los derechos de cada propietario” (Pérez, 2011, pp. 113-114).

Ahora bien, debe señalarse que la propiedad es considerada generadora de otros derechos reales que derivan de la posibilidad de dominio que este implica, derechos reales que por seguir nuestras legislaciones la teoría de *numerus clausulus*¹, se encuentran debidamente especificados de manera limitativa en cada una de las legislaturas estatales, tal como es el caso de Tabasco. (CCT, art. 1098)

Derechos reales que si bien son limitados en comparación con el derecho real de propiedad del cual derivan, lo cierto es que igual gozan de las características de inmediatividad y oposición *erga omnes*, en virtud de que estas son características de este tipo de derechos, sin embargo la afectación al derecho real que les da origen sea por transmisión del dominio, por limitación, sustitución o extinción impuesta por la autoridad, afectaría de manera directa el disfrute de su titularidad.

En consecuencia, puede señalarse que el ejercicio de las facultades del título de propiedad, no es absoluto y debe disfrutarse o ejercerse dentro de las modalidades y límites a las que es susceptible. O tal y como lo afirma la Dra. Gisela María Pérez Fuentes, “aun siendo la propiedad un derecho a través del cual se persigue o puede perseguirse el interés personal de su titular, ha de ejercitarse en línea con la función social” (2005).

¹ Es el sistema mediante el cual se impone por el Estado un monopolio legal, mediante el cual, solo a través de la ley es posible determinar y establecer tipos de derechos y facultades de las que gozarán las personas sobre sus bienes pecuniarios.

Así mismo, no se debe soslayar que la propia Constitución Política de México establece como norma fundamental la certeza jurídica en el disfrute y ejercicio de este derecho, así como la protección en contra de los posibles actos privativos y de molestia a la propiedad de los particulares.

Por otro lado, se resalta que la propiedad forma parte del patrimonio pecuniario de las personas, y este último es considerado un atributo de su personalidad, entendido este como:

“Cada una de las características del ser, que lo distinguen de los demás, y respecto a las personas o todas aquellas situaciones jurídicas que nos permiten identificar, individualizar y situarla dentro de la sociedad y el orden jurídico” (Baquero, 1995).

Hay que tener presente, que la propiedad también se relaciona con la posibilidad de realización y consecuentemente con su dignidad, por lo que esta es protegida y garantizada más allá de su consideración de riqueza, pero susceptible de limitación, relacionada con el disfrute mismo y el respeto de otros titulares de propiedad y de afectación por interés o causa de utilidad pública.

En tal sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia(SCJN):

Expropiación. La causa de utilidad pública y la indemnización relativa son garantías de protección del derecho de propiedad (interpretación de los artículos 27, párrafo segundo de la Constitución Federal y 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Tesis, 2014).

El artículo 27, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos determina que las expropiaciones solo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. Por su parte, el artículo 21.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. En dichos términos, la afectación a la propiedad privada, por parte del Estado, es constitucionalmente posible al reconocerse la figura de la expropiación. No obstante, dicho acto implica la afectación del derecho de propiedad, el cual no puede ser arbitrario porque, en el caso contrario, el derecho de propiedad no tendría vigencia real; es decir, el titular de la propiedad no puede considerar protegido su bien si el Estado tuviera la posibilidad de afectarlo

sin estar sujeto a restricciones que autoricen su actuación. Por ello, si la propiedad privada se encuentra protegida frente al interés de expropiación por parte del Estado, se debe a que la actuación de este último está sujeta a dos elementos que le exigen ejercer la afectación solamente cuando existe justificación y se realice una reparación al titular de la propiedad privada. Es decir, la causa de utilidad pública y la indemnización no son derechos humanos sino garantías de protección del derecho humano a la propiedad privada, frente al interés de expropiación por parte del Estado.

Esta última, resulta una limitación material externa que puede derivar en la disminución o desmembración de este derecho real, razón por la cual debe comprenderse la concepción de utilidad pública dentro del sistema jurídico mexicano, figura que toma relevancia en virtud de las reformas a la Constitución Política de México en materia energética y lo estipulado en las leyes secundarias emitidas y reformadas por el Congreso de la Unión² en concordancia con el interés del Gobierno mexicano en la exploración, extracción y explotación del petróleo y demás hidrocarburos.

Es por ello que se debe entender que el fundamento y base de dichas reformas, es precisamente la idea de la propiedad del suelo y demás recursos naturales renovables y no renovables con los que cuenta México y que deben ser utilizados para el desarrollo y beneficio común, razón por la que se considera indispensable analizar esta reserva del poder soberano, denominada propiedad originaria de la nación.

2. PROPIEDAD ORIGINARIA DE LA NACIÓN

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 27 establece que:

“La propiedad de la tierra y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada”.

² Leyes secundarias publicadas en la edición vespertina del Diario Oficial de la Federación el 11 de Agosto del 2014.

De este primer párrafo transcrito se desprende que en México la única propietaria originaria del suelo dentro de los límites del Estado es la nación mexicana, por lo que las propiedades privadas, comunales y ejidales de acuerdo a lo estipulado en la carta fundamental son consideradas propiedades derivadas de la transmisión que esta ha hecho o permitido en una decisión soberana.

Así mismo, el artículo constitucional antes indicado especifica las facultades y propiedades que la Nación Mexicana se reserva con independencia de la permisibilidad en la constitución de la propiedad privada, las cuales son entre otras:

1. Facultad de limitación, afectación o expropiación, por causa de utilidad pública.
2. El derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público.
3. Regular en beneficio social los elementos naturales susceptibles de apropiación.
4. Organizar y ordenar los asentamientos humanos.
5. Conservar el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y zócalos submarinos de las islas, de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, de los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas por aguas marinas.
6. Conservar el dominio de los yacimientos minerales, de los combustibles, minerales sólidos, del petróleo y los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos y gaseosos en el espacio situado sobre el territorio nacional, conforme al derecho internacional.
7. Así mismo, se reserva la propiedad de aguas de los mares territoriales conforme ha establecido en el derecho internacional.
8. Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos y gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la nación es inalienable e imprescriptible.

En general, cabe decir que la Nación Mexicana conserva la propiedad de los recursos naturales y las áreas territoriales que conforme a la Constitución Política se consideran estratégicas y prioritarias. El Estado las reserva bajo su rectoría y dominio, sin perjuicio que las mismas sean exploradas, extraídas, explotadas, usadas y comercializadas por el Gobierno Federal por sí o a través de terceros, en los términos permitidos en la propia Constitución Política para potenciar el desarrollo social y económico en beneficio común.

Y es precisamente en busca de este desarrollo y bien común, que se han realizado cambios estructurales al sistema jurídico mexicano, mediante una serie de reformas constitucionales y legales que modifican la forma de analizar, operar e interpretar el derecho en México y que, consecuentemente, tienen un impacto trascendente en la figura de la propiedad; cambios paradigmáticos que se comentarán en el siguiente apartado.

3. LA REFORMA ENERGÉTICA Y SUS IMPLICACIONES EN EL DERECHO DE PROPIEDAD

En México, desde la primera década del siglo pasado, lo relacionado con el petróleo y la energía ha sido percibido por los gobiernos y administraciones sexenales como áreas estratégicas para la Nación, entendidas estas como “el conjunto de actividades económicas, producción y distribución de bienes y servicios que exclusivamente realizaba el Gobierno Federal a través de organismos públicos descentralizados, y unidades de la administración pública, por imperativos de seguridad nacional, interés general o beneficio social básico para el desarrollo nacional” (UNAM, 1991). Lo que significaba que el Gobierno Federal se reservaba la exclusividad en su exploración, extracción y explotación.

Por otro lado, la propia carta constitucional, señala a su vez, qué áreas serán prioritarias para el Estado mexicano, definiéndose estas como “el conjunto de actividades económicas, de producción y distribución de bienes y servicios, que el gobierno federal, mediante las empresas públicas, realiza por sí o en concurrencia con los sectores social y privado, a fin de

impulsarlas y organizarlas con antelación a otras, por razones circunstanciales e imperativos de interés general, proveyendo de esta forma al desarrollo nacional” (UNAM, 1991).

Resulta necesario apuntar que como consecuencia de la reforma constitucional en materia energética, publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 20 de diciembre del 2013, el nuevo texto cambia en gran medida los mapas conceptuales, ya que la dinámica en cuanto a la diferencia que hay entre las áreas estratégicas y prioritarias se ve disminuida, y no hay, en algunos de los casos, aún soportes teórico-doctrinales sobre el nuevo panorama constitucional (Gamboa, 2014).

Así mismo y derivado de las reformas constitucionales antes señaladas, se emitieron y reformaron veintiuna leyes secundarias, las cuales a partir de su entrada en vigor, regulan la industria energética del país; estas leyes plantean de manera expresa que el desarrollo de la industria energética es considerada estratégica, tal y como la propia legislación lo expresa:

“Art. 5.- Las actividades de Exploración y Extracción de Hidrocarburos, a que se refiere la fracción I del artículo 2 de esta Ley, se consideran estratégicas en los términos del párrafo cuarto del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Solo la Nación las llevará a cabo, por conducto de asignatarios y contratistas, en términos de la presente Ley” (LH, 2014).

Es pertinente definir el nuevo significado que el Estado tiene en relación a las áreas estratégicas, mismas que en la actualidad pueden definirse; como un conjunto de actividades económicas, de producción y distribución de bienes y servicios que exclusivamente realiza el Gobierno Federal a través de sus empresas productivas del Estado o de particulares, las que se consideran de utilidad pública por interés general para el desarrollo nacional (Gamboa, 2014).

En este mismo sentido, el artículo 92, párrafo segundo de la Ley de Hidrocarburos, establece:

“Las actividades de Exploración y Extracción se consideran de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie o del subsuelo de los terrenos afectos a aquellas”.

Por lo que es imprescindible preguntarse qué implica para el Estado la consideración de interés social y orden público. En tal circunstancia, si bien es cierto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya se ha pronunciado al respecto (Tesis, 2014). Se debe entender que la figura de la propiedad no es estática, que evoluciona junto con la sociedad y en concordancia con sus perspectivas y requerimientos. En este sentido, se debe señalar que las imperantes necesidades que van surgiendo de acuerdo al crecimiento poblacional, la globalización y la macro economía, pueden resultar imprevisibles; sin embargo, se ha entendido que para la estabilidad social, las limitaciones a la propiedad deben ser dictadas en un cuerpo legal por la autoridad competente que en el caso resulta ser el poder legislativo.

Como lo menciona José R. Dromi:

“Tales limitaciones a la propiedad en interés público importan un conjunto de medidas jurídicas que cercenan de más a menos el dominio y se especifican dentro del género con un régimen jurídico especial”(Dromi, 1979).

Se considera importante mencionar que las diferencias existentes entre lo que son modalidades y limitaciones estriban en que “las primeras son un régimen jurídico de la propiedad general de los bienes en un momento y un lugar determinados” (Rendón, 2012). En este mismo sentido, se puede entender tal y como lo expresa Serra Rojas, que “la modalidad significa el modo de ser o manifestarse una cosa” (1985).

Por otro lado, en palabras de la Dra. Gisela M. Pérez Fuentes: “se argumenta al respecto que los límites marcan las fronteras, el punto normal hasta donde llega el poder del dueño, el régimen ordinario de restricciones a que está sometido tal poder” (2011).

Siguiendo a la autora antes mencionada, se afirma que:

La propiedad además tiene límites naturales o intrínsecos resultantes de su propia definición, tiene otros límites extrínsecos derivados de la posible concurrencia o colisión con derechos incompatibles sobre el mismo objeto, colisión que se resuelve en base al principio de jerarquía, si los mismos son de rango distinto o en base a la prioridad conferida al derecho más antiguo o primeramente ejercitado si el rango es igual (Pérez, 2011, p. 67).

Habrá que resaltar que las actividades de Reconocimiento y Exploración Superficial sobre propiedades particulares, así como las actividades referidas en las fracciones II a la V del artículo 2º de la Ley de Hidrocarburos (LH), podrán ser llevadas a cabo por Petróleos Mexicanos, cualquier otra empresa productiva del Estado o entidad paraestatal, así como por cualquier persona nacional o internacional, previa autorización o permiso, según corresponda, en los términos de la propia ley antes mencionada y de las disposiciones reglamentarias, técnicas y de cualquier otra regulación que se expida.

En relación a lo anterior, la ley indicada (LH), en el artículo 96, dispone:

La Industria de Hidrocarburos a que se refiere esta Ley es de utilidad pública. Procederá la constitución de servidumbres legales, o la ocupación o afectación superficial necesarias, para la realización de las actividades de la industria de hidrocarburos, conforme a las disposiciones aplicables en los casos en los que la Nación lo requiera.

Las actividades de Exploración y Extracción se consideran de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie o del subsuelo de los terrenos afectos a aquellas (LH).

De lo anterior se desprende, que la exploración y extracción de hidrocarburos al considerarse estratégica implica que: "son actividades económicas, de producción y distribución de bienes y servicios, que exclusivamente realiza el Gobierno Federal a través de sus empresas productivas del Estado o de particulares, actividades que se consideran de utilidad pública por interés general para el desarrollo nacional" (Gamboa, 2014).

La ley señalada, determina de forma objetiva, la causa de utilidad pública al mencionar de manera precisa las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, oponiéndolas de manera expresa como preponderantes a cualquier otra actividad que se relacione con ellas, es decir, si en el predio de un particular que se dedica a la ganadería o cultivo de vegetales, se prueba o se determina posible encontrar hidrocarburos, la exploración y extracción de los mismos será preponderante sobre las que el titular del derecho real del inmueble realiza, sin importar que sea una actividad generacional o que implique un modo de vida, no solo para el sustento, sino que tenga que ver con su realización personal.

En esta colisión de los derechos de propiedad y la necesidad pública de explorar y extraer hidrocarburos, a priori la ley concede preponderancia a la segunda, para lo cual regula la posible solución, que se puede dar al respecto y que a saber es:

“La posible negociación entre el titular del derecho de propiedad y la empresa productiva del Estado o particular nacional o extranjero, para determinar jurídicamente la transmisión del dominio u ocupación de su propiedad mediante una contraprestación tal y como lo prevé la ley de hidrocarburos en comento” (LH, art.100).

Dicha negociación, a todas luces, es desequilibrada y acota en demasía la voluntad del titular del derecho de propiedad, en virtud de que, en caso de no llegar a un acuerdo con los contratistas, de cualquier forma es posible que se le imponga una servidumbre legal de hidrocarburos, que implica una afectación a las facultades jurídicas sobre su propiedad, tal y como lo establece la ley:

En caso de no existir un acuerdo entre las partes, transcurridos ciento ochenta días naturales contados a partir de la fecha de recepción del escrito referido en la fracción I del artículo 101 de esta Ley, el Asignatario o Contratista podrá:

Promover ante el Juez de Distrito en materia civil o Tribunal Unitario Agrario competente la constitución de la servidumbre legal de hidrocarburos a que se refiere el artículo 109 de esta Ley (LH, art.106).

Y, por otro lado, el artículo 109, tercer párrafo de la Ley de Hidrocarburos (LH), dicta:

“Las servidumbres legales de hidrocarburos se podrán decretar por vía jurisdiccional o administrativa, en términos de esta Ley y las demás disposiciones aplicables”.

De lo anterior, se tiene que la ley permite que la Secretaría de Energía (SENER) pueda solicitar a la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano (SEDATU) que dé trámite ante el Ejecutivo Federal para la constitución de una servidumbre legal de hidrocarburos por vía administrativa, sin que el ordenamiento jurídico en cuestión requiera o establezca la necesidad de una exposición de la razón o motivos por el cual se haga de manera administrativa y no jurisdiccional.

En otro sentido, hay que señalar el hecho que la servidumbre de hidrocarburos, es esencialmente una figura político-administrativa, distinta en su naturaleza y estructura a la servidumbre como derecho real en materia civil, pues tal y como lo menciona la Dra. Gisela M. Pérez Fuentes (2005): los elementos de esta última están relacionados con las siguientes características:

1. Dos bienes inmuebles
2. De diversos dueños:

Predio dominante: A favor del cual está constituida la servidumbre

Predio sirviente: El que sufre la servidumbre

Así mismo, en el ámbito normativo, el Artículo 1209 del Código Civil de Tabasco (CCT) establece:

“La servidumbre es un derecho real impuesto sobre un inmueble para servicio de otro, perteneciente a distinto dueño y en provecho de este. El inmueble en favor del cual está constituida la servidumbre se llama predio dominante; el que sufre, predio sirviente”.

Ciertamente, este derecho real puede tener una connotación de utilidad pública, sin olvidar que “las causas de utilidad pública deben siempre aquilatarse por el Estado severamente en función del bien común a su cargo, y que debe tratar de alcanzar”(De Ibarrola, 1998); sin embargo es de señalar que en la figura de servidumbre legal de hidrocarburos, no existen dos inmuebles sino uno solo; y con respecto a los diversos dueños, únicamente se puede señalar al dueño del predio sirviente y por equiparación a la Nación como propietaria de los hidrocarburos.

En relación a lo anterior, la servidumbre legal de hidrocarburos, la podrá reclamar la asignataria (LH, art. 4) o una persona física o jurídica colectiva privada, nacional o internacional, que sea la contratista encargada de la exploración y extracción, por lo que tampoco será la Nación como propietaria de los hidrocarburos, la que disfrute única ni directamente la servidumbre. Aunado a esto, la contratista realizará, si bien una actividad considerada de utilidad pública, también lo es que de acuerdo a la propia LH, esta será onerosa y de naturaleza mercantil, por lo que la concepción de utilidad pública y afectación de la propiedad privada puede variar, en virtud de que el particular que se servirá de la servidumbre, sin ser dueño de un predio, ni del subsuelo, ni de los hidrocarburos, obtendrá un lucro mercantil a costa de la limitación a la propiedad de otro particular; sin olvidar que dicha limitación puede provenir por la determinación de una autoridad judicial pero también de una autoridad administrativa, sin que existan reglas específicas o claras para determinar entre la utilización de una u otra.

Esta situación indudablemente atenta contra la seguridad y certeza jurídica de las personas, pues la ley secundaria, no hace diferencia entre la razón del establecimiento de la servidumbre legal de hidrocarburos por una autoridad judicial o una administrativa, tampoco exige una motivación clara, precisa o fundada de esto y por lo tanto soslaya que la limitación pueda ser única y debidamente obtenida mediante ponderación de la autoridad jurisdiccional competente.

Por lo que, al colisionar los derechos fundamentales antes mencionados con la necesidad del Estado de hacer efectiva la figura de utilidad pública establecida para la exploración y extracción de hidrocarburos como

áreas estratégicas, en donde otros particulares nacionales o extranjeros serán beneficiados de una actividad que para ellos resultará de naturaleza mercantil, se hace indispensable que se realice una valoración jurisdiccional que respetando los derechos constitucionales emita una decisión clara y precisa de la razón de la prevalencia del interés público sobre el particular a quien se le afectará en sus posesiones y propiedades.

Otra confusión conceptual que se observa en la figura de afectación a la propiedad, resulta de la descripción que hace la propia ley (LH, art. 109):

La servidumbre legal de hidrocarburos comprenderá el derecho de tránsito de personas; el de transporte, conducción y almacenamiento de materiales para la construcción, vehículos, maquinaria y bienes de todo tipo; el de construcción, instalación o mantenimiento de la infraestructura o realización de obras y trabajos necesarios para el adecuado desarrollo y vigilancia de las actividades amparadas por virtud de un Contrato o Asignación, así como todos aquellos que sean necesarios para tal fin. En todo caso, la servidumbre legal de hidrocarburos no podrá exceder el plazo del Contrato o Asignación respectivo.

El artículo anterior describe el alcance material del derecho que disfrutara la asignataria o el contratista y que deberá soportar el dueño del inmueble; sin embargo, de esta redacción se observa que más que describir un derecho real de servidumbre, parece referirse al derecho real de superficie, el cual, de acuerdo a la Dra. Gisela M. Pérez Fuentes:

“Tiene dos dimensiones en cuanto a objeto que sea de suelo urbano o rústico. Así en su variedad urbana, es el derecho real que confiere a su titular el poder de edificar en suelo, subsuelo o vuelo ajenos. Haciendo suya la propiedad de lo construido de manera temporal o perpetua según los casos. En su variedad rústica, es el derecho de plantar o sembrar en suelo ajeno, haciéndose con la propiedad, también de manera temporal o perpetua, según los casos de lo plantado o sembrado” (2011, p. 43).

Abonando a la descripción del derecho real de superficie, la autora antes referida menciona:

“Se puede señalar que el superficiario o sujeto activo, tiene en general el derecho de construir y de mantener la edificación sobre un fundo ajeno, convirtiéndose a su vez en propietario de dicho edificio con el contenido

siguiente: el derecho de goce sobre el fundo ajeno. Contiene el derecho de construir edificación, como el derecho de tener y mantener esta" (2011, p. 45).

De igual manera, el Código Civil de Tabasco señala en su artículo 1283:

El derecho real de superficie es el que constituye el dueño de un terreno a favor de otra persona, facultándola para:

1. Construir un edificio sobre el suelo; y
2. hacer construcciones debajo del suelo.

El derecho de superficie solo puede constituirse por tiempo determinado, a título oneroso o gratuito, por acto entre vivos o por testamento.

Por otro lado, en el derecho comparado, España, país que ha abundado ampliamente en esta figura de superficie, en la Ley de Suelo, describe esta como;

El derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien (Decreto, 2008).

Crítica a la figura de Servidumbre Legal impuesta con motivo de la exploración y extracción de hidrocarburos

1. Confusión conceptual no menor, en cuanto al alcance que se le da a la figura creada por la reforma energética, y que si bien se puede encuadrar dentro de una limitación justificada a la propiedad, también dicha limitación está erróneamente concebida, pues la naturaleza de ambas figuras de derecho real son distintas, lo que conlleva a un detrimento en la certeza y seguridad jurídica del propietario, con independencia de que la afectación a las facultades de un propietario privado, redunde en detrimento a su patrimonio, y consecuentemente en uno de los atributos de su personalidad, que como ya se mencionó en líneas anteriores, se consideran como: "Cada una de las características del ser, que lo distinguen de los demás,

y respecto a las personas o todas aquellas situaciones jurídicas que nos permiten identificar, individualizar y situarla dentro de la sociedad y el orden jurídico” (Baqueiro, 1995).

2. Seguridad jurídica prevista en la Constitución Política. (CPEUM, art. 14). Por lo que el punto esencial en la referencia a los derechos fundamentales, es que la figura de servidumbre legal de hidrocarburos, no es una sustitución de la titularidad, es decir no implica una privación de la propiedad, sino más bien una molestia temporal, en lo que dura el contrato de exploración o extracción o ambos, relacionado en este caso no con el artículo 14º constitucional que prevé actos privativos, sino con lo que establece el artículo 16º de la propia carta fundamental, el cual dispone que esta molestia puede ser por determinación de la autoridad competente, y al analizarse sistemáticamente con lo previsto en el numeral 108 de la Ley de Hidrocarburos (LH), la autoridad competente puede ser una jurisdiccional o una administrativa, sin que exista un orden cronológico o jerárquico para su determinación, por lo que dicha afectación devendrá por la determinación administrativa que haga el ejecutivo sin la existencia de un procedimiento judicial adecuado donde se pondere la colisión de ambos derechos y se emita una resolución fundada y motivada con respeto a los derechos y garantías procesales previstos en la Constitución Política de México (CPEUM).

CONCLUSIONES

Lo anteriormente planteado lleva a reflexionar sobre el uso objetivo que el legislador le da al concepto de utilidad pública e interés social, que en el caso de los hidrocarburos, deja muy limitado el margen de decisión de los titulares del derecho de propiedad para decidir libremente la disposición de la misma, y le permite a otros particulares denominados en la ley de hidrocarburos como asignatarias o contratistas, el disfrutar y obtener beneficios a través de una actividad concebida como estratégica para el Estado.

Por otro lado, la figura utilizada en caso de que el titular de la propiedad no llegue a ningún acuerdo satisfactorio para sus intereses con el contratista o la asignataria, se podrá imponer a través de la denominada servidumbre legal de hidrocarburos, misma que puede determinarse e imponerse por resolución judicial o a través de una decisión administrativa, sin que exista la debida ponderación jurisdiccional sobre la utilidad pública de la afectación a las facultades del propietario, lo que resulta un atentando contra los derechos y garantías de las personas, establecidos en la Constitución Política de México y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin duda, se considera que México, debe buscar las mejores formas de potenciar su desarrollo social y económico, y que las normas son un instrumento que dan seguridad y certeza a las personas frente a las actuaciones del Estado, el cual siempre debe tener como guía y prioridad el bienestar común. Sin embargo no debe perderse de vista que en esta búsqueda, la legitimidad de las actuaciones de las autoridades y la eficacia de las leyes dependen, en gran medida, del consenso que pueda existir en relación al interés social y beneficio común, no como un objetivo de pocos, sino como una realidad de muchos.

REFERENCIAS

Baqueiro Rojas, E. (1995). Derecho Civil I, Introducción y Personas. En E. Baqueiro Rojas. México: Oxford.

CCT. *Código Civil para el Estado de Tabasco*. México.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). México.

De Ibarrola, A. (1998). *Cosas y Sucesiones*. México: Porrúa.

Decreto, R. (2008). *Ley de Suelo*. España.

- Domínguez Martínez, J. A. (2008). Derecho Civil, Parte General, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez. En J. A. Dominguez Martinez, *Derecho Civil, Parte General, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*. México: Porrúa.
- Dromi, J. R. (1979). *Derecho Administrativo Económico*. Buenos Aires: Astrea.
- Gamboa Montejó, C. (2014). *Estudio comparativo*. México: Poder Legislativo.
- M, M. I. (1990). *Instituciones de Derecho Civil*. México: Porrúa.
- Pérez Fuentes Gisela Ma. et al. (2011). Manual de los Derechos Reales para el Estado de Tabasco. En P. F. et al., *Manual de los Derechos Reales para el Estado de Tabasco*. México: UJAT.
- Pérez Fuentes, G. M. (2005). Aproximación a la teoría de los derechos reales. En G. M. Perez Fuentes, *Aproximación a la teoría de los derechos reales*. Tabasco, México: Poder Judicial de Tabasco.
- Rendón Huerta, T. (2012). *La Propiedad Privada ante el interes Público-caso del cerro de LA BUFA*. Recuperado de <http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/82>
- Serra Rojas, A. (1985). Derecho Administrativo. En S. R. Andres. México: Porrúa.
- Tesis, CCLXXXVIII/2014 (SCJN Agosto de 2014).
- Tesis, CCCXVII/2014 (PJF 12 de Septiembre de 2014).
- UNAM, I. d. (1991). *Diccionario Jurídico*. México: UNAM.

ACTUALIDAD DE LA DOCTRINA DE LA SEGURIDAD NACIONAL*

THE DOCTRINE OF NATIONAL SECURITY TODAY

*Hernán Alejandro Olano García***

Fecha de recepción: 10 de marzo de 2015–**Fecha de aprobación:** 07 de abril de 2015.

Forma de citar este artículo en APA: Olano García, H. A. (enero-junio, 2015). Actualidad de la Doctrina de la Seguridad Nacional. <i>Summa Iuris</i> , 3(1), 59-86.
--

Resumen

Preparando un análisis para el postconflicto, el autor, dentro de su línea de investigación en historia de las instituciones, revisa algunos aspectos de la Doctrina de la Seguridad Nacional, así como la desaparición de algunos términos declarados inexecutable, que hoy en día son necesarios dentro de la legislación colombiana para ser aplicados dentro de la desmovilización y el postconflicto.

Palabras clave: Seguridad Nacional, Paz, Conflicto, Postconflicto, Colombia, Derechos humanos.

Abstract

Preparing for the post- analysis, the author, in his research line in the history of institutions, discusses some aspects of the Doctrine of National Security, as well as the disappearance of some terms declared unconstitutional, that today are required within Colombian law to be applied in the demobilization and post-conflict.

Keywords: National Security, Peace, Conflict, Post-Conflict, Colombia, Human Rights

* Este artículo es resultado del proyecto de investigación denominado: “Historia de las Instituciones”, que inició en el mes de agosto de 2012. Proyecto avalado por el Grupo de Investigación en Derecho, Ética e Historia de las Instituciones “Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé” de la Universidad de La Sabana, código DIN-HUM-047/2012.

** Abogado, con estancia Post Doctoral en Derecho Constitucional como Becario de la Fundación Carolina en la Universidad de Navarra, España y en Historia en la Universidad del País Vasco como becario de AUIP; Profesor de Democracia, Globalización y Conflicto; Director del Programa de Humanidades en la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas; Director de Estudiantes del Programa de Filosofía y Director del Grupo de Investigación en Derecho, Ética e Historia de las Instituciones de la Universidad de La Sabana. Es Investigador Asociado en Colciencias e Investigador de la Cátedra Garrigues de la Universidad de Navarra. herman.olano@unisabana.edu.co

INTRODUCCIÓN

Fue John Kenneth Galbraith (1979, p. 379), quien definió nuestra era como la de la incertidumbre; en este momento, desde el 11 de septiembre de 2001, el mundo pasa por un proceso de cambios acelerados y profundos en materia de seguridad y defensa, que hoy en día hacen parte de las principales preocupaciones de los dirigentes, y las sociedades habrán de comprender día a día esa realidad. La mayor garantía para la paz, es la existencia de un poder nacional equilibrado cuyo componente militar sea capaz de contribuir efectivamente a solucionar los problemas de seguridad y sea eficaz al asegurar la defensa del país contra agresiones internas y externas.

Según el Almirante Armando Amorín F. Vidigal, “el poder nacional debería orientarse no sólo en el sentido de disminuir o eliminar los puntos que puedan causar daños muy graves a la nación (a veces sin que para eso sea necesario un gran esfuerzo por parte del eventual agresor) sino también para asegurar la existencia de medios que puedan llevar a la sociedad a lograr los objetivos que ella se propone conquistar. Es obvio que todos los elementos que componen el poder nacional –políticos, diplomáticos, económicos, científico-tecnológicos, psicosociales y militares- contribuyen a estos dos propósitos, pero lo importante es definir la proporción con que cada uno de ellos deberá participar del total. El análisis de las vulnerabilidades y de los intereses determinará la fórmula más eficiente y más eficaz en cada caso. El poder nacional de un país, y la forma como el Estado lo aplica es el factor esencial, aunque para muchos propósitos el poder militar no puede sustituirse por cualquiera de los otros componentes, debido a que es indispensable su uso, incluso para evitar la violencia. Es natural admitir que debe haber un cierto nivel de equilibrio entre los diversos elementos que componen el poder nacional. Si el equilibrio no existe, o, si por ciertas circunstancias se quebrara, el poder nacional no sería tan efectivo como debería ser” (1991, pp. 14-15).

Quiere decir lo anterior, que la seguridad es una condición deseada universalmente por toda la población y quien se presente como su proveedor y custodio, se hará acreedor al reconocimiento público. En realidad, la seguridad es un concepto muy amplio que enmarca el conjunto del

quehacer de un país. Los problemas de seguridad son todos aquellos que pueden trabar el normal funcionamiento de una sociedad y son de muy diversa índole.

La Doctrina de Seguridad Nacional no fue más que una trasposición de la *“guerra fría”* al plano doméstico. Esta teoría dio origen al concepto de *“enemigo interno”*, que es aquel que pretende destruir el Estado para sustituirlo por otro de estructuras afines a las existentes en los países socialistas, explica Raúl Sohr, quien agrega que *“la llamada doctrina de la Seguridad Nacional, que no aparece explicitada como tal, constituyó una respuesta tanto a la ineficacia del Estado como a las insurgencias que lo atacaban”*.

Esa Guerra Fría, o *“Paz Belicosa”*, fue un esquema de relaciones internacionales bipolar que se dio entre los años 1945 y 1989, en el cual dos actores fundamentales intentaban influenciar al resto del mundo. Estados Unidos y la Unión Soviética tras la Segunda Guerra Mundial, terminada la amenaza nazi, se alejaban hasta llegar a situaciones de grave tensión; el equilibrio nuclear era el soporte para mantener la estabilidad de un sistema pernicioso y discriminatorio para el resto de los actores internacionales que se verían influenciados por voluntad propia o no. Para un entendimiento global de las relaciones internacionales contemporáneas es fundamental tener un concepto general de este hecho histórico (Cvitanic, 2014).

En la Sentencia C-328 de 1996, la Corte Constitucional de Colombia advirtió que *“el estado de anormalidad institucional, concebido con carácter excepcional, no puede tornarse permanente. Para la Constitución Política, sólo es de recibo una situación de anormalidad excepcional y no permanente. La utilización, casi ininterrumpida de los poderes excepcionales, no parece resolver la crisis que sufre el país”*.

La comunidad internacional ha venido expresando y demostrando interés en acompañar y contribuir en el proceso de reconciliación en Colombia en diferentes modalidades. A este respecto, vale la pena realzar de manera especial la credibilidad que ha ganado el Comité Internacional de la Cruz Roja CICR, por la misión humanitaria que cumple en nuestro país.

Sin embargo, no obstante la ayuda desinteresada de múltiples observadores en el proceso de paz y reconciliación nacionales en el país, ya se verá cómo no es verdad que los tratados internacionales suscritos por Colombia prohíban a su población organizarse para protegerse de los delincuentes y la obliguen a comportarse como un espectador pasivo de su propia destrucción. Por ahora baste decir, para rechazar esa tesis, lo siguiente: es evidente que ninguna norma del derecho internacional humanitario prohíbe a los habitantes de un Estado en el cual hay un conflicto interno, pagar los impuestos y las contribuciones que las leyes les imponen. Esos impuestos, indudablemente, hacen posible que el Estado cumpla sus fines, comenzando por el primordial de mantener el orden público y proteger la vida, la honra y los bienes de las personas. Se pregunta: ¿este apoyo del Estado implica que quienes pagan impuestos se conviertan en “objetivos militares” de las organizaciones al margen de la ley, según los tratados internacionales? ¿Acaso esta conducta no implica participar en el conflicto? Es claro que lo que prevén los tratados es solamente la participación directa, como combatiente, y no el acatamiento a la Constitución y a la ley, y el respeto y la obediencia a las autoridades legítimas (inciso segundo del artículo 4° de la Constitución).

No obstante, conviene aclarar que, sin perjuicio de la obligación de apoyar a las autoridades legítimas, el formar parte de una organización de vigilancia y seguridad privada, o el contratar los servicios de la misma, es una decisión autónoma y libre de los particulares” (Sentencia C-572 de 1997, p. 29).

Dice el Informe de los Ex-Comisionados de Paz José Noé Ríos y Daniel García-Peña:

“Surge en el país un nuevo concepto de la guerra, que parte de reconocimiento del carácter social y político del conflicto armado, los niveles crecientes de la intensidad y degradación de la confrontación, la participación en la misma de múltiples actores armados irregulares, los efectos negativos que tiene sobre el desarrollo, la calidad de vida y los derechos de las personas y las relaciones externas de la nación” (Informe Alto Comisionado para la Paz, Construir la paz del mañana, 1994).

Nada de esto, sin embargo, equivale a afirmar que cualquier crisis política que no pueda solucionarse por los medios ordinarios implique el desahucio de nuestra Constitución, sino la aceptación de las reglas y tratados del derecho internacional humanitario, como el único límite absolutamente infranqueable por el Estado. Lo que ocurre es que en el caso de la Constitución colombiana sí contiene una referencia expresa a la realidad de los tratados que limitan las posibilidades de ese Estado, que sin embargo, transfiere ciertas competencias que adopta una concepción más flexible y más adecuada a los tiempos que corren y, que protegen el núcleo de la libertad estatal propio de la autodeterminación, sin que ello implique un desconocimiento de reglas y de principios de aceptación universal.

Así como existen elementos que forman parte de la capacidad real o potencial de un Estado, el poder nacional puede verse limitado por factores externos, reconocidos con ese fin por la comunidad de naciones y los Estados que la forman (Cvitanic, 2014).

1. COLOMBIA, UN DISCURSO GLOBALIZANTE

La globalización, es un fenómeno nuevo en el ámbito político, cultural, económico e ideológico. Un conjunto de ideas que tienden a modelar el esquema de las relaciones internacionales dentro de un universalismo en democracia, economía de mercados, Derechos Humanos, lucha antiterrorismo. El conflicto colombiano estaría inmerso dentro de la lucha global de la principal potencia -EEUU-, de allí que su ex presidente Uribe no lo catalogue como un conflicto interno sino mundial, de acuerdo con la cruzada internacional contra el terrorismo surgida después del 11 de septiembre de 2001 con el atentado a las Torres Gemelas. Esta lucha frontal despierta más sensibilidad internacional que un remoto conflicto interno en un país sudamericano.

Sin embargo el discurso del anterior gobierno era ambiguo, pues no se le puede exigir el cumplimiento del Derecho Internacional Humanitario a un grupo terrorista, solamente se aplica a un actor político de un conflicto interno. En el caso del terrorismo se debe aplicar la legislación pertinente con las consecuencias penales respectivas, como en Guantánamo, Cuba.

Dentro del contexto de la lucha antiterrorista, se desconocen aspectos particulares del conflicto local que lo diferencian de “otras amenazas terroristas” tales como: necesidades básicas insatisfechas, institucionalidad débil, concentración de riqueza y tierras, alta pobreza, droga y otros. Por estas razones no se le puede dar al conflicto colombiano el mismo tratamiento que a los demás. El proceso colombiano tiene complejidad y vida propia, envuelve aspectos de exclusión social, política, económica, no es fruto de la defensa de ciertos principios religiosos fundamentalistas, aunque su expresión al entorno internacional sea, según algunos, similar al terrorismo. El problema *Al Qaeda* es terrorismo por unas razones totalmente ajenas al conflicto local colombiano y es peligroso y poco pertinente mezclarlos. Si fuera apropiado catalogar a las Farc como terroristas, habría que ver sus peculiaridades; en pocas palabras: el fundamentalismo islámico es terrorista por unas razones, las Farc por otras.

No se pueden generalizar los conflictos y estandarizarlos en el marco internacional. El término terrorista se usa bajo una influencia política. Se recuerda el caso del gobierno de Andrés Pastrana que sólo usó el término terrorista con los insurgentes cuando el proceso de paz fracasó en enero del 2002.

¿Gracias a la globalización de la política exterior norteamericana se le da el tratamiento adecuado al conflicto? ¿Se está aplicando una solución impuesta desde fuera que no cumple con las necesidades ni perspectivas de solución del conflicto?

El conflicto colombiano adopta un carácter de preocupación sudamericana, sólo cuando los países limítrofes se ven afectados por los problemas que el propio conflicto acarrea para sus propios países (desplazados, delincuencia, tráfico de drogas, etc.)

Bien merece atención, para entrar en materia, presentar algunos conceptos fundamentales sobre el tema de estudio, según las definiciones que en su momento dio la Consejería para la Defensa y Seguridad Nacional (1994) y que luego harían parte de la inexequible Ley 684 de 2001, como se verá más adelante:

Seguridad nacional: Es la situación de normalidad y de tranquilidad derivada de la realización de los fines esenciales del Estado. La seguridad nacional es integral, y como tal demanda la voluntad social y política de todos los colombianos.

Defensa nacional: Es la organización y empleo de los recursos humanos, morales y materiales de la Nación, para garantizar su soberanía, independencia, integridad territorial, orden constitucional y la convivencia pacífica de los habitantes de Colombia.

Integridad de la seguridad nacional: este término se refiere a la participación del Gobierno, del Estado y de la ciudadanía de manera conjunta y coordinada en la seguridad y defensa nacional; concepción surgida del concepto de la revolución francesa de “nación en armas”, el cual se manifiesta en el espíritu de la democracia participativa, en el sentido de que la solución de los problemas que atañen a la comunidad, como el de su seguridad, deben contar con su concurso.

El segundo significado de integridad, corresponde al hecho de que la seguridad del Estado debe tomarse de manera totalizada y armónica en el conjunto de sus elementos integradores como los son: Población, Territorio, e Instituciones. La seguridad nacional no puede ir más allá de la amenaza, para no dar prevalencia a uno sobre los otros elementos que integran el concepto estatal; como sería el caso en que por asegurar las instituciones se atropelle a la población.

Poder nacional: Es la suma de la capacidad y recursos de la Nación para enfrentar las amenazas contra su soberanía, estabilidad institucional, y orden público interno. El poder nacional se expresa en todas las acciones de orden político, económico, social, cívico, militar y policial.

Fuerza pública: La integran en forma exclusiva las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, como cuerpos armados permanentes a cargo de la Nación; el primero de tipo castrense y el segundo de carácter civil.

Movilización: Es la medida que determina la adecuación del poder nacional de la situación de paz a la de guerra exterior, conmoción interior o calamidad pública.

Defensa civil: Es la parte de la defensa nacional, que comprende el conjunto de medidas y acciones para prevenir, evitar, reducir o neutralizar los efectos nocivos de una agresión externa, de una conmoción interior o de los desastres causados por la naturaleza, sobre la vida, los bienes y demás derechos de las personas y de la comunidad.

Obligación: Todos los colombianos tienen el deber y la obligación de participar activamente en la seguridad y defensa nacional. Los extranjeros que se encuentren en el país deben cumplir con las disposiciones pertinentes. (Artículo 95 de la Constitución Nacional).

Expropiación y requisición en caso de guerra: Una vez declarado el estado de guerra o presentada la agresión exterior, el Gobierno Nacional a solicitud del Comando General de las Fuerzas Militares, podrá decretar la expropiación temporal de los bienes inmuebles indispensables para atender las necesidades de la misma, sin indemnización previa. Requisición es la utilización de los bienes muebles y servicios de propiedad privada con destino a satisfacer las necesidades de la defensa nacional ordenada por autoridad competente y sujeta a indemnización.

Coordinación: Es la responsabilidad de intercambiar información sobre la ejecución de operaciones entre los comandantes de las unidades militares, de policía y jefes de organismos nacionales de seguridad en sus jurisdicciones.

Asistencia militar: Es el requerimiento del gobernador, alcalde o de la autoridad más cercana, cuando la Policía Nacional por sí sola no esté en capacidad de contener grave desorden o afrontar catástrofes o calamidades públicas.

Control operacional: Es la atribución que se da a determinados comandos de las Fuerzas Militares, para conducir operaciones en que intervengan la Policía Nacional y otros organismos nacionales de seguridad puestos bajo su control.

De hecho, este escrito se ha efectuado con el fin de contribuir en la creación y consolidación de un ambiente de seguridad y convivencia en la sociedad colombiana, consciente de que la inseguridad está en el centro de las preocupaciones de los colombianos, especialmente por el negativo impacto de este fenómeno sobre la calidad de vida de los connacionales, que influye directamente en la vulneración del más importante núcleo de nuestra Constitución: la protección de la dignidad humana.

Las normas de la Ley 684 de 2001, fueron acusadas por Juan Carlos Botero Ospina, en calidad de Defensor del Pueblo (e), argumentando que el concepto “Poder Nacional”, contiene elementos de un poder totalizante, dirigido por el presidente de la República, cuyas órdenes involucran a

todos los organismos del Estado y a los ciudadanos. En tal medida, dicho concepto, a juicio del demandante, es totalmente contrario al Estado Democrático de Derecho, pues se opone al principio de separación de los poderes públicos y a la participación y control de las personas en las decisiones que los afectan, ya que el poder nacional se encamina a desarrollar unos objetivos nacionales que imponen deberes y restringen los derechos de la población.

Se podría hacer una referencia al Barón de Montesquieu, para quien la libertad no existe más que en un gobierno moderado pero esta condición no es suficiente si por alguna circunstancia ese mismo gobierno abusa del poder. “Una experiencia eterna –dice– nos enseña que todo hombre que detenta el poder es llevado a abusar de él, y, por este camino, va hasta donde encuentra límites adecuados para su contención. ¿Quién lo crearía? La virtud misma tiene necesidad de límites. El abuso del poder no es impedido sino en el instante en que por disposición misma de las cosas el poder detenga al poder, lo cual implica no un poder único y concentrado, sino una cierta distribución de poderes separados” (Olano, 2002, p. 44).

Este es el mérito más significativo de Montesquieu: Haber analizado, con mayor claridad que Locke, la separación de los poderes, los cuales distingue en poder legislativo, ejecutivo y judicial, explicando que como esos poderes se hacen contrapeso mutuo, la naturaleza misma de las cosas los llevará a obrar en pleno concierto y armonía. Este concepto indica que lo más importante para el autor mencionado no era tanto la separación de los poderes, cuanto la mutua colaboración entre ellos para alcanzar los fines naturales del Estado.

Del asunto a estudiar por la Corte Constitucional, en su ponencia, de los H. Magistrados Eduardo Montealegre Lynnet y Clara Inés Vargas Hernández, expresaron que los principios y conceptos creados por la Ley 684 de 2001, resultaban incompatibles con los principios constitucionales y con el modelo de Estado prohijado por la Carta, ya que desconocían la separación de poderes, afectaban la supremacía del poder civil sobre el militar, introducían un estado de excepción permanente, erosionaban el pluralismo, y abrían camino a un Estado totalitario. Dichas tesis serían respaldadas en la Sentencia C-251 de abril 11 de 2002, por los H. Magis-

trados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Álvaro Tafur Galvis, apartándose de la decisión mayoritaria los H. Magistrados Marco Gerardo Monroy Cabra y Rodrigo Escobar Gil, intervención a la que se hará referencia más adelante.

Dentro de las varias demandas formuladas, incluso algunos intervinientes aclaran que la citada Ley se adecuaba a la Carta, ya que representaba un instrumento para mantener la independencia nacional, la integridad territorial y la convivencia pacífica, objetivos con los cuales deben colaborar no sólo las distintas ramas del poder sino también todos los ciudadanos en desarrollo de sus deberes constitucionales, sobre todo teniendo en cuenta las difíciles situaciones históricas que vive actualmente la sociedad colombiana, debido al conflicto armado y a las amenazas de la criminalidad organizada.

Las definiciones acusadas de la Ley 684, decían así:

“Artículo 3. Poder Nacional. Es la capacidad del Estado Colombiano de ofrecer todo su potencial para responder ante situaciones que pongan en peligro el ejercicio de los derechos y libertades, y para mantener la independencia, la integridad, autonomía y la soberanía nacional en concordancia con lo establecido en los artículos 2 y 95 de la Constitución Política(...).”

Se podría citar aquí al doctor Vladimiro Naranjo Mesa, quien expresaba que: “La doctrina clásica de la soberanía del Estado, consiste fundamentalmente en el supuesto de que en toda sociedad existe un poder absoluto, superior e incontrolado, que tiene la decisión final con respecto a la adopción y promulgación de las normas jurídicas que deben regir esa sociedad. Según esta concepción, el soberano no está sujeto a ninguna autoridad superior y puede emplear –de manera limitada– la coacción sobre quienes están sometidos a su poder. El derecho puede estar así encarnado en una persona, como ocurría en una monarquía absoluta o en un régimen autoritario; en una pluralidad de personas, como en las monarquías limitadas o en la aristocracia, o en todo el conglomerado de la población como ocurre en las democracias” (1997), y eso es específicamente lo que ocurre en nuestro país, tal y como se deriva de la lectura del artículo 3^a de la Constitución Política de Colombia que dice así:

“La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o a través de sus representantes, en los términos que la Constitución establece” (Olano, 2002, p. 44).

¿Cuáles son esos términos? Los que se precisan en la parte orgánica de la Constitución, en la cual se establecen las funciones de los diferentes órganos del Estado, ya que la soberanía implica la libertad del Estado para darse su propia organización interna y definir sus proyecciones externas.

Siguiendo con el estudio de la Sentencia, otros artículos acusados fueron los siguientes:

Artículo 2°. Sistema de Seguridad y Defensa. Se entiende por Sistema de Seguridad y Defensa Nacional el conjunto coherente de principios, políticas, objetivos, estrategias, procedimientos, organismos, funciones y responsabilidades de los componentes del Estado en tal materia.

Artículo 3°. Poder Nacional. Es la capacidad del Estado Colombiano de ofrecer todo su potencial para responder ante situaciones que pongan en peligro el ejercicio de los derechos y libertades, y para mantener la independencia, la integridad, autonomía y la soberanía nacional en concordancia con lo establecido en los artículos 2° y 95 de la Constitución Política.

Artículo 4°. Orden Público. Es el conjunto de las condiciones que permiten la prosperidad general y el goce de los derechos y libertades, dentro de un marco coherente de valores y principios.

Artículo 5°. Fuerza Pública. Está integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y, bajo la autoridad del Presidente de la República, a su cargo están, de un lado, el monopolio de las armas para la defensa y la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional y del otro, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.

Artículo 6°. Defensa Nacional. Es la integración y acción coordinada del poder nacional para perseguir, enfrentar y contrarrestar en todo tiempo y cualquier momento, todo acto de amenaza o agresión de carácter interno o externo que comprometa la soberanía e independencia de la Nación, su integridad territorial y el orden constitucional.

Artículo 7°. Seguridad Ciudadana. Es la acción integrada de las autoridades y la comunidad, para garantizar la certeza del ejercicio de los derechos y libertades de todos los habitantes del territorio nacional, en orden a preservar la convivencia ciudadana.

Artículo 8°. Seguridad Nacional. En desarrollo de lo establecido en la Constitución Política, es deber del Estado, diseñar en el marco del respeto por los Derechos Humanos y las normas de Derecho Internacional Humanitario, las medidas necesarias, incluido el uso de la fuerza, para ofrecer a sus asociados un grado relativo de garantías para la consecución y mantenimiento de niveles aceptables de convivencia pacífica y seguridad ciudadana, que aseguren en todo tiempo y lugar, en los ámbitos nacional e internacional, la independencia, la soberanía, la autonomía, la integridad territorial y la vigencia de un orden justo, basado en la promoción de la prosperidad general.

Artículo 9°. De los Deberes Ciudadanos. Es la obligación de todos los colombianos, apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacional, propender al logro y mantenimiento de la paz, y responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas. Con estos objetivos deben disponer de los recursos, tomar las medidas y emprender las acciones que de conformidad con las leyes le demanden, dentro de los límites del Derecho Internacional Humanitario, y acatar lo contemplado en el inciso 2° del artículo 216 de la Constitución Política.

Artículo 10. Inteligencia Estratégica. Es la utilización, en cabeza de los organismos de inteligencia militar, policial u otros de carácter público, del conocimiento integral, en los ámbitos nacional e internacional, de factores políticos, económicos, sociales, culturales y militares, entre otros, que sirvan de base para la formulación y desarrollo de los planes en materia de Seguridad y Defensa.

2. EL LLAMADO “TEATRO DE OPERACIONES”

En el 2002, fueron acusados de la Ley 684 de 2001, los conceptos de Teatro de Operaciones (artículo 54)¹; Conducción Estratégica Nacional (artículo 55)²; y Movilización Nacional (artículo 62)³.

Quienes defendieron la constitucionalidad del “Teatro de Operaciones”, manifestaron que su definición no reñía con los postulados de la Carta, manifestando que dicha figura no era un estado de excepción adicional, sino un instrumento, destinado a evitar de forma preventiva, las amenazas contra el orden público.

Los detractores de la norma, estimaban que tal disposición era contraria a los mandatos superiores, pues por medio de esta figura, el Presidente podía asumir funciones propias de un Estado de Conmoción Interior, pero sin sujeción alguna a los controles político o jurídico establecidos por el ordenamiento para estos efectos.

¹ Artículo 54. Teatro de Operaciones. Se entiende por Teatro de Operaciones el área geográfica en donde, previo establecimiento de motivos fundados que hagan prever la posible amenaza o alteración del orden constitucional, la soberanía, la independencia y la integridad del territorio Nacional y se desarrollarán las operaciones militares que están contenidas en los Planes Estratégicos y Tácticos para el cumplimiento de la misión constitucional de la Fuerza Pública.

El Presidente de la República podrá, mientras subsistan los motivos fundados de que trata el inciso anterior, decretar y activar Teatros de Operaciones militares, delimitar su extensión, nombrar sus comandantes, fijarles atribuciones y establecer las medidas especiales de control y protección aplicables a la población civil y a los recursos objeto de protección ubicados en el área, de conformidad con las normas establecidas por el Derecho Internacional Humanitario.

Una vez delimitado el Teatro de Operaciones, el Presidente de la República dispondrá de inmediato que todos los efectivos de la Fuerza Pública y de los Organismos de Seguridad del Estado que operan en el área respectiva quedarán bajo Control Operacional. Al decretar el Teatro de Operaciones el Presidente de la República notificará a la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo.

En los Teatros de Operaciones, el Presidente de la República, mediante orden escrita, podrá encargar de la ejecución de sus órdenes al Comandante que asuma el Control Operacional del área. Por lo tanto, las órdenes del Presidente de la República se aplicarán de manera inmediata y preferente, sobre las de los Gobernadores y Alcaldes de la zona, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 303 y 315 de la Constitución Política.

El Comandante que ejerza el Control Operacional coordinará con las autoridades civiles de la Región el registro de la población, en el que se indique: identidad, profesión u oficio, y domicilio. Todo ciudadano que cambie de domicilio dentro de este Teatro Operacional o arribe a este, deberá presentarse ante la autoridad civil respectiva en el sitio que para tal efecto se determine.

² Artículo 55. Conducción Estratégica Nacional. Está en cabeza del Presidente de la República quien, cuando lo estime conveniente podrá delegarla de conformidad con los artículos 189, 303 y 315 de la Constitución Nacional. A tal efecto, es deber de las autoridades políticoadministrativas, el atender toda solicitud formulada por el Comandante de las operaciones militares o policiales de que se trate, en orden a conjurar cualquier alteración del orden público, la paz y la convivencia ciudadana.

³ Artículo 62. Definición. Es un proceso permanente e integrado que consiste en aplicar en todo tiempo y en cualquier lugar del territorio nacional el conjunto de normas, preceptos, estrategias y acciones que permiten adecuar el Poder Nacional en la forma de organización funcional, en los sectores público y privado para atender y conjurar cualquier emergencia provocada por una calamidad pública o catástrofe natural.

En presencia de los estados de excepción, el Presidente de la República podrá, mediante decreto, hacer el llamamiento y convocatoria a la Movilización Nacional.

La misma Corte, incluso manifiesta en el fallo que la figura del Teatro de Operaciones no es en sí misma inconstitucional, sólo que por tratarse de un régimen configurado por el Constituyente de 1991, está vedado al legislador hacer nuevas exigencias en cuanto a la función de informar al Gobierno Nacional sobre las investigaciones que se estén adelantando, so pena de vulnerar los artículos 113, 228 y 251-5 de la Constitución. Además, la figura del teatro de operaciones está diseñada para conjurar las amenazas al mantenimiento del orden público, aunque algunos creen que era un “estado de excepción excepcional” y por tanto, no estaban sus disposiciones sometidas al estricto control previsto en el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el mismo estado de normalidad sobre el cual están justificados los teatros de operaciones con todas sus particularidades, lleva a la conclusión que haber sostenido su existencia vulneraba las obligaciones asumidas por Colombia cuando ratificó y adhirió a la Convención Americana de Derechos Humanos – Pacto de San José, ratificado por la ley 16 de 1972.

La Ley 684, señalaba un sistema de seguridad y defensa nacional⁴ y aunque se acusaban tan solo algunos de sus artículos, la Corte estimó procedente hacer unidad de materia al abordar la ley el establecimiento de un “sistema”, que como un todo debía ser declarado totalmente exequible o inexecutable, bajo el argumento según el cual toda la ley constituía un sistema de disposiciones inescindibles. Es decir, a juicio de la Corte, la Ley 684 de 2001 era en sí misma una unidad normativa en toda la integridad de su texto.

Sin embargo, bien vale la pena precisar que conforme a la jurisprudencia sentada por la misma Corte, la unidad normativa se presenta en varias hipótesis: una primera se da cuando la norma acusada o su contenido normativo se encuentran reproducidos en otro u otros textos legales no demandados, de manera tal que la declaración de la Corte -especialmente la declaración de inconstitucionalidad- puede resultar inocua si no

⁴ Artículo 1°. *Objeto de la ley.* Definir y conformar un Sistema de Seguridad y Defensa Nacional, que adecue efectiva y eficientemente los recursos con que cuenta el Estado, de conformidad con sus atribuciones, y de los ciudadanos, de conformidad con sus deberes constitucionales para asegurar razonablemente y en condiciones de igualdad, la seguridad y la defensa nacional.

se refiere a todas las disposiciones con el mismo alcance regulador. Este es el sentido propio de la figura de la unidad normativa a que se refiere el artículo 6 del Decreto 2067 de 1991 cuando dispone que “la Corte se pronunciará de fondo sobre todas las normas demandadas y podrá señalar en la Sentencia las que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales”.

No obstante, según Escobar y Monroy, en un sentido lato o amplio del concepto, la Corte ha entendido que también se presenta la unidad normativa cuando no es posible pronunciarse respecto de una norma expresamente demandada, sin referirse también a la constitucionalidad de otras disposiciones con las cuales se encuentra íntimamente relacionada. Sin embargo, esta íntima relación entre las normas no es cualquier tipo de relación sino aquella que hace que sea imposible estudiar su constitucionalidad sin analizar las otras disposiciones. Las normas en este caso tienen cada una un sentido regulador propio y autónomo que permite distinguir la unidad normativa de la llamada proposición jurídica completa⁵, pues esta última figura se presenta cuando el alcance normativo contenido en la disposición, carece de sentido regulante propio aislado del contexto dentro del cual se inserta, pero el estudio de constitucionalidad de la disposición acusada impone el examen de la conformidad o inconvincencia con la Constitución de algunos elementos normativos a los cuales hace referencia, que están contenidos en otras disposiciones no demandadas. Con estas últimas se constituye la unidad normativa.

La declaración de inexecutable total de una ley, bajo el argumento de que ella constituye de manera general una unidad normativa, debe producirse con base en la demostración rigurosa de la vinculación esencial de sus disposiciones y de la contundente inseparabilidad de aquellas encontradas particularmente inexecutables. La separabilidad de una disposición, ha dicho la Corte en la Sentencia C-760 de 2001, “consiste en la posibilidad de excluirla del texto dentro del cual está insertada, sin alterar substancialmente este último. Para estos efectos debe entenderse como alteración substancial aquella que hace que la propuesta legislativa globalmente considerada, no sea la misma sin la norma excluida, sino otra radicalmente diferente. El criterio que define la separabilidad es enton-

⁵ Pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana C-409 de 1994 y C-357 de 1999.

ces prevalentemente material, es decir referido al sentido y alcance de la regulación y no a aspectos formales como la numeración de las disposiciones, la ubicación de las mismas dentro del texto completo de la ley, su denominación o la cantidad de ellas”. La inseparabilidad, *contrario sensu*, es la imposibilidad de retirar de una ley una disposición aislada, sin alterar el contenido sustancial de aquella, por lo cual pronunciada la inexecutable particular de la norma inseparable la decisión debe necesariamente extenderse respecto del texto íntegro de tal ley. La inseparabilidad viene a ser entonces el presupuesto lógico de la unidad normativa general que se predica de todo su texto.

Por tanto, la unidad normativa general, no podía haber sido confundida por la Corte (como lo hizo de facto), con la unidad de materia, que hace relación a la conexidad temática, sistemática, teleológica o final que debe estar presente entre todas las normas que conforman una ley, en virtud de lo dispuesto en el artículo 158 Superior. Según criterio de Escobar y Monroy, “Todas las leyes deben presentar esta unidad material, justamente porque el principio a que se refiere el artículo constitucional mencionado domina el trámite de expedición de las leyes. No obstante, la unidad material de la ley no puede llevar per se a su estudio de constitucionalidad global a efectos de hacer un pronunciamiento general sobre su conformidad o inconformidad con la Carta Política” (Sentencia C-760 de 2001).

No era este el caso de la Ley 684 de 2001, ya que las definiciones y conceptos en ella contenidos, no constituían un elemento esencial del resto de la normatividad, de manera tal que las demás disposiciones tuvieran que considerarse accesorias de aquellas y por lo tanto la inexecutable de las primeras fuera determinante de la inconstitucionalidad de las segundas. Así, las nociones de sistema de seguridad y defensa o de poder nacional, e incluso el concepto de movilización, que podrían considerarse centrales dentro de la ley, no resultaban fundamentales a todo su texto, de manera que sin ellas el resto careciera de sentido o resultarían inocuas. Al contrario, aisladas de estas nociones, la mayor parte de las disposiciones tenían un sentido regulador autónomo y además plenamente comprensible.

En el caso de la Ley 684 de 2001, es claro que ella respondía al principio de unidad de materia dado que sus disposiciones pretendían regular la organización y funcionamiento de la seguridad y defensa nacionales. No obstante, repiten los salvamentistas, la mayor parte de las disposiciones en ella contenidas, además de tener un sentido regulador propio o autónomo, resultaban comprensibles y analizables sin necesidad de acudir a otros referentes normativos. Su independencia como proposición gramatical y jurídica era fácilmente apreciable, por lo cual lógicamente podían ser estudiadas independientemente y su conformidad o inconvincencia con la Constitución no se hacía necesariamente extensiva a las demás normas de la misma ley, por cuanto no todas eran disposiciones accesorias que carecieran de sentido aisladas del contexto legal. Así por ejemplo, el que la Corte hubiera estimado que la noción de poder nacional resultaba ser inconstitucional, no tenía por qué derivar en la inconvincencia subsiguiente de todas las disposiciones que no dependían necesariamente del concepto, a más que algunas definiciones incorporadas al texto de la ley son resumen de la propia Constitución, Vgr., artículo 5º de la Ley, con lo cual, la Corte estaría declarando inconstitucional una o varias normas del Estatuto Superior.

3. EL MONOPOLIO GUBERNAMENTAL DE LAS ARMAS FRENTE A LA DEJACIÓN DE LAS ARMAS

La Constitución Política de Colombia de 1991, en sus artículos 81 y 223, reserva al Gobierno la facultad de introducir y fabricar armas, municiones de guerra y explosivos pero la acompaña de un mandato perentorio que traslada a aquél el manejo de la situación: "Nadie podrá poseerlos ni portarlos sin permiso de la autoridad competente".

La norma del artículo 223, como puede verse claramente, tiene la doble función de prohibir de manera general el porte o posesión de armas, municiones de guerra y explosivos y la de facultar a la autoridad competente para otorgar permisos que faciliten tanto la actividad armada de los organismos nacionales de seguridad (porque bajo la prohibición absoluta inicial éstos tampoco podrían armarse) como de los particulares en casos especiales.

Por lo demás se fija en la ley la potestad de reglamentar lo relativo al porte, que es la manera de mantener el monopolio de las armas en manos del Estado y de garantizarle su poder coercitivo a la ley en procura de su efectividad, así como de las decisiones administrativas.

Hay consciencia que a los diferentes grupos de la delincuencia organizada se atribuyen, entre otros, los siguientes hechos reseñados por la Corte Constitucional:

1. Obstaculización simultánea de importantes vías terrestres y cierre temporal de algunas de ellas;
2. Expansión de los frentes armados y de sus zonas de influencia;
3. Adquisición ilícita de material de guerra;
4. Infiltración en las administraciones locales y aplicación de prácticas coercitivas contra sus funcionarios;
5. Tomas de municipios y asaltos a puestos de policía;
6. Producción y venta de sustancias psicotrópicas;
7. Incremento progresivo de las fuentes financieras, las que se nutren de las actividades ilícitas, como los secuestros y las extorsiones, y el fruto del narcotráfico y la desviación de fondos públicos;
8. Destrucción sistemática de la infraestructura productiva del país;
9. Amedrentamiento de la población rural y urbana y aprovechamiento de esa condición para sus propósitos delictivos;
10. Aumento del control territorial y consiguiente desprotección de los ciudadanos sujetos a su directa influencia;
11. Amenazas y acciones contra la vida, la integridad personal y la libertad de personalidades públicas con el objeto de ejercer influencia política y desestabilizar a las instituciones (Sentencia C-328 de 1996).

La mayoría de los hechos mencionados revisten carácter endémico, y por lo tanto, su mera ocurrencia no justificaría constitucionalmente la intervención del Presidente de la República sino de los propios alcaldes,

ya que por tratarse de situaciones que hacen parte de la violencia crónica que afecta al país, para enfrentarlas no puede acudirse a medidas de excepción cuya función es la de repeler de manera rápida y efectiva hechos sobrevinientes que afecten de manera excepcional la estabilidad el orden constitucional. Si interviniera la creación de una zona de distensión, lo único que ocurriría es que se estaría justificando la ineficiencia del Estado para diseñar mecanismos definitivos de solución de las diversas manifestaciones de violencia, so pretexto de la utilización de medidas cuya vigencia compromete el normal funcionamiento de las ramas del poder público y el goce de los derechos y libertades que integran el núcleo básico de un Estado democrático de derecho.

Sin embargo, se sabe que son los alcaldes municipales los que tienen la misión de restringir el uso en armas en su territorio. Sobre el particular, la Corte Constitucional dijo:

“Es natural que los Estados con el fin de mantener condiciones mínimas de convivencia se reserven el derecho de restringir el acceso y el uso de las armas de defensa personal y las municiones, debido al potencial efectivo que éstas tienen. Es pues perfectamente legítimo que el Estado someta su fabricación, comercio o porte a permisos previos, ya que de esa manera el Estado regula el uso legítimo de la coacción” (Sentencia T-102 de 1993).

Conviene destacar que el monopolio es la exclusividad de una determinada comercialización y que ésta respecto de las armas, así como su posesión y porte están deferidos a la reglamentación legal.

A estas consideraciones, la Corte Constitucional en la Sentencia C-572 de 1997, de los Magistrados Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero, añade lo siguiente:

“Es verdad que en una sociedad ideal, nadie, ni siquiera los agentes del Estado, deberían tener y portar armas: la fuerza no tendría que utilizarse, porque las normas, todas las normas, se cumplirían espontáneamente por los obligados a su observancia; y nadie tendría que ejercer la legítima defensa, porque no habría agresión ni amenaza. Ese estado ideal, sin embargo, jamás se alcanzará mientras la tierra exista y esté poblada por la especie humana”.

Lo dice la Corte Constitucional, “la seguridad es un servicio público primario.” Así, la seguridad de la sociedad, como supuesto del orden, de la paz y del disfrute de los derechos, es un fin del Estado, al cual corresponde la misión que el inciso segundo del artículo 2° de la Constitución impone a las autoridades de la República. “De ninguno como de este servicio puede predicarse que es inherente a la finalidad social del Estado, para utilizar las mismas palabras del inciso primero del artículo 365 de la Constitución” (Sentencia C-572 de 1997, p. 24).

Añade el Alto Tribunal una consideración muy importante y, es que como servicio público, la seguridad está sometida al régimen jurídico que la ley establezca y, también por serlo, puede ser prestada por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por los particulares, como lo dispone el artículo 365 Superior. Por eso, es la propia ley la que al reglamentar este servicio, determina quién y cómo lo debe prestar a través de sus municipios, precisamente, cuando el Estado se da cuenta de su ineficiencia o de su falta de capacidad para combatir el crimen organizado y de garantizar la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos de sus asociados.

4. EL MOTIVO DEL CONFLICTO: EL PODER NACIONAL Y EL SISTEMA DE SEGURIDAD Y DEFENSA PREVISTO POR LA LEY 684 DE 2001, A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN

Tratadistas como Vladimiro Naranjo Mesa, consideran que el poder en el Estado de Derecho, tal y como lo dispone en clasificación previa André Hauriou, posee seis caracteres específicos que son:

- a) Es un poder de superposición y centralización, lo cual supone la supresión de poderes políticos intermedios que afecten la autoridad del poder central sobre el grupo humano.
- b) Es un poder político ya que es un poder de arbitraje, es un poder que no es patrimonial y es un poder cuya obediencia está asegurada por sanciones que se imponen al individuo.

- c) Es un poder civil, ya que lo organiza en la paz y el orden un grupo de ciudadanos que poseen la representación del pueblo como titular de la soberanía.
- d) Es un poder temporal, que corresponde exclusivamente al Estado, separado del poder espiritual que corresponde a la Iglesia.
- e) Es un poder monopolizador de la coerción material, ya que el Estado es el único que puede administrar justicia y poseer fuerzas armadas (sin embargo, en este punto se discrepa ya que el Estado no posee la totalidad del monopolio de la fuerza en Colombia).
- f) Es un poder soberano, lo cual significa que en el orden interno el poder del Estado se sobrepone a todos los otros que existan dentro de él y, a nivel internacional o externo, su poder se coloca en el plano de igualdad con otros Estados (1997).

Actualmente, en Colombia se encuentra unos fundamentos constitucionales y un desarrollo legal de la seguridad y defensa nacional.

Cuando la Corte Constitucional estudió la Ley 684 de 2001, encontró que la noción de Poder Nacional era la columna vertebral de la ley y que por tanto, su adopción representaba un poder totalizante dentro del Estado democrático de derecho, por el desconocimiento del principio de separación de poderes y la vulneración de la participación democrática y el pluralismo, por cuanto ponía a las distintas instituciones y a los ciudadanos prácticamente bajo el mando único del Gobierno, que podía orientar con cometidos todos los ámbitos de la vida nacional, crear entidades propias y reglas de juego autodefinidas en documentos, algunos de ellos secretos. En otras palabras, del estudio sistemático de los artículos 3 y 6 de la citada Ley (Poder nacional + Defensa nacional), el resultado, según la Corte es que en la Ley 684 se planteaba la integración de dicho poder nacional como una realidad institucional, una materialización institucional de un nuevo poder, de rasgos muy singulares y carácter permanente, y cuyo cometido básico era la seguridad y defensa nacional.

Ciertamente la expresión “poder nacional”, según el estudio de los salvamentistas, “resulta extraña al lenguaje constitucional, pero no por ello era necesariamente contradictoria con el mismo. Ninguno de los elemen-

tos de la definición legal contenida en el artículo 2º de la Ley 684 de 2001 tenía el alcance de desconocer las normas superiores: Como todo poder, el nacional era definido como capacidad o potencial. Se ejercía solamente para responder ante situaciones que pusieran en peligro el ejercicio de los derechos y libertades y en defensa de la integridad, autonomía, independencia y soberanía nacionales. Estos objetivos evidentemente no pueden resultar disconformes con la Constitución, pues constituyen la razón misma de la existencia del Estado como lo enuncia con toda claridad el artículo 2º Superior cuando afirma que son fines esenciales del Estado “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden social justo”, propósitos estos coincidentes con los que enunciaba la norma legal, a la que ahora se alude”(Sentencia C-572 de 1997).

Dentro de este orden de ideas se podría afirmar que la referencia al artículo 2º Constitucional ponía al Estado y a todas sus autoridades bajo la coordinación del Presidente, en función de los objetivos de seguridad y defensa. Sin embargo, dentro del conjunto del Estado, la seguridad y la defensa nacionales no son objetivos en sí mismos, ni corresponden a metas divergentes a sus fines constitucionales. Son presupuestos para garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, y estos, según lo dispone el mismo artículo 2º Superior, son fines propios del Estado.

Así, la Corte interpretó equivocadamente la noción de poder nacional, al conferirle una dimensión institucional que no tiene, pues la ley la definía como una capacidad del Estado y no como una estructura. Es decir, de acuerdo con la Ley 684, el poder nacional hacía referencia exclusivamente a las diversas estrategias de colaboración y articulación entre las ramas y órganos del Estado, de acuerdo con el artículo 113 Superior, para enfrentar los desafíos de seguridad y defensa. La Corte se opone y habla de la creación de un suprapoder.

La cuestión también estaba dada por el análisis constitucional de si esa nueva realidad institucional, llamada poder nacional, se ajustaba o no a los lineamientos constitucionales señalados sobre los límites de las

políticas de seguridad y defensa y a la vulneración de los principios democráticos de separación de poderes, de supremacía del poder civil sobre el militar y de dirección presidencial de la Fuerza Pública.

Para la Corte, la concentración de funciones en el Presidente de la República (encabezar el poder nacional y el sistema de seguridad y defensa, presidir el Consejo Superior de Seguridad y Defensa Nacional, el Consejo Nacional de Seguridad y Defensa y el Consejo Nacional de Movilización; así como ordenar y dirigir los Planes de Movilización y Desmovilización Nacional, y aprobar el Plan de Seguridad y Defensa Nacional, los Documentos Primarios sobre seguridad y Defensa Nacional, los Planes de Guerra presentados por el Consejo Superior de Seguridad y Defensa, y la Estrategia de Seguridad y Defensa Nacional), resultaban problemáticos, pues el sistema de seguridad y defensa, según la definición del artículo 3 de la citada Ley 684 de 2001, comprendía todo el Estado, que para la Corte creaba un supra poder, como ya se dijo, al punto que el mismo Presidente podía definir los llamados objetivos nacionales⁶, que para alcanzarse, tendrían la facultad de subordinar a las otras ramas del poder.

Los Magistrados sustanciadores en la Corte Constitucional, sostuvieron que la enorme cantidad de los objetivos nacionales, hacían que el poder nacional no solo se ocupara de las tareas más clásicas de seguridad, defensa y conservación del orden público, sino que se proyectaba sobre casi todos los ámbitos de la vida de los colombianos, pues el sistema de seguridad y defensa debía lograr una nación más próspera y segura, por lo cual el poder nacional podía, a juicio de la Corte, inmiscuirse no sólo en los modelos de desarrollo a fin de impulsar la prosperidad de la economía, sino en la dinámica política general, para promover la democracia. Así, para la Corte, no eran necesarias mayores elucubraciones para concluir que el poder nacional, tal como se consagraba en la Ley 684, chocaba frontalmente al menos con los siguientes principios constitucionales básicos:

⁶ Objetivos Nacionales. Serán los definidos por el Presidente de la República teniendo en cuenta que como supremo deber y misión constitucional le corresponde diseñar y establecer los medios y mecanismos para hacer una Nación más segura y más próspera, particularmente en tres ámbitos: Seguridad con efectiva diplomacia y con fuerzas militares listas para luchar y ganar, impulsar la prosperidad de la economía y promoción de la democracia. Artículo 41, ley 684 de 2001.

1. La separación de poderes, que amenaza también los derechos de las personas.
2. El principio democrático, ya que los objetivos nacionales se definían exclusivamente por el Presidente de la República, sin “someterlos al foro por excelencia de la deliberación democrática, que es el Congreso”, y al escrutinio de la ciudadanía, con lo cual desconocían los artículos 114⁷, 189 ord. 4 y 135 de la Carta.
3. La supremacía del poder civil sobre el mando militar, que para la Corte erosionaba el carácter no deliberante de la Fuerza Pública, ya que al elaborar el Ministerio de Defensa en coordinación con los altos mandos militares y el Director de la Policía los documentos primarios y secundarios, que contendrían los objetivos del sistema de seguridad y defensa, así como los distintos planes y programas para alcanzar esas metas, se estaría “deliberando permanentemente sobre los desafíos que tiene Colombia en los campos políticos, económicos y sociales, y diseñen estrategias y planes para enfrentar esos retos”.

La Corte, desde entonces, confunde análisis con deliberación en el sentido electoral del término, que es como fue concebido, pues no se puede negar las inclinaciones ideológicas, dentro de su imparcialidad, para los miembros de la Fuerza Pública y la Policía Nacional, opinar no es elegir.

1. La dirección presidencial de las Fuerzas Armadas (C.P. arts., 1, 5, 113, 189 y 219), y
2. la imposición de múltiples deberes a los ciudadanos, que según la Corte, terminan por incorporarlos y subordinarlos al poder nacional, para integrarlos funcionalmente al sometimiento y acción del poder nacional, para lograr la consecución de los objetivos nacionales definidos por el Ejecutivo, a través de la movilización, que estaba definida en el artículo 62 de la Ley 684, como un “proceso permanente e integrado que consiste en aplicar en todo tiempo y en cualquier lugar del territorio nacional el conjunto de normas, preceptos, estrategias y acciones que permiten adecuar el Poder Nacional en la forma de organización funcional, en los sectores

⁷ Entendiéndose del artículo el aparte sobre el control político.

público y privado para atender y conjurar cualquier emergencia provocada por una calamidad pública o catástrofe natural". Y, por su parte, el artículo 68 de la Ley, imponía además que todos los colombianos "tienen el deber y la obligación ciudadana de acudir a la movilización cuando el Presidente de la República lo decrete".

Dicha movilización abre el camino, a juicio de la Corte para un Estado totalitario y difiere del deber de tomar las armas en caso de conflicto o cuando las necesidades públicas lo exijan, que prevé el artículo 216 Superior, el cual, reglamentado por el artículo 29 de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, sólo prevé la movilización total o parcial, para el caso de guerra exterior, no para todo tiempo y lugar, como interpreta la figura la Corte Constitucional, lo cual, para ellos llevaría a la incorporación permanente de la persona a la Fuerza Pública, que genera un deber imponible a los particulares, las cuales únicamente podría imponerse a través de otra ley dictada por el legislador para tal efecto. Si la movilización la decreta el Presidente, agrega la Corte, se permite que los deberes de las personas tengan una fuente distinta de la Constitución o de la ley y que éstas queden por fuera del proceso democrático e incluso, debido a la situación de conflicto armado que vive el país, la incorporación de los particulares al poder nacional y a los procesos de movilización decretados por el Presidente vulnera el principio de distinción del derecho internacional humanitario, puesto que involucra a la población civil en el conflicto armado.

Se le pregunta a la Corte, ¿acaso los actores irregulares del conflicto han pensado lo mismo que Ustedes para alejar a la población civil de la contienda armada? No emitan "*sentencias legislativas*", para una sola parte, así la Alta Corte justifique la manifiesta inconstitucionalidad, basados en primer lugar en que la figura del poder nacional es "profundamente riesgosa para los derechos de la persona", pues somete a todos bajo la égida del Gobierno y, en segundo lugar, en que si la Corte ajustara la ley a la Carta, se vería el Alto Tribunal obligado a introducir tales modificaciones al sistema de seguridad y defensa, que "éste ya no sería el mismo aprobado por el Congreso sino uno totalmente distinto", con lo cual la Corte no estaría conservando la voluntad legislativa, sino que la estaría "sustituyendo, lo cual es inaceptable en una democracia constitucional, pues vulnera la libertad de configuración del Congreso". ¿Cuál es la razón

para que sólo se acuerden de esta condición en determinados fallos y no en otros como la Sentencia C-239 de 1997, que abrió el camino para la eutanasia? ¿La Corte legisla desde 1992...?

A lo cual, replicaron los salvamentistas Escobar y Monroy, diciendo que el objetivo general de la ley, era crear un sistema de seguridad y defensa nacional que incluía el concepto de poder nacional interpretado erróneamente por la mayoría de la Corporación al sostener que “el poder nacional coordina la defensa nacional”, cuando en realidad la defensa nacional es la acción coordinada del poder nacional, que es precisamente lo contrario. Así se encuentra en el Salvamento que hay varias deficiencias interpretativas, la primera de ellas, intercambiar “lo que se coordina” por “quien lo coordina”.

El argumento de la Corte para declarar la inexecutable de la ley, se basó en el carácter totalizante atribuido al poder nacional como “suprapoder” que desconocía los diseños institucionales creados directamente por el Constituyente y en la disparidad de interpretaciones que producía la definición legal de “poder nacional” y el hecho de que algunas de ellas resultaban conformes a la Carta y otras no, lo que imponía a la Corte acudir a un fallo condicionado.

CONCLUSIONES

Al lado de muchos episodios de la historia colombiana, la violencia generalizada siempre ha estado presente y por eso, se presentó una visión particular, basada en un método simple, los datos y acontecimientos, así como la observación personal de diversos episodios de nuestra vida social.

La explicación del conflicto en Colombia es un asunto complejo, sus causas son múltiples y su finalización casi impredecible por la lucha continua de poder. La ruptura del orden jurídico iniciado por acción de los violentos y la necesidad de proteger a la sociedad, ha llevado, en muchos casos, al aumento de la criminalidad, fruto de una violencia predominante desde mucho tiempo atrás por un sectarismo ancestral que nos han deja-

do siempre en situación de “turbulencia” política. Así, la violencia permea la vida colombiana, todo aquello que se ha llamado por Jorge Eliécer Gaitán como “el país nacional y el país político”: “En Colombia hay dos países: el país político que piensa en sus empleos, en su mecánica y en su poder, y el país nacional que piensa en su trabajo, en su salud, en su cultura, desatendidos por el país político. ¡Tremendo drama en la historia de un pueblo!” (Braun, 2013, p. 290).

Por eso, el déficit en la protección de los derechos de las personas y de la justicia por propia mano como norma de supervivencia de la sociedad, ha sido un problema adicional, que proviene de quienes estuvieron influenciados por un sectarismo radical de lado y lado, propiciando un resentimiento político que aún subsiste en muchas regiones del país.

A Colombia podría aplicarse la frase de Abraham Lincoln: “¿Es un Estado demasiado fuerte para las libertades de su pueblo o demasiado débil para preservar su propia existencia?”

REFERENCIAS

Amorín, A. (1991). *Problemas de Seguridad y Defensa en América Latina en un Mundo en Cambio*. Bogotá: Centro de Estudios Internacionales – C.E.I., Universidad de Los Andes, serie Estudios Ocasionales # 24.

Braun, H. (2013). *Mataron a Gaitán. Vida pública y violencia urbana en Colombia*. Bogotá, D.C.: Punto de Lectura – Alfaguara.

Colombia. Presidencia de la República, Consejería para la Defensa y Seguridad Nacional. (1994). *Cartilla Informativa sobre Seguridad y Defensa Nacional. Marco Constitucional, Legal y Conceptual*. Imprenta Nacional. Bogotá.

Colombia. Congreso de la República. Ley 684 de 2001.

Cvitanic, F. (2014). *Manual de Relaciones Internacionales*. Bogotá: Colección Profesores, Universidad de La Sabana.

Galbraith, J. (1979). *La Era de la Incertidumbre*. Brasilia: Universidad de Brasilia.

Naranjo, V. (1997). *Elementos de Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. Séptima Edición. Bogotá: Temis.

Olano, H. (2002). *Constitución Política de Colombia*. Sexta Edición. Bogotá: Doctrina y Ley.

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-102 de 1993.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-409 de 1994.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-328 de 1996.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-572 de 1997.

Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-357 de 1999.

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-251 de 2002.

SERVICIO CIVIL DE CARRERA EN COLOMBIA: PERSPECTIVAS Y RESULTADOS DE LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA*

CIVIL SERVICE CAREER IN COLOMBIA: PROSPECTS AND RESULTS TO TEACHER CIVIL SERVICE

*Julián Raúl Flórez López***

Fecha de recepción: 4 de marzo de 2015–**Fecha de aprobación:** 14 de abril de 2015.

Forma de citar este artículo en APA:

Flórez López, J. R. (enero-junio, 2015). Servicio Civil de Carrera en Colombia: Perspectivas y resultados de la profesionalización de la Función Pública. *Summa Iuris*, 3(1), 87-115.

Resumen

El presente estudio realiza un diagnóstico de la función pública en Colombia, teniendo en cuenta que este país ha adoptado una legislación tendiente a profesionalizar la función pública de su respectivo gobierno a partir del año 2004. El presente trabajo tiene como eje central el análisis de los resultados obtenidos por la Ley 909 de 2004, la cual, regula el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública en Colombia. El paradigma de investigación del presente trabajo es de tipo institucional, acompañado de una metodología cualitativa e interpretativa, para intentar realizar un análisis del servicio civil de carrera en este escenario y evaluar así, su posible desarrollo y progreso a la luz de esta última iniciativa legislativa.

Palabras Clave: Función pública, profesionalización, servicio civil, burocracia, administración pública.

* Este artículo es resultado del proyecto de investigación denominado: “Servicio civil de carrera en Colombia y México: Perspectivas y resultados de la profesionalización de la función pública”, que inició en el mes de septiembre de 2012 y finalizó en julio de 2013. Este proyecto de investigación se realizó en el marco de elaboración de la tesis para obtener el título de Magíster en Ciencias Políticas por la Universidad de Salamanca, España.

** Abogado por la Universidad Libre de Colombia; Magister en Ciencia Política por la Universidad de Salamanca, España. Docente-investigador tiempo completo y Coordinador del semillero de Ciencia Política de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Cartago. Correo electrónico: julian.florezl@campusucc.edu.co

Abstract

This study analyzes the civil service in Colombia, considering that this country has, from the year 2004, adopted legislation aimed at professionalizing the civil service of their governments. This work has as central axis analysis results obtained by Act 909 of 2004, which regulates public employment, the civil service and public management in Colombia. The research paradigm of this work is institutional, accompanied by a qualitative and interpretative methodology, to attempt an analysis of the civil service in this scenario and thus assess its possible development and progress in the light of this last legislative initiative.

Keywords: Public function, professionalization, civil service, bureaucracy, public administration.

INTRODUCCION

El presente estudio realiza un diagnóstico institucional de la función pública en Colombia, teniendo en cuenta que este país ha adoptado una legislación tendiente a profesionalizar la función pública de su respectivo Gobierno a partir del año 2004. Se sabe que la administración pública es el eje central del aparato gubernamental, responsable del mantenimiento y sostenibilidad de sus políticas. En Iberoamérica, la administración pública posee características propias que desde la fundación de los mismos Estados se han mantenido hasta la fecha. La burocracia, entendida como aquella estructura mediante la cual el Estado ejerce su poder y logra administrar sus bienes, en el ámbito iberoamericano presenta otro tipo de organización bastante distinta a las burocracias de Europa y Norteamérica. Las burocracias en Iberoamérica guardan un componente importante y es la estrecha relación y dependencia del ejecutivo, es decir, del Gobierno. Como consecuencia de esto, prácticas clientelistas son muy frecuentes en la administración pública, cuyo mismo diseño la expone a ser utilizada como herramienta para el afianzamiento y negociación de intereses políticos, lo que genera que los cargos públicos sean adjudicados o de cualquier forma comprometidos con antelación a comicios legislativos o presidenciales.

El gran reto de los gobiernos iberoamericanos es afrontar esta crisis institucional por la que atraviesan en la actualidad sus administraciones; la reestructuración de sus burocracias es el primer paso para poder avanzar hacia la construcción de un Estado que brinde servicios de calidad y genere bienestar social. En este sentido, la profesionalización de la carrera administrativa es la primera estrategia para generar el cambio. Es por eso que países como Colombia, dándose cuenta de esta necesidad, impulsaron iniciativas legislativas con la intención de atacar el consolidado clientelismo que se presenta en sus entidades estatales. El proceso no ha sido fácil, ciertamente, estas reformas han tenido que afrontar prácticas informales ya largamente establecidas, así como acciones tendientes a frenar y desprestigiar sus objetivos, que no son más que la consolidación de una burocracia profesionalizada con miras a prestar un servicio de calidad basado en principios éticos que valoren la función pública.

Otra cuestión que juega un papel importante en la configuración de las burocracias profesionales es el sistema de mercado, que tiene una creciente influencia en las ideas sobre organización administrativa. Con la instauración y el afianzamiento de la economía de mercado como modelo dominante en los países iberoamericanos, el concepto de la función pública cambia de paradigma, pasando hacia una concepción empresarial o gerencial del Estado, lo cual ha traído como resultado que muchos de los países de Iberoamérica privaticen diversos servicios públicos y que se gestionen muchos aspectos de la organización administrativa como si se tratara de una empresa privada.

El presente trabajo tiene como eje central el análisis de los resultados obtenidos por la Ley 909 de 2004 (incorporación de personal a través del sistema de carrera administrativa) la cual regula el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública en Colombia. Se estudiarán los cambios que su cuerpo normativo ha generado, si efectivamente se ha obtenido una mejor, más eficiente y eficaz administración pública. La Ley presenta diversos aspectos propios de las ideas gerenciales o neo-gerenciales en administración pública, y esto sin duda puede debilitar sus efectos sobre la profesionalización del sistema administrativo, pues el neo-gerencialismo se inclina más bien por promover el empleo temporario, con criterios y formas de contratación propios de la gestión privada (es decir, sin concursos). Es interesante notar que dichas ideas neo-gerenciales pueden entrar en conflicto con los principios fundamentales del empleo público consagrados en la Constitución, que son los principios clásicos de las burocracias weberianas, tales como el mérito, la estabilidad del empleo y el fuerte énfasis en la ética pública; mientras las propuestas neo-gerenciales se enmarcan, en cambio, dentro de un esquema de gestión que admite la contratación discrecional de carácter temporal. Tratándose de una reglamentación que opera a nivel central, es decir, de aplicación general para todo el territorio colombiano, la presente investigación analiza en todo su contexto normativo la mencionada ley.

La evaluación se hará mediante el análisis de los diversos estudios que se han hecho respecto al tema: diagnósticos, estadísticas y resultados. La literatura es diversa y concluyente. No obstante, se observa en el modelo colombiano, un amplio margen de discrecionalidad en el nombra-

miento de cargos públicos de alto nivel por parte del ejecutivo. Esta concesión a nociones gerencialistas de flexibilidad puede generar, sin embargo, espacios para que se mantenga una cultura clientelista, dificultando así la implementación real de la ley en lo que concierne a la consolidación de un servicio público profesional. Al fin y al cabo, los nombramientos de cargos públicos de medio y bajo nivel no son enteramente ajenos a la influencia que pueden ejercer los altos cargos, con el riesgo consiguiente de desvirtuación del sistema; esta circunstancia también contribuye a reforzar una práctica que va en contra de la profesionalización de la carrera administrativa, se hace referencia a la provisionalidad o precariedad en el empleo. La provisionalidad se entiende aquí como aquella delegación de funciones de un determinado cargo público a personas que si bien pueden tener las suficientes aptitudes para desempeñarlas, no han realizado el debido proceso de selección y evaluación (concurso) que garantice que su formación es la adecuada e idónea para el desempeño de las labores asignadas. Esta práctica es muy común en países como Colombia; y se da en muchas ocasiones en cargos de nivel directivo o gerencial, pero también en cargos de gestión media o muchas veces en puestos subordinados.

Esto produce un desequilibrio notable en el proceso de profesionalización de la carrera administrativa, puesto que el número creciente de los cargos de carácter provisional, que adquieren una continuidad en el tiempo, hace que estos mismos empleados instauren acciones judiciales tendientes a obtener un nombramiento en propiedad, lo que muchas veces ha producido un choque jurisprudencial y en ocasiones promulgaciones de leyes que atentan contra la integridad profesional que la función pública debe ostentar. De esta forma se acogen para el desarrollo de la presente investigación estos factores que son los determinantes para lograr un estudio consecuente y útil de la carrera administrativa en Colombia, de tal manera que a través de dicho estudio se logren plantear soluciones a la problemática que se presenta al momento de la implementación de las respectivas normativas y evaluar los resultados que han alcanzado durante la vigencia que han tenido desde su promulgación hasta la actualidad.

Por lo tanto la pregunta de investigación sería la siguiente: ¿Es apropiado el diseño de la nueva legislación de Colombia, Ley 909 de 2004, para implantar un servicio civil de carrera profesionalizado?

El punto de partida empírico y normativo es el siguiente: La administración pública colombiana podrá ofrecer óptimos rendimientos y contribuir a la consolidación de la democracia en el país, en la medida en que sus funcionarios públicos de niveles alto, medio y subordinados obtengan estándares de profesionalización y sus designaciones sean a través de un servicio profesional de carrera administrativa, las entidades en que se desempeñen se alejen de intereses políticos y mantengan su independencia respecto a éstos y a sus prácticas clientelares. Esto se logrará siempre y cuando la administración pública, a su vez, maneje un vínculo estrecho e interdependiente con la sociedad civil en la planeación, aprobación, implementación y evaluación de las políticas públicas promovidas por cualquiera de estos actores.

El paradigma de investigación del presente trabajo es de tipo institucional e histórico, acompañado de una metodología interpretativa y cualitativa (Peters, 2003). Esto por cuanto lo que se intenta realizar es una descripción general de la situación actual del servicio civil de carrera en este país, pero con referencia a los antecedentes normativos e históricos, es decir, a los intentos legislativos de crear servicios civiles de carrera en el pasado, y su fracaso en la realidad política, como documentan diversos estudios e informes recopilados. El estudio se integra así en la corriente metodológica del institucionalismo histórico, para intentar una reconstrucción y análisis de la evolución del servicio civil de carrera en este escenario desde sus orígenes y evaluar así su posible desarrollo y progreso a la luz de esta reciente iniciativa legislativa.

1. ORIGEN Y DESARROLLO HISTÓRICO DEL SERVICIO CIVIL DE CARRERA COLOMBIANO

Es abundante la literatura que describe los orígenes del servicio civil de carrera en Colombia. La mayoría muestra uniformidad en los datos aportados, tanto en sus causas, como éxitos y fracasos. Se pueden sintetizar los eventos más representativos que marcan el nacimiento de la idea de la profesionalización de la función pública en el Estado colombiano y su puesta en práctica identificando al mismo tiempo todos los factores que han obstruido o por el contrario optimizado la profesionalización de la función pública colombiana. Se hará también un recuento de las entida-

des que se han formado para regular, fomentar y controlar la profesionalización del servicio civil de carrera, lo cual dará una idea mucho más clara de las prácticas institucionales que plantearon o intentaron plantear los gobiernos para lograr una profesionalización de la carrera administrativa.

El primer antecedente puntual que se tiene en cuanto a la instauración real de una profesionalización del servicio civil de carrera se remonta al gobierno de Alberto Lleras Camargo en el año 1938 quien adoptando posturas del gobierno liberal y progresista del ex presidente Alfonso López Pumarejo logró expedir y promulgar la Ley 165, en la cual se logran establecer artículos dirigidos a estructurar la burocracia Colombiana. La ley 165 consagró la estabilidad laboral de los servidores escalafonados en ella y además consagró derechos como el ascenso, el reconocimiento económico por vacaciones, cesantías, indemnizaciones por accidente de trabajo, seguro de vida, auxilio por enfermedad, pensión de jubilación. Finalmente, la ley crea el Consejo Nacional de Administración y Disciplina, que elaboraba el escalafón de los empleados (González, 2010, p. 149).

De este modo, el Gobierno, ciertamente con el ánimo de impulsar, promover y edificar una profesionalización certera y efectiva de los cargos públicos, creó el Consejo Nacional de Administración y Disciplina, encargado no solamente de la elaboración de los escalafones de los empleados, sino también de realizar los estudios de los reglamentos que se aplicarían a los concursos y más importante aún servir como jurado calificador de los exámenes presentados por los aspirantes a los cargos públicos.

Tal y como lo expresa Ávila (2002) los problemas de la ley “eran ya evidentes a mediados de la década de los 40”. En un escrito de la época, la Comisión de Disciplina atribuía el fracaso de la carrera a “la hostilidad de los jefes hacia la misma (Ávila, 2002). El panorama de la administración era muy desalentador entonces, pues el clientelismo político se había vuelto prácticamente dominante. La fuerte polarización política y social producto de la gran conflictividad entre los partidos políticos tradicionales, Conservador y Liberal, hizo que se hiciera tanto más remota la idea de una administración imparcial y profesional. Por el contrario, los puestos en el Estado eran tratados como un botín de ganancias, apetecido por las élites. La función pública solo era un instrumento de poder mediante el

cual las camarillas políticas podían establecer sus estrategias electorales comprometiendo naturalmente cargos públicos para asegurar votos y confianza en su futura gestión.

El desarrollo incipiente de lo que entonces era un sistema nuevo hubiera debido producirse en el marco de la compleja realidad política del país, caracterizada por la llegada al poder del Partido Conservador en 1946 y la intensificación de la violencia entre los seguidores de los partidos tradicionales. Como indica Ávila, la “polarización entre las dos colectividades se sintió también en la administración pública, en la cual hubo cada vez menos espacio para los liberales” (2002, p. 64). El Partido Liberal directamente se abstuvo de participar en las elecciones de 1950.

Un estudio realizado por el Banco Mundial en la misma época, dirigido por el economista norteamericano Lauchlin Currie, diagnosticó el grave estado de la profesionalización de la función pública en Colombia. El estudio calculaba que, de un total de 50.000 funcionarios del gobierno, habían ingresado a la carrera administrativa menos de 1500 y apenas 42 lo habían hecho con base en exámenes, es decir por concurso (Ávila, 2002, p. 7). Se manifiesta así la amplia discrecionalidad que existía en el nombramiento de los cargos públicos dentro del Gobierno.

De este modo, la sanción de la ley 165 no había pasado de ser una pura expresión retórica de la profesionalización de la función pública y no tuvo una implementación real en el Gobierno. Es interesante preguntarse por la forma efectiva en que se realizaba el ingreso al escalafón de carrera administrativa, y los expertos coinciden en que el ingreso no se hacía por la vía del concurso, sino por el mecanismo de la “inscripción extraordinaria”, que, como señala Martínez Cárdenas, “permitía incorporar a quienes venían desempeñando los empleos sin ser sometidos a concurso público alguno” (2010, p. 112). Por la misma fecha, en el año 1948, un nuevo intento del Gobierno por reformar y llevar a cabo la profesionalización de la carrera administrativa se manifiesta con la expedición de la Ley 141, que se acompaña con la conformación de varias comisiones de estudio de reformas y ordenamiento del tema de la carrera administrativa.

Se crea así la Comisión Interparlamentaria del Servicio Civil, compuesta por tres senadores y tres representantes, que se encargaría de proponer normas sobre funciones de los cargos, así como de establecer su categorización, la remuneración, las condiciones de ingreso al servicio público y los procedimientos para determinar la idoneidad de los aspirantes, trámites para el ascenso y desvinculación (Martínez Cárdenas, 2010, p. 112)

No obstante, debido a las circunstancias antes descritas, la implementación real de esta norma tampoco dio resultado. Las disputas entre los partidos Liberal y Conservador por el control de los cargos públicos (garantía real de sus triunfos electorales), generaron enormes conflictos políticos que atentaron contra la gobernabilidad del Estado colombiano. Es por eso que en 1957 se lleva a cabo un plebiscito producto e iniciativa de los partidos Liberal y Conservador con la finalidad de poner fin a un conflicto que estaba tomando matices verdaderamente alarmantes tanto por la descomposición del aparato estatal como por el cruento enfrentamiento que se vivía en aquel entonces entre los militantes de ambos bandos, que produjeron guerras civiles intermitentes. Este plebiscito tenía como finalidad la instauración de un equilibrio en el nombramiento de cargos públicos entre militantes de ambos partidos, con la intención de recuperar la gobernabilidad y estabilidad institucional. El plebiscito de 1957 fue una iniciativa de los dos partidos oficiales para dividirse de forma equitativa las cuotas de poder del Estado.

En este sentido, en lo referente a la administración pública, se convino que el Gobierno tendría la responsabilidad de mantener fuera del alcance político de ambos partidos la carrera administrativa, asegurando la imparcialidad política de sus funcionarios y llevando a cabo concursos de mérito para la designación de cargos burocráticos. Los cargos que no fuesen de carrera debían repartirse de forma equitativa, entre ambos partidos.

La Ley 19 de 1958 se conoció como el Estatuto del Servicio Civil y de Carrera Administrativa y también creó una comisión nacional del servicio civil, así como la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP). (Ávila, 2002, p. 8). La comisión se creó con el propósito de clasificar los cargos que debían ser designados mediante concurso de méritos; al mis-

mo tiempo, el Departamento Administrativo del Servicio Civil y de Carrera se constituyó con la finalidad de que escogiera las personas idóneas para los cargos públicos y, posteriormente enviarlos a la Comisión Nacional del Servicio Civil para que, a su vez y a petición de la entidad nominadora, realizara los respectivos nombramientos.

También con la Ley “se conformó en el Consejo de Estado una sala de consulta especializada llamada Sala del Servicio Civil, a la que se someterían todos los proyectos de Ley o de decretos sobre estos asuntos” (Martínez Cárdenas, 2010, p. 112). Aquí se observa un cambio sustancial que se manifiesta en la regulación normativa que se le imparte a la profesionalización de la función pública. Así, esto es un intento arriesgado e innovador por realizar un cambio real en la administración. La creación de diversas instituciones y la nueva valoración que se tiene de la función pública y los derechos que de ella se derivan como bien se puede observar en el hecho de la creación de una sala especializada en el Consejo de Estado, es una medida que valdría la pena resaltar en este punto. En efecto, la función pública hasta 1958 carecía de un respaldo institucional y legal, lo que hacía que las leyes anteriores a esta fuesen letra muerta y normas abstractas de difícil aplicación.

En 1960, se expide el decreto ley 1732, el cual realiza una clasificación del empleo público, distinguiéndolo de esta manera: los empleos pertenecientes a la carrera administrativa son la regla general en la administración pública, como excepción a estos se encuentran los empleos de libre nombramiento y remoción. Se definió quiénes eran funcionarios de la rama ejecutiva y quiénes formaban parte del servicio civil de carrera. Se emitieron limitaciones al poder nominador de los jefes de entidades públicas para contratar y remover funcionarios. También se fijó el objeto de la carrera administrativa y su alcance, que en esta ocasión, gozó de gran amplitud (Martínez Cárdenas, 2010, p. 112). No obstante, todas estas reformas e innovaciones fueron dispares e insuficientes frente a la realidad política colombiana. La ocupación de los cargos se regía de acuerdo a preferencias y pactos políticos desde antaño y la ley no tuvo una aplicación real.

Un estudio realizado por una firma consultora norteamericana en 1968 arrojó el siguiente diagnóstico: En la práctica el estatuto de la administración nunca tuvo aplicación, los estudios de clasificación de cargos eran obsoletos, existía gran arbitrariedad en la asignación de sueldos por parte de altos funcionarios y el proceso de selección y reclutamiento estaba dominado por reglas informales (Ávila, 2002, p. 9). A consecuencia de esta evaluación y de las circunstancias descritas, en 1968 se liquidó la Comisión del Servicio Civil. El Gobierno se dio cuenta de lo lejos que se encontraba todavía de implementar un servicio civil de carrera profesional y, decidió expedir el Decreto-Ley 2400 de 1968, que regulaba todo lo concerniente a la contratación de personal civil en la rama ejecutiva.

El empleo público se determinó como la serie de funciones inscritas en la Constitución, la ley y reglamentos de entidades públicas dictados por sus jefes respectivos. Y se señaló también que los empleados civiles de la rama ejecutiva integraban el servicio civil de carrera. Nuevamente se realiza una distinción entre empleos de carrera y libre nombramiento y remoción, y se facultó al Gobierno para cambiar el carácter de los empleos. Se indicaron las condiciones de ingreso y el tipo de nombramientos: ordinario, de prueba y provisional (Ávila, 2002, p. 9). Es importante resaltar en este punto que la norma también contemplaba la evaluación del desempeño del funcionario, que se realizaba de acuerdo a las pautas indicadas por el Gobierno, de igual forma generó incentivos para aquellos trabajadores que mostraran un óptimo desempeño en sus cargos. Respecto a la profesionalización de la carrera administrativa la ley dispuso que esta debía cumplir con el objetivo de edificar y potenciar la administración pública, enfocándose en maximizar su eficiencia y generando igualdad de acceso a los cargos públicos, fomentando la estabilidad y los incentivos para el trabajador, entre estos, la capacidad de ascenso en la jerarquía burocrática.

La ley fue muy enfática en mencionar que el nombramiento en el cargo, la estabilidad en el mismo y las oportunidades para ascender estarían sujetos a concurso de méritos, cuya organización estaría a cargo del Gobierno. La selección de personal se realizaría mediante concurso público abierto, en este escenario, el aspirante debía demostrar que cumplía con

los requisitos para el cumplimiento de su función, lo cual se probaba allegando sus respectivos títulos y obteniendo una calificación satisfactoria en los exámenes.

El período de prueba era obligatorio para el funcionario que efectuaba su ingreso; además, tenía que contar con un certificado de buena conducta y eficiencia del secretario general de la entidad para obtener los derechos de carrera (Ávila, 2002, p. 10). Reaparece el Departamento Administrativo del Servicio Civil, cumpliendo un papel fundamental en cuanto a la planificación de la logística para la organización de recursos humanos, la dirección y estructuración de los sistemas de clasificación y salario, también en esta ocasión interviene en el cambio de plantas de personal. Junto con la ESAP, es el encargado de formular proyectos de capacitación, crear programas de bienestar, constituir la normativa para la clasificación de los servicios y diseñar los reglamentos de las carreras especiales, establecer una base de datos y servir de guía a las entidades públicas del Estado para el manejo y administración de su personal.

La reglamentación del Decreto-Ley 2400 llegó con la expedición del Decreto 1950 de 1968, reglamentó todas las normas relacionadas con administración de personal civil. Este decreto reglamentario realizó una clasificación de los empleos, dispuso los mecanismos para la creación de plantas de personal, consagró la vacancia temporal y definitiva de los cargos, introdujo nuevas formas de provisionalidad junto con sus respectivas competencias legales, invistió al presidente de facultades para crear, suprimir y modificar empleos, elaboró el procedimiento de inducción al cargo, determinó causales de retiro del servicio, constituyó el régimen disciplinario, planteó estímulos para los funcionarios, consagró el derecho de los empleados a capacitación y perfeccionamiento de conocimientos, adoptó principios para la selección de funcionarios de carrera y realizó la clasificación de los cargos que se mantiene vigente hasta hoy (Ávila, 2002, pp. 10-11).

Hay que agregar también, después de la anterior descripción que recoge de manera sustancial los rasgos normativos más sobresalientes del Decreto-Ley 2400 junto con su Decreto Reglamentario el 1950, que si bien una de las principales directrices de esta iniciativa fue la descentraliza-

ción operativa de las entidades en lo que respecta a la selección de su personal, en la práctica el nivel territorial quedó relegado a un segundo plano o aproximándonos a un tratamiento más real fue descartado, ya que la ley fue interpretada a favor de los intereses de nivel central-nacional.

Este fenómeno se explica nuevamente por las arraigadas prácticas clientelistas que no permitieron que su poder nominador, que también tiene como finalidad la obtención de recursos públicos para el sostenimiento de la burocracia, se polarizara con esta descentralización administrativa de las entidades:

“Aunque existía el decreto y era apto para su aplicación nacional, al mismo tiempo convivían intereses diametralmente opuestos, pues el fenómeno del clientelismo se encontraba arraigado bajo la piel de los encargados de implementar la política en el momento” (González Rodríguez, 2010, p. 151).

Nuevamente, la lucha por los recursos públicos las encabezan las élites políticas a las que constitucionalmente se les ha otorgado el poder de manejar, organizar e impulsar el buen funcionamiento del aparato estatal, las ambiciones y pretensiones partidistas dejan otra vez sin validez los intentos que, a través del Congreso, se realizan para promover y consolidar una función pública profesional basada en una burocracia estructurada, consistente y competente.

Naturalmente, todo esto significa que el mérito termina siendo uno de los requisitos más eludidos por parte de los directores y secretarios de la entidades públicas con la facultad de nominar el personal de sus organizaciones, la redes clientelares fuertemente asentadas en el nivel central de la administración tratan de maniobrar e interpretar la ley a favor de sus intereses para desviar nuevamente los recursos hacia sus arcas, quedando relegadas presupuestalmente las entidades públicas de nivel territorial, lo que hace que la administración carezca de un sentido real y proporcional al momento de ofrecer bienes y servicios a sus contribuyentes, en este caso los ciudadanos.

En 1987 se expide la Ley 61, que nuevamente hace alusión a los empleos de libre nombramiento y remoción. En esta disposición, todos los empleos que no pertenezcan a esta clasificación serán considerados de

carrera, mediante la aplicación de un criterio residual. La ley hace mención también de conceptos como la insubsistencia, el retiro, la carrera diplomática y consular (González Rodríguez, 2010, p. 151).

1.1. EL SERVICIO CIVIL DE CARRERA Y LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Pocos años después, la administración colombiana, en virtud de la nueva Carta Constitucional de 1991, inicia un proceso de cambio tanto estructural como conceptual de la función pública acogiendo los preceptos del llamado neo-gerencialismo, que “se origina con las reformas de la administración pública puestas en práctica por el Gobierno de Nueva Zelanda, a comienzos de la década de 1980” (Ferraro, 2009, p. 123).

Para entender mejor en qué consisten estas reformas es válido aportar una sucinta y concisa definición que recoja, en efecto, sus principios más importantes:

“Las reformas de Nueva Zelanda se proponen entonces reorganizar la administración pública, de modo que los funcionarios directivos de la administración tengan que actuar como los gerentes en el sector privado, es decir, con el mismo tipo de flexibilidad en el empleo de recursos y en la contratación de personal y con los mismos incentivos” (Ferraro, 2009, p. 124).

En este sentido existe un fenómeno en toda Latinoamérica en lo que respecta al cambio de paradigma en cuanto al dinamismo y operatividad de sus burocracias estatales producto de los fuertes cambios sociales, políticos y económicos que a la fecha afectaban significativamente la gobernabilidad de los Estados de esta región y hacían necesaria una transformación sustancial de su administración pública.

En Europa occidental y en los países anglosajones los cambios se presentaron en virtud de crisis económicas de gran magnitud y los requerimientos cada vez mayores por parte de la población de una prestación de bienes y servicios por parte del Estado, circunstancia que no ocurrió en Latinoamérica, en donde las causas del cambio en sus administraciones se remiten a presiones ejercidas por parte de misiones y organismos internacionales, en asocio con crisis de gobernabilidad que hacían más

factible la intromisión de recomendaciones técnicas por parte de expertos internacionales, que ofrecían a su juicio una solución a la problemática de sus burocracias (Ramió Matas y Salvador, 2003, p. 64).

Colombia naturalmente no escapó de las crisis sociales y político-institucionales que acontecían en la región, por lo que aceptó y adoptó medidas que, a juicio de los legisladores de ese entonces, eran idóneas para la modernización y progreso de la administración pública del Estado.

Con la finalidad de contribuir al crecimiento de una cultura de lo público, el Gobierno colombiano, en 1951, adoptó medidas sugeridas por organismos internacionales como la misión CURRIE, Le Bret, AID y CEPAL, que cumplieron con la función de introducir en Colombia directrices económicas y asesorías sobre el modo en que se debía conducir la administración, lo que dio como resultado, la adhesión a políticas neo-liberales durante la década de los 80 y 90 (González Montoya, 2006, p. 1).

Realizando un breve análisis sobre las consideraciones anteriores, es válido resaltar que la Constitución de 1991 muestra una gran influencia neo-liberal, lo que se evidencia en muchos apartados del cuerpo normativo de esta carta política. Este factor que se podría llamar “ideológico” que abanderó la creación y asentó sus principios sobre la normativa de esta Constitución, lógicamente auspició la formación de un escenario en donde políticas recomendadas por organismos internacionales y en ocasiones por otros Estados, referidas lógicamente a exportar un modelo neo-gerencial de la función pública, tuviesen una firme acogida por parte de los legisladores y específicamente de las élites políticas encargadas de diseñar y controlar la agenda de gobierno.

Las apreciaciones que se realizaron respecto a establecer nuevos lineamientos para el manejo y la organización de la administración pública eran en cierta medida acertadas para afrontar el fuerte clientelismo que imperaba en la designación de cargos públicos, a nivel nacional y territorial; es por eso que uno de los pilares de la función pública, que de hecho, se estableció constitucionalmente, era la de la descentralización de las

entidades estatales, con el propósito de frenar esas prerrogativas nominales que ofrecían a los líderes políticos la oportunidad de controlar el nombramiento de personal en los diversos organismos del Estado.

La Asamblea Constituyente previó que para edificar una administración pública eficiente y eficaz, que prestara bienes y servicios de calidad a sus ciudadanos, era necesario extinguir la fuerte influencia de las camarillas políticas sobre los nominadores, reducir las atribuciones discrecionales de altos funcionarios a través de la desconcentración y la descentralización administrativa, de la mano del Ministerio Público al que se le confirió la facultad investigadora de supervisar el manejo de los recursos y de asumir los procesos disciplinarios por causa de corrupción y desviación de dineros, así como reforzar la participación de los partidos y sindicatos para que su papel en las cuestiones administrativas se realice con la mayor rectitud (Martínez Cárdenas, 2010, p. 113).

En medio de este intento por cambiar el dinamismo de la administración pública colombiana, se expide la Ley 27 de 1992 cuya finalidad fue la de regular la vinculación de personal a las entidades del Estado. En este sentido, reglamentaba el artículo 125 de la Carta Política, el cual le otorga a la función pública rango constitucional y al mismo tiempo establece que los empleos y entidades estatales (entiéndase su vinculación) son de carrera, indicando dentro de este mismo artículo que los nombramientos del personal de las entidades se realizarán por medio de concursos públicos, en donde se indicarán los requisitos para acceder y ascender dentro de la jerarquía burocrática, vinculación y ascenso que tendrá como elemento principal para la selección respectiva el mérito del aspirante.

La administración pública colombiana tendría que sortear y resolver un problema de gran envergadura, en este caso, el gran margen de provisionalidad que existía en el nombramiento de cargos públicos, un margen bastante considerable que obedece, en gran parte, a la sujeción y dependencia clientelista al momento de reclutar personal para las entidades estatales. Es por eso que no aconteció nada novedoso, en su artículo 22 la Ley 27 de 1992 transgrede el principio del mérito, consagrado en el artículo 125 de la Constitución.

En esta ocasión, se ordenó que los empleados del nivel territorial que estuviesen ocupando cargos de carrera a la fecha de entrar en vigor esta Ley podrían en el plazo de un año allegar la documentación que acreditara su idoneidad para el desempeño del cargo y de esta forma adquirir derechos de carrera administrativa (Martínez Cárdenas, 2010, p. 114).

Nuevamente se contraviene el principio del mérito, ya que el legislador mediante la expedición de normas que favorecen el nombramiento directo de personal, es decir, excluyendo taxativamente el concurso de méritos, transgrede el principio más importante que debe regir en la función pública, dando oportunidad a la designación de cargos sin el debido proceso que amerita el nombramiento en las entidades del Estado, contrariando un mandato constitucional, como bien se refleja en la norma citada con anterioridad.

Se trata pues de ingresos de carácter extraordinario que se realizan por la incapacidad política tanto de legisladores como gobernantes de organizar y dirigir el aparato Estatal, la incompetencia que se refleja al momento de eludir la gran problemática que representan las plantas paralelas, denominación que se le da a esas burocracias que de manera informal, adquieren consistencia en la administración pública, cuya configuración se debe a la gran discrecionalidad que detentan ciertos políticos, “caciques” de prolongadas redes clientelares que, en última instancia definen y seleccionan el tipo de cargos y personal que constituirán las entidades del Estado.

Respecto a este tema, se puede sacar a colación la siguiente afirmación: La década de los 80 se caracterizó por ser la época en la cual se vincularon más personas a la carrera administrativa, concretamente en los gobiernos de Belisario Betancur y Virgilio Barco. La selección de personal se efectuó a través del mecanismo denominado “la ventanilla siniestra”, es decir, por medio de inscripciones extraordinarias, pasando por alto los concursos. Las personas que ejercieron funciones de carrera, obtuvieron, sin ningún tipo de restricción tales derechos (Puentes González, 2008, p. 158).

La Comisión Nacional del Servicio Civil, que se constituyó en rigor de la creación y aplicación de la Ley 27, y cuya finalidad, también descrita en la Constitución del 91, era administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos, estaba conformada por siete miembros; los directores del DASC y de la ESAP, un representante de la Federación de Municipios, un representante de la confederación de gobernadores y delegado del presidente de la República, y dos representantes de los empleados cuyo nombramiento era facultad del presidente de la República entre ternas presentadas por los empleados de carrera administrativa (Puentes González, 2008, p. 165).

Esto significa que, si bien la carrera administrativa no tuvo mucho que hacer frente a los nombramientos extraordinarios y los altos índices de discrecionalidad, constitucionalmente se abrió paso a una organización en donde por primera vez se incluían representantes de las entidades descentralizadas, de carácter municipal y departamental, lo que equilibraba un poco la composición de un órgano tan importante para el funcionamiento y la implementación de políticas encaminadas a la profesionalización burocrática. Sobrevino la sanción y promulgación de la Ley 443 de 1998, que a juicio de los legisladores pretendía reivindicar los principios básicos de la administración pública y, promover una transición real hacia la profesionalización total de la función pública; no obstante, en esta oportunidad, la Comisión Nacional del Servicio Civil, responsable de llevar a cabo los concursos para el acceso a la carrera administrativa, estaba conformada en su mayoría por miembros del Ejecutivo.

Con el objetivo de tener una legislación unificada e incorporar las pautas, principios y demás juicios mencionados en diversas ocasiones por la Corte Constitucional, se fomentó la creación de una normativa sobre función pública y carrera administrativa cuyo resultado fue la sanción de la ley 443 de 1998, pero esta no tuvo una duración prolongada, ya que la mayoría de su articulado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, puesto que contravenía los principios de la carrera administrativa dispuestos en la Constitución (Martínez Cárdenas, 2010, p. 114).

Fue así como transcurrieron cinco años de vacío normativo, en donde solo se evidenció el abandono y el desinterés del Gobierno por profesionalizar la función pública y llevar a cabo los concursos para ocupar las vacantes en las diferentes entidades del Estado. Esto solo ya demostró la fuerte incidencia que tienen las redes clientelares en la administración pública y el gran poder que los altos mandos de Gobierno tienen para proveer cargos en todo tipo de entidades y a cualquier nivel. Luego de todo este proceso histórico, en donde se recogen diversas iniciativas legislativas y grandes esfuerzos de la Corte por regular y establecer los principios rectores de la carrera administrativa, se expide la Ley 909 de 2004 sobre empleo público, carrera administrativa y gerencia pública que rige actualmente la función pública en Colombia.

2. LEY 909 DE 2004: UN INTENTO DE PROFESIONALIZACIÓN BUROCRÁTICA

La Ley 909 de 2004 es otro intento por parte del legislador para resolver los diversos problemas por los que atravesaba la burocracia administrativa, no obstante, un elemento importante en el contenido de la presente Ley es el concepto de gerencia pública. Si bien los lineamientos neo-gerenciales se empezaron a implementar desde la promulgación de la Constitución de 1991, es en esta Ley en donde se plantea de forma directa la esencia misma de estas reformas: La Nueva Gerencia Pública, la cual contempla diversos aspectos que se dividen en tres grandes grupos:

- 1) Organización: Multiplicidad de organizaciones más pequeñas con estructuras horizontales, separación de asesoramiento y ejecución de políticas, tercerización de servicios de apoyo (consultores privados).
- 2) Personal: Empleo temporal-diversidad de empleos, ejecutivos-jefe con contratos temporales, habilidades gerenciales para personal superior.
- 3) Procedimientos: Libertad gerencial y responsabilidad por resultados, responsabilidad basada en los productos generados, presupuestos por programas sobre la base de recursos devengados (Ferraro, 2009, p. 132).

Estos parámetros concuerdan de forma exacta con las directrices que rigen la normativa de la Ley 909, entre los más representativos se tiene la reconstrucción de la Comisión Nacional del Servicio Civil otorgándole autonomía administrativa y patrimonial, y que debe estar integrada por tres miembros de rango ministerial, cuya selección la efectuarían la ESAP o la Universidad Nacional previamente cumplidos los requisitos para la ocupación del cargo.

Otro rasgo importante de la Ley fue la denotación gerencial que se les arrojó a los cargos directivos del Estado, es decir, se resaltó la trascendencia de su responsabilidad administrativa ante él, sin embargo, y este es un punto que se debe considerar con atención, estos niveles directivos seguirían siendo empleos de libre nombramiento y remoción tanto a nivel nacional como territorial.

La inclusión de los empleos temporales tiene que ver con el principio de flexibilidad laboral, un rasgo eminentemente neo-gerencial, esto quiere decir que los directores de entidades públicas pueden contratar personal de forma transitoria de acuerdo a las necesidades del momento, contradiciendo de forma directa uno de los principios fundamentales de la función pública y es que el trabajador debe gozar de estabilidad laboral.

Los propósitos de un régimen de carrera administrativa deben ser, en esencia, la aplicación real de los principios de eficacia y eficiencia en la función pública, el mantenimiento y protección de la estabilidad en los cargos públicos, la erradicación del clientelismo y conductas inmorales y antiéticas en la administración, junto con empleo riguroso de los principios de orden y excelencia en el desempeño de la función (González Rodríguez, 2010, p. 153).

Otro de los lineamientos de la Ley que contiene un fuerte carácter neo-gerencial es la inclusión de una nueva causal de retiro llamada "Razones de Buen Servicio mediante Resolución Motivada" (Banco Interamericano de Desarrollo, 2006, p. 178). Esta causal se refiere a la acción que pueden ejercer las entidades respecto a un funcionario que, en el desempeño de sus funciones no logre las metas propuestas por la misma entidad y que afecten la prestación de servicios.

Existe en este punto una gran reticencia hacia el debido proceso que se le debe realizar a un funcionario del Estado. Sobre este tema, la norma justifica dentro de su cuerpo un modelo de retiro sumario en donde se prescinde de una investigación disciplinaria del empleado cuyo medio probatorio es la resolución motivada de la entidad, quedando dudas sobre si este tipo de retiro beneficia el establecimiento de un orden burocrático especializado que ofrezca incentivos y seguridad a sus funcionarios. Respecto a la provisionalidad, la Ley pretende resolver esta arraigada práctica mediante la implementación de concursos de mérito para cubrir las diversas vacantes que hasta ese momento ocupaban funcionarios cuya investidura es de carácter provisional.

Se evidencia que se trata de concursos abiertos de mérito, en donde cualquier ciudadano indistintamente de si está vinculado o no a la administración puede participar siempre y cuando cumpla las condiciones para ejercer el cargo al que aspira, sin embargo, la ley es clara al otorgar preferencias a aquellos funcionarios que, de manera provisional hubiesen desempeñado funciones de carrera, en virtud de su antigüedad, experiencia y conocimiento (Banco Interamericano de Desarrollo, 2006, p. 178).

Vistas en forma concreta las reformas neo-gerenciales que contiene la Ley 909 de 2004, es preciso analizar su impacto real sobre la profesionalización burocrática del Estado.

2.1. DIAGNÓSTICO INSTITUCIONAL DE LA LEY 909 DE 2004

El diagnóstico es uniforme respecto a las diversas fuentes consultadas: La carrera administrativa, en Colombia, no se ha adaptado a las circunstancias reales del país, en el sentido de que sus normativas distan mucho de la situación política que realmente impera; por lo que resulta que tales reglamentaciones no tienen una efectividad en la práctica.

Se mantienen las mismas tradiciones clientelares de antaño en las instituciones, por lo que el empleo público se concibe como un favor que ofrecen los políticos para alcanzar fines personales o partidistas, lo que hace que la función pública se desvalorice y la cultura de lo público sea

inexistente, otro motivo más para que cualquier tipo de legislación tendiente a frenar tales prácticas y a profesionalizar la administración sea un intento inoficioso (Martínez Cárdenas, 2010, p. 124).

Frente a esta primera evaluación de la nueva ley que rige la función pública en Colombia, se puede afirmar que su argumento es coherente y válido por cuanto se respalda en la historia y evolución de la función pública en el Estado colombiano.

Debido a la fuerte tradición clientelista que rige las designaciones en los diversos cargos del Estado, cuyo núcleo y soporte son las élites políticas, se maneja de forma inescrupulosa la burocracia estatal, como garantía y respaldo de ambiciones electorales.

Siguiendo las causales arrojadas por el Banco Interamericano de Desarrollo (2006), la deficiencia de la profesionalización burocrática es el resultado de cuatro factores:

- “1) La inestabilidad de los marcos jurídicos del Servicio Civil vis a vis una excesiva profusión de normas;
- 2) La persistencia de una cultura burocrática con alta desmotivación en relación a la gestión;
- 3) La fuerte tradición clientelista, efecto del acceso al empleo público y
- 4) La ausencia de una cultura ligada a los resultados y la planificación estratégica”(Banco Interamericano de Desarrollo, 2006, p. 193).

Respecto a estas causales, llama la atención la observación que se lanza respecto a la profusión normativa para regular la administración pública, en efecto, las normas que el legislativo ha promulgado han sido tan diversas y en algunas ocasiones tan ambiguas que su aplicación no se ajusta a las condiciones reales del dinamismo burocrático y las necesidades del Estado. La cuarta causal dictaminada por el Banco Interamericano de Desarrollo (2006) es bastante convincente.

Es claro que la cultura del servidor público colombiano amerita una transformación de valores donde la ética y el profesionalismo sean condiciones esenciales para el desempeño de una labor, debido a los altos índices de provisionalidad, las enormes redes clientelares y la desidia del Gobierno por hacer efectivos los concursos abiertos de mérito. Los servidores públicos colombianos han sido cómplices en cierta forma de la organización y naturaleza de la función pública, es un problema de tradición, de cultura de la misma carrera administrativa.

El diagnóstico de la Ley 909 arroja el siguiente resultado: La cultura de lo público requiere una participación activa de la ciudadanía que ofrezca la oportunidad de evaluar la consecución de los fines y las responsabilidades que se han asignado a los servidores, una forma de participación directa del ciudadano en la rendición de cuentas que se le exigen a los directores de las entidades, y, hasta la fecha, no ha sido posible instaurar mecanismos como el presupuesto estatal con construcción ciudadana, en cooperación y coordinación con las entidades territoriales, los líderes comunitarios, para el desarrollo de políticas públicas que satisfagan verdaderas necesidades de la comunidad.

Más lejos todavía está la idea de revocar el mandato de servidores públicos elegidos por elección popular, que haciendo proyecciones y estimaciones de políticas inscritas en su agenda, nunca implementaron esa idea (González Montoya, 2006, p. 12).

Es menester, de acuerdo al juicio anterior, que el Gobierno constituya y desarrolle espacios en donde los ciudadanos estén informados de los cargos públicos que esté ofertando el Estado, también es necesaria la creación y promoción intensiva de plataformas que transmitan y propaguen los pormenores de las políticas públicas que el Gobierno despliegue o desee desplegar, lo que significa que un elemento fundamental en la planeación de las políticas debe ser la participación ciudadana y la capacidad y competencia de ejercer control sobre los presupuestos del Estado y el diseño de sus entidades.

Lo ideal sería que cada entidad desarrollara independientemente su sistema, adaptándolo a la naturaleza de los servicios que presta y realizara su esquema de evaluación de funcionarios, en consonancia y relación directa con las directrices dictadas por los gerentes públicos (González Montoya, 2006, p. 13).

Ahora bien, en Colombia ha sido ardua la tarea de consolidar una función pública que coopere y ayude a satisfacer las necesidades de los ciudadanos, una función pública profesionalizada, guiada por principios éticos y una verdadera vocación de servicio.

Por el contrario, el país se encuentra frente a una situación de incertidumbre y fracaso. Prolifera la sanción de normas, se realizan reiteradamente pactos entre élites políticas, y, más preocupante aún, se le otorga un rango constitucional a la función pública, pero sin que esto se refleje de ninguna manera en las prácticas. Como señala un autor colombiano, no importa lo que digan la Constitución y las leyes, “pareciera que estamos destinados a pensar de una manera, hablar de otra y actuar de forma distinta” (Puentes González, 2008, p. 178).

Los compromisos políticos, tan frecuentes al momento de expedir una nueva ley que regula la función pública, no han minimizado el efecto sobre la capacidad discrecional de los funcionarios de gobierno de alto nivel. Cada vez que el legislador expide una nueva norma, los dirigentes políticos se encargan de invalidarla en la práctica, lógicamente la frustración del ciudadano que aspira vincularse al Estado es enorme.

En este caso, la Ley 909 no hizo más que reforzar esta frustración, ya que con sus empleos temporales, en vez de consolidar una burocracia profesionalizada, ha creado escenarios en donde el nominador tiene la facultad de crear el cargo, contratar y desvincular de forma inmediata al funcionario que ocupe una determinada posición.

CONCLUSIONES

La carrera administrativa se creó con la finalidad de estructurar una burocracia profesionalizada, cuyo personal posea los méritos suficientes para una eficiente y eficaz prestación de servicios. La estabilidad en el cargo es otro elemento fundamental junto con los incentivos y posibilidades de ascenso que se le deben suministrar al servidor. Es por esto que el Estado “debería ampliar su cobertura a ciertos cargos de dirección, con la finalidad de avanzar en el logro de la eficacia, eficiencia y progreso en la prestación de los servicios públicos y de los cometidos estatales” (González Rodríguez, 2010, p. 161).

Este planteamiento se aproxima mucho más a la estructuración de una “burocracia weberiana”, en donde los cargos directivos de las entidades son de carácter permanente, es decir, que lo que se intenta es aplicar el concurso de méritos a la gran mayoría de cargos que hacen parte de la jerarquía de la función administrativa y garantizar el mantenimiento del personal tanto de niveles altos, como medios y bajos.

De alguna manera, este sistema “weberiano” es la antítesis del sistema neo-gerencialista, por cuanto no contempla características tales como empleos temporales, flexibilidad laboral y procedimientos de remoción sumaria. Este elemento también sería un obstáculo para el dinamismo de las redes clientelares en manos de las élites políticas ya que no tendrían poder nominador sobre cargos de gran importancia necesarios para utilizarlos como prebendas para llegar al poder. Para finalizar, González afirma que lastres como la corrupción y el ineficiente dinamismo de la administración encuentran su causa “en el carácter parcializado y poco cualificado en el ingreso y desempeño de quienes prestan sus servicios al Estado, especialmente en cargos de gerencia pública y dirección intermedia” (2010, p. 161).

Los cargos de gerencia, en su afán por flexibilizar y modernizar las burocracias, no atendieron los dictados de la ley, más bien se convirtieron en los nuevos instrumentos de los políticos mediante los cuales ejercen ahora de forma más arbitraria la selección de cargos y su creación. El ideal de profesionalización cada vez se hace más lejano y la administra-

ción pública se encuentra más permeada de inconsistencias tanto en su organización burocrática como en la planificación y aplicación de sus políticas.

Es casi imposible, en un panorama como este, que se puedan llevar a cabo concursos abiertos de mérito y que, en efecto, el ciudadano mantenga la esperanza y confíe en que el Estado podrá ofrecerle estabilidad laboral. Las condiciones que plantea la ley no son acordes a la realidad administrativa y política del país, es necesario replantear un modelo ajustado a las necesidades materiales de la nación, donde pueda llevarse a cabo una verdadera profesionalización de la función, abierta y transparente, "generando una ruptura con el camino recorrido (*pathdependency*) será posible superar la perpetuación de la exclusión de la mayoría de la población del proceso de formación del Estado colombiano y la perpetuación de los mismos grupos sociales en el poder"(Martínez Cárdenas, 2010, p. 124).

REFERENCIAS

- Ávila, R.(2002). *Diagnóstico Institucional del Sistema de Servicio Civil de Colombia*. Bogotá: Banco Interamericano de Desarrollo-Diálogo Regional de Políticas.
- Banco Interamericano de Desarrollo: Diálogo Regional de Políticas. (2006). *Informe sobre la situación del servicio civil en América Latina. Departamento de Integración y Programas Regionales Departamento de Desarrollo Sostenible*. Washington, DC.: BID
- Carta Iberoamericana de la Función Pública. (2003). Aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 26-27 de junio.

- Carrillo Castro, A. (2011). *Génesis y Evolución de la Administración Pública Federal Centralizada*. Tomo II. Volumen 1. México: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Carrillo Castro, A. & Campero Cárdenas, G.(2004). "La Reforma Administrativa en México desde la perspectiva de la formación de funcionarios públicos". *Revista de Administración Pública, UNAM, (110)* 20-33.
- Constitución Política de la Monarquía Española (1812). Promulgada en Cádiz a 19 de marzo.
- Cruz Hernández, J. (2009). "Gerencia pública en Colombia, haciendo énfasis en el actual gobierno". *Revista Entramado, Universidad Libre de Colombia, 5(2), Julio-Diciembre, 152-163.*
- Ferraro, A. (2009). *Reinventando el Estado*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Focil Ortega, M. (2004). "El Servicio Profesional de Carrera en México: Las implicaciones en la operación del nuevo modelo de la administración del personal público". *Revista de Administración Pública, UNAM, (110), 35-51.*
- Guerrero Orozco, O.(2007). "El servicio profesional de carrera en México y sus problemas de formación académica". *Revista Buen Gobierno. (2), 44-60.*
- Grillo Rubiano, F. (2005). "Incidencia de la Carta Iberoamericana de la Función Pública en el Desarrollo de la Ley 909 de 2004 "Por la cual se regula el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública en Colombia"". *Foro Iberoamericano: Revitalización de la Administración Pública. Estrategias para la Implantación de la Carta Iberoamericana de la Función Pública. México D.F.*

- González Montoya, E. (2006). "Gerencia pública y evaluación del desempeño en Colombia". En XI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Ciudad de Guatemala.
- González Rodríguez, E. (2010). "Situación del Régimen de Carrera Administrativa en Colombia". *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores*. UMNG, 12(25), 147-163.
- Haro Belchez, G. (2000). *Servicio público de carrera: tradición y perspectivas*. México: Porrúa.
- Lacoviello, M. & Strazza, L. (2011). "De Partidocracias rígidas a Meritocracias flexibles en América Latina". *DAAPGE, UNL*, 11(16), 51-95.
- Martínez Cárdenas, E. (2010). "La carrera administrativa en Colombia: 70 años de ficción". *Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, 9(18), julio-diciembre, 107-125.
- Martínez Vilchis, J. (2009). "La nueva gerencia pública en México. Una medición de su intensidad e impactos en las entidades del país". *Convergencia*, Universidad Autónoma del Estado de México. 16(49), 35-58.
- Martínez Puón, R. 2009. "La nueva fisonomía del servicio profesional de carrera en México". *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. (43).
- Myers Gallardo, A. & Sousa Cordeiro, R. (2012). *Análisis del Servicio Profesional de Carrera en México. Modelos en Latinoamérica, Ventajas y Desventajas: Factores que bloquean el desarrollo del SPC*. España: Universidad de Salamanca.

- Oszlak, O. (2001). "El servicio civil en América Latina y el Caribe: situación y retos futuros. Centro latinoamericano de administración para el desarrollo". *VI congreso internacional del CLAD sobre la reforma del Estado y de la administración pública*. Buenos aires.
- Puentes González, G. (2008). "Setenta años de intentos y frustraciones en materia de servicio civil y carrera administrativa en Colombia". *Revista Desafíos*, Universidad del Rosario, (19), 137-182.
- Ramió Matas, C. & Salvador, M. (2005). *Servicio civil en América Latina: Reflexiones y propuestas tentativas*. España: Universidad Pompeu Fabra.
- Rodríguez Taylor, E. & Hernández León, C. (2005). "El empleo público en Colombia a la luz de la ley 909 de 2004: los nuevos instrumentos de la gerencia pública". *X Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile*.
- Valades, D. & Márquez Gómez, D. (2010). "*200 años de Administración Pública en México*". Tomo I. Base Legal y Programática. México: Instituto Nacional de Administración Pública, A.C.
- Vargas Hernández, J. (2002). "Los desafíos de la Administración Pública en América Latina. Estado, gobierno, gestión Pública". *Revista Chilena de Administración Pública*, Universidad de Chile, (1), 19-44.

INCORPORACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN COLOMBIA. ESPECIAL REFERENCIA A LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD*

INCORPORATION OF THE STATUTE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT IN COLOMBIA. SPECIAL REFERENCE TO THE CRIMES AGAINST HUMANITY

*Eduardo Julián Ramírez Uribe***

Fecha de recepción: 4 de marzo de 2015–**Fecha de aprobación:** 16 de abril de 2015.

Forma de citar este artículo en APA:

Ramírez Uribe, E. J. (enero-junio, 2015). Incorporación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Colombia. Especial referencia a los delitos de lesa humanidad. *Summa Iuris*, 3(1), 116-149.

Resumen

El presente artículo pretende contextualizar los antecedentes y problemas que se han planteado en la incorporación del Estatuto de Roma en Colombia, los cuales se abordan desde la perspectiva propia de dicha problemática, pasando por los planteamientos de carácter político y jurídico, de igual forma, haciendo una enfática referencia a los inconvenientes que plantean los delitos de lesa humanidad y sus elementos (entiéndase por elementos el Ataque, la Generalidad o Sistemática, el Político y la Población Civil) dentro del ordenamiento interno de Colombia. Seguidamente se analiza la aplicación problemática que generan los delitos de lesa humanidad en Colombia.

Palabras Clave: Estatuto de la Corte Penal Internacional, delitos de lesa humanidad, principio de complementariedad, Código Penal Colombiano.

* Este artículo es resultado del proyecto de investigación denominado: “La problemática incorporación de los delitos de Lesa Humanidad en Colombia”, que inició en el mes de septiembre de 2013 y finalizó en septiembre de 2014. Este proyecto de investigación se realizó en el marco de elaboración de la tesis para obtener el título de Magister en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, España.

** Abogado por la Universidad Santo Tomás; Especialista en Derecho Penal por la Universidad Sergio Arboleda; y Magister en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, España. Docente-investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Cartago. Correo electrónico: eduardo.ramirezu@campusucc.edu.co

Abstract

This article aims to contextualize the background and problems that have arisen in the incorporation of the Rome Statute in Colombia, which were discussed from the perspectives of this problem, through the approaches of political and legal, likewise, making an emphatic reference to the drawback crimes against humanity and its elements (read by members Attack, the Generalitat or Systematizing, the Political and Civilians) in domestic law of Colombia. Then, the problem application generating crimes against humanity in Colombia is analyzed.

Keywords: Statute of the International Criminal Court, crimes against humanity, the principle of complementarity, Colombian Penal Code.

INTRODUCCIÓN

Las razones para elegir el tema objeto de estudio nace al observar la realidad colombiana respecto de la utilización que se ha dado con las instituciones internacionales, específicamente con los delitos de lesa humanidad, que plantean una dificultad al no estar tipificados dentro del ordenamiento jurídico como tal. Así las cosas, la dificultad se ve reflejada, cuando el funcionario judicial eleva un delito común a delito de lesa humanidad, con criterios interpretativos, pero sin ningún criterio legal; de igual forma, indiscutiblemente se debe replantear la figura de bloque de constitucionalidad, por medio de la cual se ha dado paso a que se realicen esta clase de exabruptos por lo menos en materia penal.

A partir de la promulgación de la Constitución de 1991 en Colombia, se han dado grandes avances, como la creación de la Corte Constitucional, órgano supremo al que se le delegó la protección última de la Carta de Derechos; además, se dio paso a una constitución abierta, es decir, en donde las interpretaciones de las normas internas deben estar ajustadas con las disposiciones internacionales.

La mencionada Constitución, introdujo la figura francesa denominada “bloque de constitucionalidad”, figura por medio de la cual se incorporan normas en la Constitución sin que ellas se encuentren escritas en la misma; como lo ha denominado el profesor Rodrigo Uprimny, esto quiere decir que el cuerpo normativo de una Constitución no es simplemente el cuerpo escrito, sino que es algo más.

En Colombia, si bien se ha investigado sobre la materia de Derecho Penal Internacional, hasta el momento no se ha planteado la posibilidad de incorporar los delitos de lesa humanidad como están contenidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, al ordenamiento jurídico penal de Colombia, de ahí la importancia de este trabajo, máxime cuando se está otorgando un instrumento para los funcionarios judiciales, quienes en definitiva son los aplicadores de las normas jurídicas. Con este proyecto se estaría dando un paso respecto a la seguridad jurídica para la ciudadanía en general, y se lograría reivindicar la esencia de los delitos que se tipifican en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En definitiva, uno de los móviles que llevó a realizar este trabajo investigativo, es la innovación de la temática, teniendo en cuenta que es una materia que se encuentra en pleno desarrollo, en lo internacional y lo local, mostrando lo teórico, pero de otro lado reflejándolo en la práctica, cuestión favorable en un trabajo investigativo, ya que se hace más accesible y comprensible.

Para el desarrollo del presente trabajo, el método de investigación jurídica que se utilizará es el hipotético-deductivo o racionalista deductivo, porque se iniciará desde el estudio de unas premisas generales que son el Estatuto de la Corte Penal Internacional, sus antecedentes, los delitos de lesa humanidad que se establecen con sus respectivos elementos, los principios generales del Derecho Penal, los instrumentos por medio de los cuales se incorporan normas internacionales al ordenamiento jurídico colombiano; y de ahí se analizará cómo ha sido la incorporación de dicho Estatuto en Colombia, detectando los problemas que se han generado y se formulará una conciliación entre los principios internacionales plasmados en el Estatuto y los principios del Derecho Penal nacional.

En este orden de ideas, el artículo se realizará de la siguiente manera: Se analizarán los antecedentes de la incorporación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Colombia, contextualizando los problemas que se han planteado en dicha incorporación. Luego se estudiará el Derecho Internacional Penal desde una referencia histórica en el entendido que el Estatuto de Roma se convierte en una de las conquistas más importantes de la humanidad, pues anteriormente a dicha codificación solo se consideraban sujetos de Derecho Internacional los Estados y no los individuos.

Visto lo anterior es necesario mostrar que Colombia al encontrarse en un conflicto armado interno de suma complejidad, incorpora dentro de su ordenamiento jurídico el mencionado Estatuto. Dicha incorporación se realizó mediante una reforma constitucional y posteriormente con la promulgación de la Ley 742 de 2002. Se analizará lo manifestado por la Corte Constitucional en la resolución C-578 de 2002, que declara la exequibilidad de la Ley 742 de 2002. Posteriormente se planteará una serie de problemas jurídicos que conlleva la incorporación de dicho Estatuto en Colombia. En primer lugar, se reseñarán los problemas de carácter políti-

co y jurídico y para ello se estudian los debates que se dieron en el seno del Congreso de la República, en cuanto a la viabilidad de incorporar los delitos de lesa humanidad en el ordenamiento penal colombiano; como se verá dicha propuesta no llegó al final esperado.

Igualmente se mostrará la problemática que plantea la aplicación de los delitos de lesa humanidad en Colombia, teniendo en cuenta que dichos delitos no se encuentran contemplados en el Código Penal Colombiano, generando una disparidad entre el Estatuto de Roma y el Ordenamiento Interno. Para abordar este tema, se examinarán los elementos de los delitos de lesa humanidad plasmados en el artículo 7 del Estatuto de Roma y en lo desarrollado por cada uno de los tribunales internacionales *ad hoc* que se han instituido a lo largo de la historia.

1. ANTECEDENTES DE LA INCORPORACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN COLOMBIA

El Estatuto de Roma es un instrumento internacional que tiene trece años de vigencia, pero su funcionamiento no ha sido sencillo ya que depende en gran medida de la cooperación de los Estados parte (Bujosa, 2008, pp. 36-37). Hay que tener en cuenta que si bien es una institución permanente, los procesos que allí se llevan son tal vez las investigaciones más importantes en el ámbito del Derecho Penal, lo que conlleva que se planteen problemas a la hora de su incorporación dentro del Derecho Interno de los Estados parte.

En coherencia con lo anterior, a continuación se muestra brevemente el recorrido que se ha realizado para llegar a tener dicha institución, que ha sido una de las conquistas más importantes para la humanidad y para el Derecho Penal.

Al abordar el Derecho Internacional Penal, es necesario hacer una referencia histórica, máxime cuando el objeto de estudio es el Estatuto de la Corte Penal Internacional, o como también es denominado Estatuto de Roma. El Estatuto de la Corte Penal Internacional marca un antes y

un después en la historia de la humanidad, ya que anteriormente solo se consideraban sujetos del Derecho Internacional los Estados -y no los individuos- (Werle, 2011, p. 38).

Las diferencias que existían en el Derecho Internacional clásico fueron superadas de una u otra forma, como lo manifiesta el profesor Werle (p. 38) en el tratado citado, ya que ayudó a que el papel del individuo como sujeto de derecho, favoreciera el surgimiento del Derecho Penal Internacional, cuestión que no se puede interpretar como el surgimiento en potencia del Derecho Penal Internacional: es decir, si bien es relevante en la historia, no es el detonante para que la comunidad internacional viera la urgencia de crear una institución permanente que velara por la protección de los bienes jurídicos más preciados.

Los horrores de los crímenes nacionalsocialistas fueron los que hicieron que la comunidad internacional reaccionara mancomunadamente (Werle, 2011, p. 38). Es necesario recordar que al finalizar la guerra fría, bajo los atroces crímenes en la ex Yugoslavia y en Ruanda, las Naciones Unidas toman la decisión de instituir los Tribunales Penales Internacionales para estos Estados. De esta forma, se puede inferir que el Derecho Penal Internacional ha nacido como el resultado de una época de total oscuridad para la humanidad; no solo fue necesario que acaecieran estas tragedias, sino poner en sincronía los intereses políticos para poder dar bases sólidas al naciente Derecho Penal Internacional.

Este momento de total penumbra termina su ciclo dando nacimiento al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Esta nueva era es caracterizada por la creación de un tribunal que trasciende los sistemas jurídicos penales nacionales, sin pretensión de sustituirlos, sino más bien al contrario, de complementarlos, con su carácter de permanencia (Ambos & Guerrero, 1999, p. 17).

Por otra parte, con la aprobación del Estatuto de Roma convergen varias tradiciones normativas; por un lado, el Derecho Internacional de los derechos humanos y el Derecho Internacional humanitario; por otro lado, el Derecho Penal y el Derecho internacional consuetudinario; adicionalmente, el Derecho doméstico y el Derecho Penal Internacional.

De esta manera, era inapropiado implementar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ya que se debía analizar de qué forma se podía armonizar el Derecho Interno colombiano con el Derecho Penal Internacional, para disipar las diferencias existentes entre los principios internacionales y los nacionales (entiéndase, principio de legalidad, complementariedad, entre otros), para poder darle una efectiva funcionalidad al dicho Estatuto.

Así pues, la gran conquista es el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya que es el documento central del Derecho Internacional Penal, que formula los principios jurídicos que deben regir a la Corte Penal Internacional, y que, desarrolla su Derecho Procesal. En el mismo sentido, se considera un gran avance para el Derecho Penal Internacional material. Dicho texto comprende las cuatro (4) conductas más reprochables por la comunidad internacional o como también se les conoce “crímenes fundamentales”, los cuales son: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión (Werle, 2011, p. 72).

De otro lado, cada uno de los Estados que hizo posible la creación de esta institución con su voto, firma y posterior ratificación, debió emprender la tarea de incorporación dentro de sus ordenamientos internos; en este proceso Colombia no iba ser la excepción, país que en el momento en que se da todo el proceso del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Roma, se encontraba en un momento interno muy importante, ya que se estaba entablando diálogo con los guerrilleros de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) para un acuerdo de paz.

Colombia ha sido un Estado azotado por la guerra interna desde hace muchos años. La guerra colombiana ha dejado un gran dolor y pérdidas irreparables siendo esto el mayor impulso que llevó a apoyar el proyecto del Estatuto de Roma, el cual ha sido incorporado al ordenamiento legislativo colombiano, mediante una reforma constitucional. Esto ha sido necesario en razón de la normativa del mismo Estatuto, que en algunas cuestiones discrepa con las normas de carácter interno (Aponte, 2003, p. 202). De otro lado, el artículo de la Constitución colombiana que ha sido modificado es el 93, el cual rezaba en su texto original:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario mencionar que en los primeros años de vigencia de la Constitución Política de 1991, se dieron un sinnúmero de debates referentes a si los tratados prevalecen al orden interno o si deben ser instrumentos de interpretación jurídica. Lo cierto es que de una u otra forma la Carta Política ya tenía una norma que permitía la incorporación de normas tales como el Estatuto de Roma. Al tenor anteriormente referido del artículo 93 de la Carta Fundamental, se le añadió lo siguiente:

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución, tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él (Acto Legislativo 02 de 2001).

Así, se torna de interés hacer alusión a que en este proceso concurrieron todas las ramas del poder público del Estado colombiano.

Mediante el Acto Legislativo No. 02 de 2001, el Congreso de la República de Colombia reformó el artículo 93 de la Carta Fundamental. Luego se dio paso a que el mismo Órgano Legislativo, después de varias discusiones con el Gobierno Nacional, presentara la Ley No. 742 del 05 de junio de 2002, “por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”.

Finalmente, por mandato de la Constitución Política de Colombia, esta ley, debió ser revisada por la Corte Constitucional, para que se impartiera la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la misma. En sentencia No. C-578 de 2002, la Corte declaró la exequibilidad de la Ley 742 de

2002; la sentencia de la Alta Corte contiene elementos relevantes para la discusión, los cuales son tomados en cuenta para evaluar el proceso de incorporación del Estatuto de Roma al ordenamiento de Colombia. Esta sentencia intenta dar los lineamientos de interpretación, dentro de los límites que tiene el ordenamiento interno colombiano, para de esta forma no dejar libre al intérprete en relación con los alcances de su normativa (Aponte, 2003, p. 203).

Es de advertir que dándose esta incorporación al ordenamiento interno de Colombia, no se puede interpretar que la situación sea pacífica, al contrario, para una parte de la doctrina este hecho hace surgir varios problemas internos que deben ser analizados para armonizar el ordenamiento doméstico con el Derecho Penal Internacional; otra parte de la doctrina manifiesta que Colombia permite dar aplicabilidad directa a normas de carácter internacional, citando el artículo 9, 93 y 94 de la Carta Fundamental entre otros. Desde la perspectiva penal esta parte de la doctrina manifiesta que el artículo 2 del Código Penal en el cual se consigna el principio de integración, permite que se apliquen directamente las normas de carácter internacional en materia penal.

En igual sentido, se debe decir que en Colombia se ha incorporado la figura del “bloque de constitucionalidad” (Uprimny, 2005, p. 2) que originalmente proviene de Francia, que en esta materia en particular ha jugado un papel importante, desde la visión de la aplicación del Estatuto de Roma dentro del ordenamiento interno colombiano. Es importante comentar que la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha dejado claro que no se puede entender que el Estatuto de Roma en su integridad haga parte del bloque de constitucionalidad (Sentencia C- 290, 2012). Esto quiere decir, que no todo el Estatuto de Roma se considera como un parámetro para ejercer control constitucional sobre las leyes. En igual sentido, la inclusión de una disposición del Estatuto de Roma en el bloque de constitucionalidad debe pasar por estudio de la Corte Constitucional, para que sea esta la que examine el caso concreto y manifieste si la disposición estudiada en concreto hace o no parte del bloque de constitucionalidad.

De lo anterior, se puede inferir que la inseguridad jurídica es muy alta, ya que los jueces, fiscales y demás funcionarios jurisdiccionales, en la realidad no dominan esta figura tan compleja como es la del bloque de constitucionalidad, más aún con los parámetros que da la Corte Constitucional, de tener que analizar cada caso en concreto.

Hechas estas apreciaciones, se debe identificar cada uno de los problemas suscitados a raíz de la incorporación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Colombia, teniendo en cuenta que no se han tipificado concretamente dentro del ordenamiento jurídico penal colombiano los delitos de lesa humanidad, como se encuentran contemplados dentro de dicho Estatuto.

2. LA INCORPORACION DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN COLOMBIA

Aunque el Gobierno de Colombia, en su momento, celebró con beneplácito el hecho de hacer parte de los países que aprobaron el Estatuto de la Corte Penal Internacional, no se podía dejar de lado la situación de violación de derechos por la que atravesaba el país. La incorporación del Estatuto de Roma encuentra gran asidero en el conflicto armado interno que estaba consumiendo a la Nación -aunque no se admitiera un conflicto armado interno, sino que eran actos terroristas-. El Estado Social y Democrático de Derecho estaba desapareciendo por completo, era una época de completa oscuridad, no se confiaba en la institucionalidad, la justicia estaba tomada por los grupos subversivos; en esos momentos todos los días se presentaban ante los medios de comunicación muertes, masacres, pueblos en ruinas, a raíz de la guerra que se estaba padeciendo. Además, se iniciaron unos diálogos de paz que fracasaron.

Sin lugar a dudas, ha sido una época en la que hubo una gran influencia de los grupos al margen de la ley, el Gobierno despejó una porción de territorio nacional como “zona de distensión”, para dialogar y poder hacer la paz. Este territorio se convirtió en sede del comando de operaciones de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia), de manera que la política del Estado no estaba dando resultado. En esas circunstancias la única salida para reafirmar en algo la confianza de la población civil, de

las Fuerzas Armadas de Colombia, de la Justicia, etc., era apostarle a la creación de la Corte Penal Internacional, que en su momento, se vendió a la opinión pública como el instrumento internacional que iba a castigar todas las atrocidades que estaban sucediendo en el país, tanto así que el Presidente de la República les dio una voz de alerta a los subversivos por los medios de comunicación escritos (El Tiempo, 2002), manifestando que la Corte Penal Internacional podría llegar a investigar las actuaciones desplegadas por estos grupos al margen de la ley.

Después de haber manifestado la mano dura que se quería buscar con la entrada en vigencia de la Corte Penal Internacional, el Gobierno tan solo a dos días de terminar el mandato presidencial, y de que se posesionara el nuevo mandatario de los colombianos, hizo uso del artículo 124 del Estatuto de Roma, denominado "Disposición Transitoria"¹. Dicha decisión, es tomada teniendo en cuenta que la guerra que se libraba en ese momento era muy fuerte, donde el Estado de Colombia estaba perdiendo la batalla contra la guerrilla que azotaba a toda una nación. Con este panorama y en busca de no ser uno de los primeros países en ser intervenido por la Corte Penal Internacional por crímenes de guerra, se optó por utilizar dicha disposición transitoria, mediante la cual se negaba la competencia de la Corte Penal Internacional por el término de siete años, respecto de los crímenes de guerra (Art. 8 del Estatuto de Roma). Durante los siguientes siete años a la entrada en vigencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Colombia, la Corte no podría intervenir al Estado colombiano respecto de crímenes de guerra. En igual sentido debe tenerse en cuenta que la disposición consagrada en el artículo 124 del Estatuto, solo operaba para los crímenes de guerra, no para los demás delitos contenidos en el Estatuto de Roma.

De todo lo anterior, es evidente que la política nacional estaba en un momento crítico, y que la solución inmediata no era la suscripción del Estatuto de Roma. Después de evidenciar la firma del Estatuto, y de acogerlo internamente mediante Ley 742 de 2002, y de su aprobación por la Corte

¹ No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 12, un Estado, al hacerse parte en el presente Estatuto, podrá declarar que, durante un período de siete años contados a partir de la fecha en que el Estatuto entre en vigor a su respecto, no aceptará la competencia de la Corte sobre la categoría de crímenes a que se hace referencia en el artículo 8 cuando se denuncie la comisión de uno de esos crímenes por sus nacionales o en su territorio. La declaración formulada de conformidad con el presente artículo podrá ser retirada en cualquier momento. Lo dispuesto en el presente artículo será reconsiderado en la Conferencia de Revisión que se convoque de conformidad con el párrafo 1 del artículo 123.

Constitucional (Sentencia C- 578, 2002), se analizarán las repercusiones político- jurídicas, que conlleva la incorporación del Estatuto de Roma en Colombia.

2.1. PROBLEMAS DE CARÁCTER POLÍTICO Y JURÍDICO QUE PLANTEA LA INCORPORACIÓN DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN COLOMBIA

En primer lugar, se debe tener en cuenta que después de haberse tramitado todo el procedimiento de incorporación del Estatuto de Roma al ordenamiento jurídico, se debía continuar con la adaptación o recomposición de las normativas específicas que le iban a dar rodaje, es decir, se debía realizar una modificación del Código Penal colombiano, porque de no realizarse, los órganos jurisdiccionales nacionales no serían competentes para conocer sobre los crímenes contemplados en dicho Estatuto. Es de añadir que tales modificaciones hasta la fecha no se han realizado en su totalidad, ya que los delitos contra la humanidad no se encuentran incluidos dentro del ordenamiento jurídico penal nacional.

También es cierto que el Estatuto de Roma en su articulado no contiene expresamente una disposición en la cual ordene una modificación legislativa interna de cada Estado parte, pero esto sí se puede deducir de la obligación de cooperación (artículos 86 y ss.) y del principio de complementariedad (artículo 17). Estos elementos a los que se hace referencia demandan tener una coordinación entre la legislación doméstica y el Estatuto de la Corte (Ambos, 2003, p. 25). Sin lugar a duda, para modificar la legislación interna y poner a tono el Derecho Interno y la Corte Penal Internacional se hace necesaria la voluntad política. No podría ser de otra forma, tomando en cuenta que la competencia de crear y modificar leyes recae en el Congreso de la República de Colombia.

Es necesario hacer una precisión y es que mientras se adelantaban los procesos de incorporación del Estatuto de Roma, también se adelantaban dentro del país debates en el Congreso de la República para modificar el Código Penal simultáneamente. Dicho debate se dio, mediante proyecto de ley No. 20 de 1998, por medio del cual se pretendía la incorporación del Título 1º dentro del Libro segundo del Código Penal, denominado "Delitos

de Lesa Humanidad”, el cual constaría de cuatro capítulos, Desaparición forzada de personas, Genocidio, Tortura y Disposiciones comunes. En esta oportunidad se quiso ir más allá, e incorporar otras acciones que aunque no estuvieran descritas en el Estatuto de Roma como de lesa humanidad, por la realidad que vivía el país, se hacía necesario introducir.

No se puede entender este hecho como una extralimitación del legislador, ya que como manifiesta el profesor Werle: “El mensaje del Estatuto de la CPI en cuanto a las características de la legislación penal interna es que los Estados deben estar dispuestos y en condiciones de perseguir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, aplicando sus legislaciones, de forma similar a como lo haría la Corte Penal Internacional” (2011, p. 214). Esto significa que la implementación debe tener como mínimo la carta de delitos que contiene el Estatuto, más no que no se puedan introducir otras conductas que, por razones netamente internas, se haga necesario incorporar. En definitiva, en esta oportunidad se pudo ver la voluntad política de algunos legisladores, en cuanto al hecho de haber promovido la incorporación de los delitos contra la humanidad que, como se podrá ver más adelante no llegó a feliz término. En otras palabras, no se logró la incorporación de los delitos de lesa humanidad.

Como se referenció anteriormente, era un proyecto de ley, sobre el cual se dio más de una discusión, contra la incorporación de delitos de lesa humanidad. Manifestaciones de congresistas, como la siguiente, hicieron que se archivara dicha propuesta:

(...) cuando nosotros modificamos el Código Penal y decimos créase un título uno A, dentro del libro segundo del Código Penal, lo que estamos haciendo es, recoger todo ese Derecho Internacional y positivizarlo en el orden interno pero no a un nivel Constitucional sino a un nivel legal, al nivel de Código Penal, ahí viene una primera dificultad que hemos advertido en la discusión de este proyecto, lo que está a nivel de la Constitución en el bloque de constitucionalidad que integra la Constitución y los tratados va a pasar ahora a ley, yo creo que si puede pasar a la ley, pero ojo porque lo estamos pasando a la parte especial del Código Penal y entonces respecto de todo este Derecho Internacional Humanitario y lo que dicen los tratados se van aplicar los mismos principios de la parte general del Código, la tipicidad, la culpabilidad, la antijuridicidad, el tratamiento de la inimputabilidad, la punibilidad. Todos estos fenómenos de nuestro Derecho

Interno van a quedar amarrando ese Derecho Internacional Humanitario, y lo que dicen los tratadistas del Derecho Internacional, es que ese derecho no puede, estar sometido a los criterios de escuela, o de principios o de estructuras dogmáticas del Derecho Positivo interno de los Países, porque no es un Derecho de Colombia, ni de Ecuador, ni de los Estados Unidos, sino es un Derecho de toda la Humanidad, tanto así que está en los tratados que firman los múltiples Estado (Proyecto de Ley No. 20, 1998,p. 30).

Así las cosas, se puede verificar el desconocimiento que se tiene sobre la materia, y cómo esta clase de análisis hacen frustrar una iniciativa que muy probablemente mejoraría el panorama respecto de los delitos contra la humanidad -por lo menos se tendrían incorporados en el Derecho Penal nacional de Colombia-

Por otro lado, esta intervención deja dilucidar que no se tiene claro que el Derecho nacional es de carácter principal, y el Derecho Internacional es subsidiario. Es ante la negligencia o incapacidad del Estado de dar solución a una situación concreta, donde podría entrar el Derecho Internacional a suplir la falencia del Derecho nacional. En igual sentido, se debe decir que la única manera para aplicar una normativa de carácter penal, -en estricto sentido- es tipificarla dentro del ordenamiento nacional, esto es, respetando las garantías del imputado y el principio de legalidad; por esta razón, la norma no pierde su “rango constitucional”; no se puede perder de vista que todo el ordenamiento jurídico nacional debe estar en armonía con la Carta Magna.

Siguiendo esta línea, en el mismo debate que se surtía en sede de Cámara de Representantes, se afirmaba por una parte de congresistas que debían incorporarse los delitos de lesa humanidad, como una forma de cooperar en la persecución de estas conductas tan graves y reprochables por la comunidad internacional (Proyecto de Ley No. 142, 1998, p. 3).

Dentro de los argumentos manifestados en los debates de Senado y Cámara, para la no tipificación de los delitos de lesa humanidad está que los intérpretes del Estatuto han entendido que la expresión “masivo o sistemático” se refiere a la necesidad de que forme parte de una política estatal o de una organización política, pues de lo contrario no podrá ser considerado como un crimen de lesa humanidad, y dentro del mismo argumento se manifiesta:

“Tal concepción de los Crímenes de Lesa Humanidad resulta de difícil prueba en el caso colombiano y podría conducir a que solo los agentes del Estado sean considerados autores de tales conductas”(Proyecto de Ley No. 142, 1998, p. 5).

Esta cuestión por supuesto no es verídica en su totalidad. Es cierto que estos elementos que exigen los delitos de lesa humanidad deben provenir de una política estatal o de una organización política, pero estos elementos pueden hacer parte de una política de un grupo que se encuentra al margen del Estado; lo que sí se tiene en cuenta en estos casos, es que la organización del grupo o el poderío del mismo sea similar, o comparable al del Estado.

Expuesto lo anterior, no se puede interpretar que únicamente tiene que ser una política estatal, lo que sí se debe tener en cuenta es que dentro de estos delitos (Crímenes de lesa humanidad), se cobije la posibilidad que sean cometidos por agentes del Estado, pero no por esto entender que los únicos actores son los miembros del Estado; por lo mismo, las conductas pueden devenir de organizaciones sumamente poderosas que tienen una similitud organizativa a la estatal. En definitiva, este proyecto de ley no salió adelante como se tenía previsto, es decir, no se logró la tipificación de los delitos de lesa humanidad, por unas interpretaciones erróneas, que no lograron sostener un verdadero debate jurídico penal en un tema de tanta relevancia nacional.

Por otro lado, debe hacerse la salvedad que dentro del ordenamiento jurídico penal sí se tienen incorporados los delitos de genocidio (artículo 101, Título I, Delitos contra la Vida y la Integridad Personal) y crímenes de guerra (Título II, Delitos contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario). (Ley 599, 2000).

Dentro de este contexto político se debe tener en cuenta la importancia que ha depositado Colombia en los procesos de paz que se han iniciado y que no ha sido solo uno, sino más bien varios, unos con mayor efectividad que otros. Colombia siempre se ha encontrado entre la guerra y el Derecho, cuestiones que repelen entre sí y que tornan complicado llegar a un acuerdo “justo” en el cual las partes queden a gusto.

No puede perderse de vista que siempre que exista una política de Estado, en su trasfondo, existe un ámbito jurídico, que de una u otra forma es el que se encarga de legitimar dicha política. Dicho lo anterior, es evidente que para Colombia es de suma importancia (y es la política más duradera dentro de su historia) conseguir un verdadero y legítimo acuerdo de paz, el cual otorgue confianza a sus ciudadanos, a sus instituciones, a sus fuerzas militares, etc. Esto que suena con tonalidad de ilusión no es tan sencillo de conseguir, ya que detrás de todos estos proyectos debe existir una verdadera voluntad de las dos partes (Guerrilla y Gobierno), que debe traducirse en justicia, la cual en momentos ha sido el talón de Aquiles en estos procesos tan arduos. No se puede desconocer, por otro lado, que la normativa siempre será el condicionante, todo en aras de que se respeten las instituciones que han forjado y mantenido el Estado Social y Democrático de Derecho regente en Colombia.

Indiscutiblemente, desde que el Estatuto de Roma entró a regir en Colombia, este ha sido punto de controversia para los procesos que se han querido implementar en busca de la paz; la paz no se busca uniformemente, al contrario, se deben analizar todas las posibilidades para llegar a un acuerdo que tenga consistencia y efectividad. Por ejemplo, un primer intento de paz se denominó “Proyecto de alternatividad penal” que posteriormente se debió someter a modificaciones y se ha denominado “Proyecto de Verdad, Justicia y Reparación” (Aponte, 2005, p. 118). Este proyecto consiste en una propuesta formulada por el Gobierno, la cual pretendía desarmar y desmovilizar a actores violentos, bajo la condición de que estos actores se comprometieran seriamente con políticas de paz, reinserción social y de reparación a las víctimas tanto material como simbólicamente, por toda la violencia indiscriminada que han desatado dentro del país, donde, por supuesto se han vulnerado los derechos humanos de forma indiscriminada.

Por otro lado, organizaciones internacionales, en concreto la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos para Colombia, se han referido enérgicamente manifestando que un proyecto de alternatividad penal, estaría en contra del Estatuto de la Corte Penal Internacional; al respecto, afirma que “el proyecto de ley hace caso omiso de la existencia de la Corte Penal Internacional y de las obligaciones que impone a Colombia el Esta-

tuto de Roma, en lo que se refiere a la persecución penal de las conductas constitutivas de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra” (Aponte, 2005, p. 98).

Por esta misma línea se vislumbran posibles inconvenientes respecto a esta clase de proyectos alternativos, que de aplicarse presentarían inconvenientes frente al Estatuto de Roma, como lo es en materia de cosa juzgada, del principio de complementariedad, o con respecto al preámbulo del propio Estatuto en el cual se enmarca la lucha contra la impunidad, entre otros.

De otro lado, se ha manifestado que esta serie de alternativas penales, implementadas por una política estatal, irían en contra de lo preceptuado en el artículo 17 del Estatuto de Roma. Referente a esto, el profesor Ambos afirma que: “el proyecto de ley, en sí mismo considerado, pone en evidencia la falta de voluntad del Gobierno encaminada a velar por el castigo de estos delitos” (2004, p. 223). Sin lugar a dudas, este es el reflejo de cómo es incompatible jurídicamente hablando un proceso de paz en el cual no se fijen unos parámetros ajustados a un marco jurídico, en el cual se tengan en cuenta los principios que rigen al Estado desde la perspectiva constitucional y, como es natural, se vean reflejados en materia penal.

Vale decir que la lucha para conseguir la paz en Colombia no es sencilla. Por tal motivo, cada proyecto o iniciativa (entiéndase, proyecto de ley) presentada para su discusión debe ser siempre analizada detenidamente, con el fin de matizar e intentar conseguir la mejor opción, es decir, la que más se ajuste a la realidad político – jurídica que se viva en ese momento nacional. No podría pasar de forma inadvertida el hecho de que Colombia en la actualidad está en diálogos de paz con las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) en la Habana, Cuba, cuestión que tiene al país ante los ojos de organizaciones internacionales y de la misma Corte Penal Internacional.

Así las cosas, la Corte Penal Internacional ha hecho un llamado a la Corte Constitucional, ente encargado de avalar el marco jurídico para la paz, presentado por el Gobierno. Dentro de las recomendaciones que se hacen está la de aplicar una sanción jurídico penal a las personas que han

cometido graves crímenes; en igual sentido se refiere a que, llegado el caso de otorgar beneficios penales, debe tenerse como referencia medidas drásticas que comprometan a los causantes de estos crímenes atroces, indicando también la prohibición de que estos sujetos participen en la vida política. En las indicaciones dadas por la Corte Penal Internacional se vislumbró el hecho de que, de no tener en cuenta las recomendaciones presentadas, muy probablemente se activaría su jurisdicción frente a estos hechos.

Por lo anterior, es necesario que frente a estos temas se promuevan fórmulas de interpretación sobre las relaciones entre los procesos de paz y el Estatuto de Roma (Aponte, 2005, p. 150); por supuesto con el complemento de que estas interpretaciones tengan como fundamento una legislación penal acorde con los estándares internacionales. En concreto con la Corte Penal Internacional y así poder dar una respuesta efectiva desde la perspectiva jurídica a dichos actos tan reprochables socialmente.

Así pues, esta problemática en gran parte obedece a que Colombia no ha cumplido en debida forma con sus compromisos internacionales. Es de anotar, que no es necesario que en los tratados se especifiquen las cuestiones a las que se tiene que obligar el Estado firmante; de hecho, el Estatuto no obliga expresamente a ningún Estado parte a que modifique su ordenamiento interno, pero se deduce de forma positiva, que si esta institución plasmó una serie de conductas, como las más graves y reprochables por la comunidad internacional, lo indicado es acoger esas conductas e introducirlas en el ordenamiento interno. No se trata solo de transponer los tipos penales de forma indiscriminada, sino con su concepción originaria, es decir, con sus elementos esenciales, que los identifican como únicos, y que responden a situaciones específicas, por tal razón, se debe despertar de nuevo ese espíritu legislativo, en el cual se reacondicione la normatividad penal interna y se reivindiquen los principios fundantes de esta institución jurídica penal.

2.2. LA PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA LA NO INCORPORACIÓN DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DE COLOMBIA.

En primer término, se debe precisar, que en Colombia sucede algo muy característico con los delitos de lesa humanidad. Es decir, todos los poderes del Estado (entiéndase, Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial), y las ONG, entre otros estamentos, en algún momento se han pronunciado sobre los delitos contra la humanidad, hablando con voz propia y tono fuerte, sobre el tratamiento que deben recibir las personas que cometan esta clase de conductas delictuales. Pero curiosamente, estos delitos no se tienen contemplados en el Código Penal colombiano (entiéndase, como los contempla el Estatuto de Roma), ni tampoco existe una normatividad especial que recoja esta clase de conductas. Por otro lado, causa sorpresa que sí se tenga otra serie de delitos incorporados al ordenamiento jurídico penal, como ya se ha mencionado anteriormente (los crímenes de guerra y de genocidio). También con respecto a ellos, se han firmado tratados, pero, sin embargo, el legislador colombiano en estos otros casos los ha incorporado.

Se hace necesario hacer referencia a dicha categoría (Delitos de Lesa Humanidad) que, como ya se dijo, no ha sido incorporada al Derecho Interno colombiano, aunque Colombia ha firmado el Estatuto de Roma. Por ello, sería útil hacer una breve referencia respecto de la proveniencia de la categoría de crímenes contra la humanidad. Algunos autores subrogan que el primer antecedente se encuentra en la doctrina de Francisco de Vitoria (Gil, 1999, p. 106), aunque hay que advertir que esta primera concepción es desde una perspectiva filosófica; posteriormente, se encuentran las primeras referencias normativas en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de *Nüremberg* y más adelante en la Ley del Consejo de Control No. 10. Esta, diferente a la primera, en el sentido de que no había necesidad de una relación entre delitos de lesa humanidad y conflicto armado, lo cual permitió que se produjeran más judicializaciones respecto de alemanes civiles que cometieron delitos atroces contra la población judía y discapacitada (Forer & López, 2010, pp. 12-13).

Tiempo después se crearon los Tribunales *ad hoc* para Yugoslavia y Ruanda, por las respectivas resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; manifiestan Forer y López que simultáneamente a la creación de estos tribunales, se inician los estudios para la creación de una Corte Penal Internacional (2010, p. 13).

Posteriormente se conformaron otra serie de tribunales debido a otras confrontaciones bélicas que se han dado en diferentes lugares del mundo, a las cuales no es necesario referirnos en este momento, pero en ellos también se han realizado aportes para la unificación de criterios respecto de los delitos contra la humanidad.

Hecha esta breve referencia, se estudiará la problemática que presenta específicamente la categoría de los crímenes de lesa humanidad dentro del marco jurídico penal interno de Colombia. El profesor Aponte afirma lo siguiente:

Es necesario aclarar que la estructura del Código Penal es diversa de la estructura del Estatuto de Roma. No existen delitos en la legislación penal ubicados bajo la denominación de delitos de lesa humanidad. Existe, no obstante, conductas que pueden ser ubicadas en el contexto general de núcleo duro de derechos humanos. Con base en diversas normas del Código Penal, se puede establecer que dicho núcleo está conformado por *el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura*. Desde aquí se puede hacer un balance y una comparación en relación con aquellos crímenes que son consagrados en el Estatuto como crímenes contra la humanidad (2003, p. 211).

Siguiendo por esta línea de trabajo, el profesor Aponte también manifiesta:

Debe aclararse, además, que los delitos que se reseñan a continuación (Desaparición forzada, Tortura, Desplazamiento forzado y Apartheid), hacen parte de acciones individuales y, por esta razón, en ellos no se configura el denominado “elemento contextual”. Es decir, no están condicionados al hecho de que se cometan “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”, tal como lo establece el artículo 7 del Estatuto de Roma (2003, p. 212). (Entre paréntesis, fuera de texto).

Teniendo en cuenta los párrafos precedentes, se puede mostrar la disparidad que se tiene respecto de los delitos de lesa humanidad consagrados en el Estatuto de Roma, y los delitos que se consignan en el ordenamiento interno colombiano. Por tal motivo, es pertinente abordar el contenido del artículo 7 del Estatuto, y hacer una referencia a cada uno de sus elementos, que en definitiva son los que hacen única esta categoría delictual.

2.2.1. Elementos de los delitos de lesa humanidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En primera medida, se debe precisar que los delitos contra la humanidad se encuentran plasmados en el artículo 7 del Estatuto de Roma, el cual manifiesta en su descripción típica: “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”. Teniendo en cuenta la definición de esta categoría, es necesario hacer la siguiente precisión, los elementos de ataque, sistematicidad o generalidad, como también a quién va dirigida (población civil), son elementos característicos e inmutables de estos delitos, en otras palabras, son el plus (Fernández, 2010, p. 128), la marca diferenciadora, respecto de los delitos comunes.

De este modo, es imprescindible abordar los elementos anteriormente mencionados, los cuales marcan una brecha fundamental a la hora de conformarse una conducta de las referidas en el artículo 7 del Estatuto; más aún cuando estos elementos han sido desarrollados por cada uno de los tribunales internacionales *ad hoc* que se han instituido a lo largo de la historia de la humanidad.

2.2.1.1. El ataque

Referente al ataque se puede manifestar lo siguiente: no se debe entender solamente como el ejercido militarmente, sino que también puede comprender malos tratos infringidos a personas que no participan directamente en las hostilidades, siempre y cuando estén dirigidos a la población civil. En esta misma dirección, el profesor Wolffhügel, manifiesta que

el ataque, se configura a partir de dos elementos de índole acumulativa, de un lado, la múltiple comisión de actos y, de otro lado, que los mismos se realicen bajo la política de un Estado o de una organización. Sobre la primera, se debe tratar de algo más que simples incidentes aislados y, sobre el segundo, la política no requiere ser formalizada en la medida en que la planeación y organización del ataque pueden corroborar la presencia del mismo (2012, p. 411).

Es indiscutible no ver la importancia de este elemento, propio de los delitos contra la humanidad, y se debe anotar que el elemento ataque por sí solo no sería característico de estos delitos, se debe tener la perspectiva global, en la cual se deben tener en cuenta los otros dos elementos. Valga aclarar que los elementos que se verán a continuación son alternativos, es decir, no se tienen que concretar simultáneamente, de tal forma solo es necesario que se manifieste uno de ellos: la sistematicidad del ataque o la generalidad.

2.2.1.2. Generalidad o sistematicidad.

Este aspecto ha suscitado debate en relación a las circunstancias de la adopción de decisiones respecto de estos elementos, en el momento en que se negociaba el Estatuto de Roma. Se manifestó desde un comienzo que estos elementos debían constar descritos dentro del tipo penal, lo que abrió la discusión sobre si debían exigirse de forma alternativa o cumulativa. Una parte quería que fuera de forma alternativa, y como es lógico la otra parte manifestaba que debía ser cumulativa; al final, se inclinaron por que la exigencia fuera alternativa (Werle, 2011, p. 476).

Por otro lado, el carácter generalizado es un elemento cuantitativo que se determina principalmente a partir de la cantidad de víctimas. Igualmente, este elemento se puede derivar de la extensión sobre un ámbito geográfico amplio – aunque no es indispensable para que se constituya este requisito-. El ataque generalizado puede incluso consistir en una sola acción cuando esta tiene como víctimas a un gran número de personas civiles (Werle, 2011, p. 477). De otro lado, es este el elemento que dife-

rencia esta clase de crímenes de aquellos que se cometen aisladamente o al azar, por lo tanto, es definitorio para determinar la competencia de la Corte Penal Internacional (Fernández, 2010, p. 130).

La sistematicidad es el aspecto cualitativo del delito de lesa humanidad, lo que implica la existencia de una organización, de una política, plan o línea de conducta, dirigida por el Estado o por una organización, cuyo propósito sea promover o incentivar la comisión masiva de los actos que se encuentran plasmados en el artículo 7 del Estatuto de Roma.

Teniendo en cuenta lo referido, se hace necesario tocar otros elementos, como son el político y la población civil, que son esenciales para la comprensión de los delitos contra la humanidad. La explicación de estos elementos es fundamental, para poder significar más adelante la importancia que tiene que los Estados parte introduzcan estos delitos dentro del ordenamiento jurídico penal doméstico, y en concreto el colombiano. Por lo mismo, dar a conductas tan graves a nivel internacional el tratamiento de delitos comunes (conductas individuales tipificados en Colombia), supone dejarlas al albur de las decisiones del operador judicial, que en el caso concreto aplique el estatus de delito de lesa humanidad, sin que cumplan con los elementos que aquí se han explicado. De ahí la importancia de reflejar en la normativa penal los elementos que se están estudiando.

2.2.1.3. Elemento político

El elemento político debe ser interpretado en un sentido amplio, es decir, como una comisión planeada, dirigida u organizada, en oposición a los actos de violencias individuales y aisladas. No se debe interpretar este elemento como una determinación programática formal (Werle, 2011, p. 481).

Por otro lado, la exigencia que se pide de este elemento no debe ser ni expresa ni declarada de forma clara y precisa. No es exigible que las disposiciones sean decididas al más alto nivel. Es de anotar que este elemento político se debe interpretar dentro de los elementos de sistematicidad

o generalidad, no de forma aislada, porque el elemento político por sí solo no podría configurar un elemento completo que sea determinante para la calificación de los crímenes de lesa humanidad.

Hecha esta salvedad, y dejando claro que se deben analizar como unos elementos que hacen una sinergia entre sí, se debe entender que los delitos contra la humanidad exigen en su artículo 7.2 literal a) del Estatuto, que el ataque que se dé “contra la población civil”, sea de conformidad a una política de un *Estado* o de una *organización*”.

El profesor Werle, manifiesta en su obra lo siguiente de forma textual: “La política del Estado o de la organización puede consistir en la adopción de una función directiva en la comisión del crimen o en un apoyo activo del hecho global o incluso en su tolerancia” y afirma también: “el espíritu de la norma hace necesario incluir la tolerancia: precisamente el –mirar a otro lado- por parte del Estado, la negación de medidas de protección para la población o la no persecución de los autores pueden ser medios efectivos de una política de terror y de exterminio” (2011, p. 483).

De esta forma, se aborda la perspectiva que se debe tener del elemento político, el cual tiene la dualidad de operar tanto por acción, como por omisión. En igual sentido se avizora la importancia que este tiene respecto de los demás elementos esenciales para la configuración de estos delitos contra la humanidad.

2.2.1.4. *La población civil como objeto del ataque*

Por último, es necesario hacer referencia a qué se entiende por “población civil”, elemento este que ha propiciado muchos debates en el Derecho Penal Internacional, más aún cuando se habla de delitos contra la humanidad.

Dicho elemento es fundamental, porque es allí donde se concreta y se pueden ver reflejados en conjunto todos los requisitos exigidos para la realización material de una conducta de esta magnitud. En otras palabras, de nada sirve tener una circunstancia en la cual interactúe un ataque sistemático o generalizado, si en el mismo no se cuenta con el sujeto pa-

sivo, que en este caso es la “población civil”. En síntesis, simplemente no habría delito de lesa humanidad; no se puede negar que es un elemento de difícil delimitación, por lo mismo existen autores tan importantes en la materia como el profesor Ambos, que en su artículo “Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional” afirma lo siguiente:

He argumentado en otra parte que este elemento debe ser eliminado del art. 7, ya que no se puede conciliar con una definición esencialmente humanitaria de los CLH (Crímenes de Lesa Humanidad), defendida en este artículo, es decir, para proteger la humanidad y lo humano y, por lo tanto, los derechos humanos fundamentales de todas las personas contra violaciones sistemáticas y generalizadas. El tribunal reconoció este problema con anterioridad en *Kupreskic et al.* cuando confirmó: “uno no ve por qué solo los civiles y no también los combatientes deben ser protegidos por estas normas (en particular por la norma que prohíbe la persecución), teniendo en cuenta que puede considerarse que estas reglas poseen un alcance y propósito humanitario más amplio que aquellas que prohíben los crímenes de guerra” (2012, pp. 11-12).

Por otro lado, con todos los inconvenientes que presenta dicha figura, existe parte de la doctrina que manifiesta que, “no debe entenderse en el sentido de requerirse que aquel (población civil) apunte a todos los habitantes de un estado o de un territorio determinado. Por el contrario, el término “población civil” guarda sobre todo un vínculo con el carácter masivo o sistemático del ataque, en el sentido de excluir los actos aislados, es decir, ayuda a entender que se está ante un acto de carácter colectivo, diferente entonces a un delito sometido al Derecho Penal interno del Estado o a un crimen de guerra que haya sido cometido de manera aislada” (Ramelli, 2011, p. 290).

Así pues, debe de tenerse en cuenta que estos delitos se pueden cometer tanto en épocas de guerra como de paz, en otras palabras, su ejecución no se encuentra sometida a un estado especial -guerra- para que se configure un delito de lesa humanidad.

2.2.2. La aplicación de los delitos de lesa humanidad como crimen internacional en ausencia de un tipo penal específico en Colombia

Teniendo en cuenta la exposición antecedente en la cual se hace un desglose de cada uno de los elementos constitutivos de los delitos de lesa humanidad; se hace necesaria e inminente la configuración interna en Colombia respecto de esta categoría delictual.

En este punto del texto, se puede ver que Colombia se encuentra atrasada respecto de la tipificación interna de los delitos de lesa humanidad, y no solo eso, sino que está incumpliendo con el compromiso que adquirió en el momento que firmó y ratificó el Estatuto de Roma, ya que, al momento de esta firma, el Estado colombiano se comprometió a la persecución de dichos crímenes, ¿pero, como hacerlo sin incorporarlos al Derecho Interno?

Pues bien, en Colombia respecto de estos delitos, se tiene una evidente laguna. Lo más grave es que los afectados directamente son los fiscales, jueces y los posibles investigados; ya que al no tenerse debidamente zanjado el tema, los fiscales, jueces o como también se denominan operadores judiciales, frente a un caso concreto no saben qué camino deben tomar. La primera opción que tienen es investigar y juzgar los delitos de lesa humanidad, con los tipos del Derecho Penal clásico (son los que se tienen tipificados en el código penal colombiano, mencionados anteriormente), lo que llevaría a olvidar que los delitos clásicos fueron concebidos para castigar actuaciones completamente diferentes a los delitos internacionales. Es decir, la estructura de los delitos clásicos o también llamados comunes, está pensada para la persecución de conductas aisladas, hechos individuales; no para la persecución de conductas que de suyo contienen elementos esenciales como los explicados en el epígrafe antecedente.

De otro lado, la segunda opción que tendrían los funcionarios judiciales, sería aplicar de forma directa los delitos de lesa humanidad contemplados en el Estatuto de Roma, lo que llevaría al desconocimiento por parte del Estado colombiano del principio de legalidad consagrado en la Carta Política y en el Código Penal (Fernández, 2011, p. 27).

Debe advertirse que esta segunda opción fue desarrollada por la Corte Suprema de Justicia Sala de lo Penal, en una sentencia del año 2009, mediante la cual manifiesta que el hecho de no tener una norma específica que reconozca los delitos de lesa humanidad, no impide su reconocimiento en el ámbito nacional, ya que por bloque de constitucionalidad se debe dar aplicación directa a estas conductas. De esta forma la Corte Suprema de Justicia, insta a los funcionarios judiciales a que se remitan al art. 7 del Estatuto de Roma, para que se fije su contexto, y concordarlo con los delitos tipificados en el orden nacional (Fernández, 2011, p. 28).

La Corte Suprema de Justicia con el llamado que hace a los operadores judiciales a la aplicación directa del artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, lo que quiere reflejar es que el Estado colombiano propugna por una verdadera lucha contra la impunidad, sin importar que no se respeten los principios fundamentales del Derecho Penal interno, fundantes del modelo del Estado Social y Democrático de Derecho.

Dicha aplicación directa (del artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional), lo sustenta la Corte Suprema en el hecho de que Colombia ha firmado otros tratados internacionales como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención contra la Tortura y Otro Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, las Convenciones de Ginebra, entre otros. Pero, lo que no tiene en cuenta la Corte es que a diferencia de los delitos de lesa humanidad (como se encuentran tipificados en el Estatuto de Roma), estos tratados han tenido un desarrollo interno en Colombia, es decir, el delitos de genocidio se encuentran tipificados en el Derecho Penal interno, igualmente el delito de desaparición forzada de personas, y los delitos con el DIH; sin embargo, como se decía, los delitos de lesa humanidad no están desarrollados dentro del ordenamiento penal colombiano.

Por tal motivo, no se encuentra razonable que la Corte Suprema utilice como sustento de su argumentación los tratados que se han firmado por parte de Colombia, con el fin de instar a los funcionarios judiciales a que den aplicación directa a los delitos de lesa humanidad según la configuración del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Es de tener en cuenta que la peculiaridad de los delitos de lesa humanidad son los elementos especiales exigidos (mencionados anteriormente), los cuales no hacen parte de la construcción típica de los delitos comunes que contempla el ordenamiento doméstico colombiano. Por tal razón, es en este punto donde se encuentra el quiebre a la inaplicabilidad de los delitos comunes con estatus de delitos internacionales (entiéndase delitos de lesa humanidad).

Es por esta razón, y no por otra, que se considera que al no tener tipificados internamente los delitos de lesa humanidad junto con sus elementos, se vulneran flagrantemente los principios y derechos fundamentales de los conciudadanos y, se resquebraja por completo el modelo de Estado. De esta forma, se puede ver reflejado el panorama que se vive en Colombia respecto de los delitos de lesa humanidad.

Debe decirse que estas interpretaciones vulneran los principios clásicos del Derecho Penal, (principio de legalidad, principio de proporcionalidad, principio de seguridad jurídica, entre otros) y, sin lugar a dudas, cercenan los derechos de los investigados. La Corte Suprema de Justicia Sala de lo Penal ha olvidado que el bloque de constitucionalidad cumple la función de ser parámetro para ejercer control constitucional, mas no para ser utilizado como fuente directa de imputación de conductas inexistentes dentro del ordenamiento penal doméstico (Fernández, 2011, p. 29).

Siguiendo este derrotero, el profesor Ambos manifiesta que se debe implementar el Estatuto de la Corte Penal Internacional en las legislaciones nacionales, por lo cual plantea lo siguiente:

El principio de complementariedad presupone que el Estado donde se comete un crimen internacional tiene la *capacidad y la voluntad o disposición de perseguirlo penalmente y castigar a los responsables*. Mientras la voluntad puede ser considerada una mera cuestión de política criminal o judicial, la capacidad a su vez requiere una normatividad adecuada para poder perseguir el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de gue-

rra en el sentido de los artículos 5 a 8 del Estatuto. Por ello, si un Estado no dispone de estos crímenes en su legislación nacional –caso que aplica de una u otra manera a todos los Estados del mundo–, está obligado de facto a adaptar su legislación nacional al Estatuto; de lo contrario, la CPI puede asumir la jurisdicción en el caso concreto.

La cuestión se vuelve más compleja si se toma en cuenta la relación entre crímenes internacionales y ordinarios nacionales. Si bien los actos individuales que forman parte de los crímenes de lesa humanidad o de los crímenes de guerra se encuentran reglados en la legislación nacional –por ejemplo, el asesinato, la lesión, etc.–, *no contienen el elemento internacional que los convierta en crímenes internacionales; es decir, en caso de crímenes de lesa humanidad, la comisión sistemática o múltiple y, en caso de crímenes de guerra, la existencia de un conflicto armado como requisito mínimo*. Como resultado, se puede decir que el principio de complementariedad implica una obligación de facto de implementación (2003, pp. 25-26).

Cuando se hace referencia al principio de complementariedad (art. 17 Estatuto de Roma, citado anteriormente), es partiendo de la base de que existe algo principal, es decir, en el caso concreto de Colombia sería contar con los delitos de lesa humanidad dentro del ordenamiento nacional. Si se cuenta con esta premisa, se entiende que el principio de complementariedad sería un factor de segundo orden. Es así, que su activación se determina por la falta de capacidad del Estado en la persecución de dichas conductas. En otras palabras, este principio fue concebido principalmente para que su funcionalidad sea de carácter subsidiario, no para los supuestos en que el Estado parte tiene una construcción sólida para la persecución de los delitos que establece el Estatuto. En el caso de Colombia, como ya se ha explicado reiteradamente, no es posible interpretar que se tiene dicho factor principal, por cuanto, que el principio de complementariedad, en realidad no estaría en un segundo estadio, sino por el contrario, sería el principal fundamento para la intervención de la Corte Penal Internacional al Estado de Colombia por no cumplir con su compromiso internacional de persecución de los delitos consagrados dentro del Estatuto de Roma.

En igual sentido, hay que tener en cuenta, que estas decisiones político-criminales, dejan ver la voluntad de los Estados. Así las cosas, no se puede permitir que no se tomen decisiones de fondo respecto de la materia, aunque con ello no se pretende defender que la forma de imple-

mentación tenga que ser la reproducción literal del Estatuto de Roma respecto a crímenes contra la humanidad. Considerar que es la ideal y la que promueve el mismo Estatuto-, no quiere decir que sea la única alternativa.

Por otro lado, no se puede perder de vista que Colombia es un país de tradición jurídica occidental o de *Civil Law*, es decir, nuestro Derecho es un Derecho positivado, más no de tendencia consuetudinaria o *Common Law*. Es importante mencionar este aspecto, toda vez que dicho elemento hace parte fundamental de la estructura jurídica de Colombia. Se confirma de esta manera, que se hace necesario incorporar los delitos de lesa humanidad al ordenamiento nacional, y por el contrario dejar de intentar la aplicación directa del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En consecuencia, son varios los aspectos que se deben evaluar y solucionar en esta materia. No se puede tolerar continuamente que la vulneración de garantías se siga expandiendo como una plaga a causa de interpretaciones exacerbadas.

No obstante con lo anterior, otra de las grandes preocupaciones que se tiene respecto de los delitos de lesa humanidad es la interpretación confusa que pueda llegar a realizar la Corte Suprema de Justicia (Sala de lo Penal), máximo tribunal en lo penal en Colombia, ya que dicha institución acoge los parámetros constitucionales para esta materia, es decir, echa mano del bloque de constitucionalidad para dar solución a las conductas que en su entender son delitos contra la humanidad.

CONCLUSIONES

1. El Estatuto de Roma, es un instrumento internacional que tiene once años de vigencia, pero su funcionamiento no ha sido sencillo ya que depende en gran medida de la cooperación de los Estados parte. Con la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional convergen varias tradiciones normativas, el Derecho Internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, por otro lado, el Derecho Penal y el Derecho Internacional consuetudinario; adicionalmente el Derecho doméstico y el Derecho Penal Internacional.

2. En Colombia se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad de tradición francesa, la cual juega un papel importante, ya que es por medio de dicha figura que se da aplicación al Estatuto de Roma dentro del ordenamiento colombiano.

Se debe tener en cuenta que la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha dejado claro que no se puede entender que todo el Estatuto de Roma hace parte del bloque de constitucionalidad, lo que quiere decir, que para que una disposición haga parte del bloque de constitucionalidad debe ser estudiada y aprobada una por una por la Corte Constitucional, aspecto que hace compleja la aplicación y dominio de los jueces, fiscales, etc., de la figura foránea, generando una elevada inseguridad jurídica.

3. Dentro del proceso de incorporación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, respecto de los delitos de lesa humanidad se presentaron problemas de carácter político y jurídico, los cuales llevaron a erradas interpretaciones por parte de los legisladores, lo que dejó como resultado, el frustrado intento de incorporar los delitos de lesa humanidad al ordenamiento penal nacional, por vía legislativa.
4. Es necesario que frente a las fórmulas de interpretación sobre las relaciones entre los procesos de paz y el Estatuto de la Corte Penal Internacional se cuente con un fundamento en la legislación penal acorde con los estándares internacionales. Así pues, el Estado colombiano no ha cumplido en debida forma con sus compromisos internacionales y lo que debe hacer es acoger las conductas establecidas en el Estatuto de la Corte Penal Internacional e introducirlas en el ordenamiento interno, con sus elementos esenciales, que los identifican como únicos, y que responden a situaciones específicas.
5. En el ordenamiento jurídico de Colombia no se encuentran tipificados los delitos de lesa humanidad en la forma como se contemplan en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, ni tampoco existe una normativa especial que recoja esta clase de conductas y lo que se ha realizado es una interpretación por vía de bloque de constitucionalidad. Así, los operadores jurídicos al no tener tipificados los delitos de lesa humanidad en el ordenamiento jurídico penal, lo primero que hacen es investigar y juzgar estas conductas con los tipos del

Derecho Penal clásico lo que lleva a olvidar que estos tipos fueron concebidos para castigar actuaciones distintas de los delitos de carácter internacional. La segunda forma como se realiza es mediante la aplicación directa de los delitos de lesa humanidad contemplados en el Estatuto de la Corte Penal Internacional por vía de bloque de constitucionalidad y esto conlleva la vulneración del principio de legalidad consagrado en la Constitución Nacional y en el Código Penal.

REFERENCIAS

- Ambos, K. & Guerrero, O. (1999). *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. 1° edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ambos, K. (2003). "Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional" en Ambos, K. & Malarino, E. (Eds). *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*. Uruguay: Konrad-Adenauer- Stiftung A.C.
- Ambos, K. (2004). "Impunidad, Corte Penal Internacional y Colombia", en Fundación País Libre/Fundación Konrad Adenauer (Eds). *Corte Penal Internacional. Instrumento de paz para Colombia*. Bogotá: Konrad – Adenauer.
- Aponte, A. (2003). "Colombia", en Ambos, K. & Malarino, E. (Eds). *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*. Uruguay: Konrad – Adenauer – Stiftung A.C.
- Aponte, A. (2005). "Estatuto de Roma y Proceso de Paz: reflexiones alrededor del "proyecto de alternatividad penal" en el caso colombiano", en Ambos, K.; Woischnik, J. & Malarino, E. (Eds). *Temas actuales del Derecho Penal Internacional. contribuciones de américa latina, Alemania y España*. Uruguay: Konrad – Adenauer – Stiftung E.V.

- Bujosa Vadell, L. (2008). *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*. Barcelona: Atelier.
- Fernández Mejía, D. (2010). "El Crimen de Lesa Humanidad y la Ausencia de Consagración en la ley penal colombiana" en Bustamante Arango, D. (Compiladora). *Problemas contemporáneos del Derecho*. Cali: Universidad San Buenaventura.
- Fernández Mejía, D. (2011). "Atipicidad de los crímenes de Lesa Humanidad, una revisión del caso colombiano", en *Opinión Jurídica*, 20, 24-45.
- Forer, A. & López, C. (2010). *Acerca de los Crímenes de Lesa Humanidad y su aplicación en Colombia*. Bogotá: GTZ, Embajada de la República Federal de Alemania, Alvi Impresores LTDA.
- Gil Gil, A. (1999). *Derecho Penal Internacional*. Madrid: Tecnos S.A.
- Ramelli Arteaga, A. (2011). *Jurisprudencia Penal Internacional aplicable en Colombia*. Bogotá: Uniandes.
- República de Colombia. Acto Legislativo 02 (2001), por medio del cual se adiciona el artículo 93 de la Constitución de Colombia.
- República de Colombia. Ley 599 (2000). Código Penal de Colombia.
- República de Colombia. Constitución Política de 1991. (2013). Bogotá: Leyer.
- República de Colombia. Ley 742. (2002). "Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)".
- República de Colombia. Senado de la República, Gaceta del Congreso No. 185, Proyecto de Ley No. 20 (1998).

República de Colombia. Cámara de Representantes. Gaceta del Congreso No. 37, Proyecto de Ley No. 142 (1998).

Uprimny, R. (2005). *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Werle, G. (2011). *Tratado de Derecho Penal Internacional*. 2° edición. Valencia: Tirant lo Blanch.

Wolffhügel, C. (2012). "El elemento Contextual del Crimen de Lesa Humanidad: una visión en el marco de las decisiones de la Corte Penal Internacional", en Boeglin, N.; Hoffmann, J. & Sainz-Borgo, J. (Eds). *La Corte Penal Internacional: una perspectiva latinoamericana*. San José de Costa Rica: Universidad por la Paz.

SENTENCIAS

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C- 578 de 2002.
M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

República de Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C- 290 de 2012.
MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

SITIOS WEB

Ambos, K. (2012). "Crímenes de Lesa Humanidad y la Corte Penal Internacional", en *Revista General de Derecho Penal*, 17, (pp. 1-30). Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20120808_02.pdf.

Periódico El tiempo, 6 de junio de 2002, Bogotá. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1383056>.

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES EN EL MARCO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA, DESDE EL AÑO 2006 EN COLOMBIA*

SYSTEM OF CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR ADOLESCENTS IN THE CONTEXT OF RESTORATIVE JUSTICE, SINCE 2006 IN COLOMBIA

*Santiago Caro Cuartas***

Fecha de recepción: 23 de marzo de 2015–**Fecha de aprobación:** 09 de abril de 2015.

Forma de citar este artículo en APA:
Caro Cuartas, S. (enero-junio, 2015). Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en el marco de la Justicia Restaurativa, desde el año 2006 en Colombia. *Summa Iuris*, 3(1), 150-183.

Resumen

El sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia a partir de la expedición de la Ley 1098 de 2006, es un modelo de justicia penal juvenil de protección integral, cuya finalidad procesal y sancionatoria es de carácter pedagógico, específico y diferenciado; y que garantiza la aplicabilidad de la justicia restaurativa en lo que respecta a la reparación del daño a la víctima, la conciencia cognitiva por parte del adolescente victimario del daño ocasionado y la reintegración a la vida en comunidad que deben tener tanto víctima como victimario. Por ende es que la justicia restaurativa justifica este modelo de responsabilidad penal juvenil garantista, complementando la estructura del proceso penal diferenciado que rige a los adultos, junto con la aplicabilidad de carácter restaurativo de la sanción judicial y la medida administrativa de restablecimiento de derechos. La metodología utilizada corresponde a un rastreo bibliográfico en centros bibliotecarios, al igual que en páginas web gubernamentales y no gubernamentales con respecto al tema. Todo esto permite inferir la justicia restaurativa como un instituto constitucional y procesal, manifestado a través del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes de la Ley 1098 de 2006 y del procedimiento penal de la Ley 906 de 2004.

* Artículo producto de investigación realizado en el marco de la Especialización en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, finalizado el 20 de Marzo de 2015.

** Abogado egresado en pregrado de la Universidad de Medellín & Especialista en Derecho Procesal de la Universidad de Antioquia, abogado litigante & abogado ex-contratista del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, Regional Antioquia en el Centro Especializado de Servicios Judiciales para Adolescentes (CESPA) de Medellín. Correo electrónico: santy187@yahoo.es

Palabras clave: Delincuencia juvenil, Justicia restaurativa, Victimología, Proceso penal diferenciado, Principio de oportunidad.

Abstract

The system of criminal responsibility for adolescents in Colombia from the 1098 law of 2006 expedition, is a model of juvenile criminal justice of integral protection, whose litigation and punitive purpose is educational, specific and differentiated; ensuring the applicability of restorative justice with respect to the repair of the damage to the victim, the cognitive awareness among adolescent perpetrator of the damage caused and the reintegration into community life that must be both victim as victimizer. Thus it is that the restorative justice model of criminal responsibility justifies this youth guarantees, complementing the structure of differential prosecution governing adults, along with the applicability of a restorative nature of judicial sanction and the administrative measure of restoration of rights. The methodology used is a bibliographic tracking centers librarians, as well as in governmental and non-governmental web pages on the subject. All of which can be inferred to restorative justice as an Institute constitutional and procedural, expressed through the system of criminal responsibility for adolescents of the 1098 law of 2006 and of the criminal procedure 906 law of 2004.

Keywords: Juvenile delinquency, restorative justice, victimology, criminal process differential principle of opportunity.

INTRODUCCIÓN

En la contemporaneidad el adolescente infractor de la ley penal, no es tan solo un sujeto pasivo de derecho relativamente incapaz, que debe responder por la comisión de un delito, concepción asimilada desde el Decreto 2737 de 1989 y las respectivas legislaciones precedentes de los años 1920, 1938, 1946 y 1964; tendencia dogmático procesal que se aplicó bajo el influjo clásico retributivo del derecho penal y de la tutela judicial restrictiva, hacía los menores de edad.

Los adolescentes en el Sistema de Responsabilidad Penal de la Ley 1098 de 2006, son sujetos de derecho que asumen responsablemente el ejercicio de sus propios derechos; con respecto a ello la finalidad del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA), no obedece a un castigo retributivo estatal al menor de edad delincuente, sino que busca resolver el conflicto que ocasionó el delito cometido por el adolescente, propendiendo por la reintegración del adolescente a la vida en comunidad y la reparación que este le debe brindar a la víctima, coadyuvando así al restablecimiento de las relaciones sociales, dentro del marco de la legalidad y la convivencia ciudadana.

La metodología usada para el estudio bibliográfico, consistió en realizar una revisión literaria en bibliotecas universitarias, extrayendo información principalmente de libros y revistas jurídicas especializadas; así mismo, se indagó en librerías jurídicas sobre textos jurídicos vigentes sobre el tema. Durante la revisión literaria en los centros documentales universitarios, se encontraron pocos trabajos de grado relacionados con la temática, los cuales poseen un nivel académico de pregrado y uno de nivel en especialización. Igualmente, se ha acudido a consultar en la Internet, pero con un sentido demasiado estricto de las fuentes electrónicas consultadas, en el sentido de consultar páginas preferiblemente de Instituciones gubernamentales y no gubernamentales; incluso navegando por la web se pudo encontrar un texto relacionado con el tema, el cual poseía todos los datos básicos de referencia. Así se concluyó la metodología usada para el estudio bibliográfico.

Este artículo no propende por un entendimiento del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, desde un ámbito jurídico retributivo tradicionalista, contrario sensu, lo que se propugna con el mismo, es encaminar su comprensión, como una de las innovaciones procesales pioneras que desarrollan la justicia restaurativa; entendiéndose dicho instituto procesal como la búsqueda de la restauración del daño social causado por el delito, implementando un proceso de reparación y conciliación entre la víctima y el victimario, optando preferentemente por el acercamiento directo entre las partes, emulando con ello la filosofía de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, dimitiendo del modelo jurisdiccional tradicional de corte heterocomponedor y coercitivo; tal como lo señala la autora en su texto (Britto, 2010, p.14).

El artículo temáticamente abarcará breve y sucintamente, los antecedentes procedimentales de la responsabilidad penal para adolescentes, Se hace una breve mención a: los postulados dogmáticos y filosóficos preliminares, al procedimiento aplicado en el marco de un sistema penal de menores tutelar o de la situación irregular, al modelo de justicia penal de menores educativo y a la adopción en Colombia del sistema jurídico penal juvenil de responsabilidad, protección integral o garantista. En una segunda fase, se describirá la justicia restaurativa como fundamento del modelo de responsabilidad penal para adolescentes y también se expondrá la finalidad del SRPA en el marco de la justicia restaurativa, a renglón seguido se hará una breve alusión al papel determinante de las víctimas en dicho sistema. Por último, se hará referencia a la estructura de los procedimientos penales especializados y diferenciados con respecto a los mayores de edad, aplicables al adolescente infractor en razón del modelo jurídico de la justicia restaurativa, desde el ámbito del procedimiento judicial como resultado de haber sido sancionado penalmente y desde el ámbito del procedimiento administrativo, como consecuencia de haber sido dejado en libertad dentro de las 36 horas siguientes a su aprehensión.

1. ANTECEDENTES PROCEDIMENTALES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES

Lo que se expondrá a lo largo de la primera parte no pretende hacer un recorrido meramente histórico sobre la temática; el propósito hacia el cual aluden estas reseñas del pasado, es exponer los presupuestos jurídico dogmáticos, que dieron origen a los modelos de justicia penal juvenil, dentro del espectro jurídico occidental y cómo aún el modelo de justicia penal juvenil garantista sigue influenciando algunas de aquellas desuetas concepciones jurídicas.

1.1 POSTULADOS DOGMÁTICOS Y FILOSÓFICOS PRELIMINARES

Antes del siglo XVIII y durante el trascurso de la historia de la civilización humana, nunca existió el patrón cultural ni jurídico de la minoría de edad. Cuando dicho estándar se implanta socioculturalmente a comienzos del siglo XIX, en la naciente República de Colombia surge la noción de inimputabilidad para los infantes menores de siete años y para mediados del siglo XIX las tesis del discernimiento (imputabilidad), para los mayores de siete años y menores de 17 años de edad, propias de las concepciones retributivas o absolutas de las penas, contenidas en el Código Penal de 1837. Los postulados de la imputabilidad en el derecho penal colombiano decimonónico, continuaron bajo las tesis clásicas del derecho penal sobre el libre albedrío de Francesco Carrara y la noción positivista naturalista de Hans Welzel, tesis denotadas en los Códigos Penales Colombianos de 1858, 1873 y 1890 respectivamente. Esta distinción sería abolida por las tesis positivistas de la peligrosidad expuestas por Cesare Lombroso, insertadas en el Código Penal de 1936 y las tesis del positivismo criminológico o correccionalismo, referentes a la medida de seguridad como mecanismo de defensa social. Aunque en Colombia no se percibieron posturas propiamente correccionalistas, pueden inferirse implícitamente en la Ley 98 de 1920 y en la Ley 83 de 1946, las cuales catalogarían a los menores de edad como inimputables, concepción que continuaría perpetrada con el modelo jurídico tutelar de menores. La consideración de los adolescentes colombianos como inimputables penalmente, tendría vigencia desde el año 1920 hasta el año 2006, cuando entraría en vigencia la Ley 1098

de 2006, la cual concibe a los adolescentes como personas responsables penalmente por la infracción a la ley penal (Guzmán, 2012, pp. 58-60; Hall, 2004, pp. 93-116-119; Hoyos Botero, 2013, p. 73).

En el ámbito internacional para mediados del siglo XIX, se celebraron los primeros congresos penitenciarios internacionales en Europa y Estados Unidos de América, en donde se sentaron los pilares de la nueva forma de control penal para los jóvenes, junto con los primeros principios y fundamentos de la justicia penal juvenil; ello se reflejó en las primeras posturas sobre la separación que debían tener los menores de edad de los adultos en los centros de reclusión. Dichos ideales fueron encabezados en Europa por los grupos filantrópicos de iniciativa social, que serían los pioneros en implementar para los menores delincuentes, los modelos pedagógicos de rehabilitación con disciplina estricta, mediante los cuales se impartiría una enseñanza moral, religiosa y laboral; en aras de que una vez el joven egresara de la medida intramural, se le impartiera una asistencia educativa post-correccional bajo la figura de las sociedades de patronato, con miras a incorporarse óptimamente a la vida laboral en las industrias. Desde el punto de vista procesal y judicial, se comenzó a manejar la privacidad de los juicios y audiencias de los menores, y se adoptaron medidas alternativas a la medida de seguridad, tales como la colocación de jóvenes en familias, la libertad vigilada, la creación de escuelas industriales y profesionales para jóvenes, la conformación de juntas de barrios para el estudio de problemas juveniles y se crearon los primeros delegados de protección para la infancia. Así mismo, se propugnó por la necesidad de expedir auténticos códigos de la infancia para regir la materia (Rivera, 2013, pp. 25-30).

1.2 PROCEDIMIENTO APLICADO, EN EL MARCO DE UN SISTEMA PENAL DE MENORES TUTELAR O DE LA SITUACIÓN IRREGULAR

Desde su creación la justicia de menores, ha estado presidida mayoritariamente en el derecho comparado por tres grandes modelos: el Modelo de Protección, Tutelar o de la Situación Irregular; el Modelo de Responsabilidad, Protección Integral o Garantista y el Modelo Educativo. Estos tres

modelos evolucionaron paulatinamente en Europa, mientras en América Latina se distinguen tan solo el Modelo Tutelar y el Modelo de Protección Integral (Hall, 2004, p. 225).

El Modelo Jurídico Tutelar de Derecho de Menores, inicia con la creación del primer tribunal Juvenil en Chicago para el año de 1899, el cual influenció la cultura jurídica de América Latina respecto de la Justicia Penal para Menores, consolidando un tratamiento penal diferenciado de los menores de edad con respecto a los mayores de edad infractores de la ley penal. Esta sistemática procesal punitiva, se enfocaba en concebir a los menores de edad como objetos de derecho, titulares de compasión y de represión, emitiéndose con esta concepción una protección restrictiva meramente paternalista, no distinguiendo así los menores de edad en situación de abandono de los menores de edad delincuentes; en razón de que los menores de edad, eran concebidos como personas incapaces y dependientes de los padres o del mismo Estado, que al entrar en conflicto con la ley penal, se consideraban inimputables y eran internados bajo privación de la libertad, por carencia de recursos materiales. En Colombia se aplicó el modelo jurídico tutelar, mediante el Decreto 2737 de 1989, el Decreto 1818 de 1964 y el Decreto 2042 de 1938 (Guzmán, 2012, pp. 60-61; Hoyos, 2013, p. 74; Rivera, 2013, pp. 32-35; Useche, 2012, pp. 21-22).

El Código del Menor, surge bajo el plan de gobierno de “La Economía Social” (1986-1990); formulándose desde el año 1988, por parte del Departamento de Planeación Nacional una política para la juventud, aplicada a través de su participación en los estamentos de decisión, la realización de acciones de prevención y tratamiento ante problemas sociales graves tales como la delincuencia, la fármaco-dependencia, el alcoholismo o la prostitución juvenil. Para el año 1989, se profiere el Código del Menor, el cual entró en vigencia a partir del mes de marzo del año 1990, presentando múltiples problemas en su implementación, principalmente en lo referente a la infraestructura y la intervención reeducativa respecto de los menores infractores de la ley penal (Álvarez, Parra, Louis, Quintero & Corzo, 2007, pp. 176-177).

1.3 MODELO DE JUSTICIA PENAL DE MENORES EDUCATIVO

En lo que respecta al Modelo educativo de Justicia de Menores, fue presidido en Europa con la creación del Estado de bienestar social, durante el período de finales de la Segunda Guerra Mundial hasta aproximadamente el año de 1975. Este sistema de justicia juvenil propugnaba por evitar la sanción penal, buscaba soluciones extrajudiciales para los delitos cometidos, incluso los de mayor gravedad y lesividad social; propendía por acciones educativas, ayudas socioeconómicas a la familia del menor infractor y con respecto a la ayuda que se le llegare a ofrecer al menor, este la tendría que aceptar bajo su consentimiento libre. Este modelo decayó en razón de que la intervención del trabajo social, se reducía únicamente al ámbito educativo, continuando la no distinción entre los menores infractores de la ley penal y los menores necesitados de ayuda social (Hall, 2004, pp. 229-230).

Si bien es cierto que la Ley 1098 de 2006, es inspirada en un modelo jurídico de justicia penal juvenil de protección integral, en la actualidad posee varios elementos incorporados implícitamente del modelo penal juvenil educativo que rigió en la Europa de la segunda posguerra, tales como: la finalidad reeducativa del SRPA, la ayuda económica mensual denominada hogar gestor, al igual que el consentimiento libre y espontáneo, que debe manifestar el adolescente para ser beneficiario de la ayuda institucional ofrecida por el ICBF.

1.4 ADOPCIÓN EN COLOMBIA DEL SISTEMA JURÍDICO PENAL JUVENIL DE RESPONSABILIDAD, PROTECCIÓN INTEGRAL O GARANTISTA

Con la promulgación de la Convención sobre los Derechos de los Niños en 1989, se consolidó a nivel internacional un Modelo Jurídico Garantista, reconociendo al menor de edad como sujeto activo de derechos y obligaciones jurídicas entre ellas, responder por los actos ilícitos cometidos acorde a su grado de desarrollo, siendo sujetos imputables de derecho penal; así mismo surge la concepción de que al menor de edad criminal, se

le deben reconocer y respetar las garantías procesales de todo reo e igualmente su juzgamiento constituirá un procedimiento con características y finalidades pedagógicas, (Useche, 2012, p. 22).

Lo expuesto tuvo eco en Colombia, bajo el plan de gobierno “Hacia un Estado Comunitario (2002-2006)”, en el cual se institucionalizó la política pública de juventud, incorporándose en el Plan Nacional de Desarrollo el programa de Colombia Joven y una política de prevención sobre la criminalidad juvenil. Coexistencialmente a dicha política pública, desde el año 2002 surge la Alianza por la Niñez Colombiana integrada por: el Ministerio Público del Sistema de las Naciones Unidas, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía General de la Nación, organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales comprometidas con el tema de la niñez; con el fin de redactar un proyecto de ley integrador de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos referentes a la materia y los mandatos respectivos contenidos en la Constitución Política de 1991. Esto llevó a que el 17 de agosto de 2005 bajo el número 085, se radicaría la reforma integral al código del menor que una vez agotó los trámites de ley estatutaria, el 8 de noviembre del año 2006 sería sancionada por el señor Presidente de la República como la Ley 1098 de 2006, surgiendo así en el ordenamiento jurídico colombiano el Código de la Infancia y la Adolescencia (Parra et al., 2007, p. 187; Useche, 2012, pp. 32-33). Este hecho jurídico implicó no solo que la ley posterior derogaba la ley anterior, sino igualmente, un cambio de paradigma jurídico, en razón de que se pasaba de un Modelo Jurídico Tutelar Paternalista a un Modelo Jurídico Garantista Neoconstitucional de enjuiciamiento criminal de menores de edad.

2. LA JUSTICIA RESTAURATIVA COMO FUNDAMENTO DEL MODELO DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES

La Justicia Restaurativa, es un concepto ambivalente en el cual concurren los caracteres de ambigüedad y vaguedad terminológica, lo cual no permite concertar una definición única, sin embargo, este artículo resalta su importancia como una metodología de resolución de conflictos apli-

cable a cualquier estamento social, constituyéndose como una ideología autónoma que desde una concepción meramente jurídico complementaria del ordenamiento jurídico, propende por la reparación del daño infringido a la víctima mediante el delito, pero igualmente por la reparación del daño que se causó a sí mismo el victimario con su actuar delictivo. Tanto víctima como victimario son objetos de reintegración a la sociedad, una vez hayan transitado el camino de la verdad a través de los círculos restaurativos (principalmente los de la mediación y la conciliación), el de la justicia (a través de un procedimiento jurídico alternativo a la retribución) y el de la reparación (entendida como el perdón, la reconciliación, la reconstrucción del tejido social y la reintegración a la sociedad de ambas partes). Por lo expuesto es que el presente artículo, abordará la justicia restaurativa desde su acepción procesal, la cual emana de los instrumentos internacionales que la contienen.

La germinación de la justicia restaurativa contemporáneamente, parte de la doctrina de la “Tercera Vía” del Derecho Penal expuesta por el profesor Claus Roxin, la cual se enfoca en la reparación del daño que tiene que realizar el perpetrador del injusto penal, frente a quien sufrió las consecuencias del ilícito, siendo este el fundamento y fin resocializador de las penas, como criterio preventivo integrador disuasivo del delito. En consecuencia surge el marco filosófico jurídico penal de las medidas alternativas de las penas, dentro del cual se destaca el movimiento de opinión o de justicia restaurativa, el cual plantea diferentes tesis acerca del génesis restaurativo del delito: en primer lugar se destaca el ensayo titulado *The history of restorative justice* de Elamar G.M. Weitekamp, el cual trata sobre las reparaciones indemnizatorias del daño, junto a los procedimientos conciliatorios y otros mecanismos de compensación del daño, los cuales se remontan a la era primitiva de las tribus nómadas, estadales y sociedades acéfalas, como formas sucesoras de la venganza de sangre, la retribución corporal o la satisfacción ritual. Igualmente, el australiano John Braithwaite, sostiene que la prioridad de la justicia restaurativa es histórica, es alterna a la sanción represiva y se encuentran vestigios de esta en las antiguas tradiciones budistas, taoístas y vedas de la región indochina y en las antiguas civilizaciones árabe, griega, romana y en las asambleas de juzgamiento germanas (Hendler, 2009, pp.101-106).

A renglón seguido, en lo que respecta a estamentos legales existentes, que contuvieran la compensación de los daños ocasionados por el delito, se destaca: la ley mosaica que imponía restituir cuatro veces el valor de lo hurtado; el Código de Hammurabi impuso una restitución de 30 veces lo hurtado; la ley de las doce tablas exigía una restitución del doble de lo hurtado. Ya para la segunda mitad del siglo XX, se destacan los programas de reconciliación víctima-victimario en 1974, llevados a cabo en la ciudad de Kitchener, provincia de Ontario en Canadá, programa que sería difundido en más de 300 programas similares en toda Norteamérica, como efectivamente sucedió entre 1977-1978 en el condado de Elkhart, estado de Indiana en Estados Unidos de América. Para mediados de los años 90, siglo XX, en Europa, ya se había expandido el modelo de justicia restaurativa en más de 500 programas similares. En Nueva Zelanda, los programas de justicia restaurativa se originaron en 1989, con la conferencia de grupos familiares en la comunidad indígena maorí, modelo que sería incluido posteriormente en el respectivo sistema de justicia penal juvenil de ese país (Mojica & Molina, 2005, pp.19- 22; Álzate & Zuluaga, 2010, p. 41; Larrauri, 2004, p. 79; Márquez, 2010, p. 252).

Desde los diversos enfoques doctrinarios pueden resaltarse elementos comunes frente al concepto de la justicia restaurativa que se aproximan conceptualmente como: una respuesta alternativa a la conducta delictiva, la cual se aparta de concepciones netamente retributivas, que sin menoscabar el ius puniendi del cual es titular el Estado respecto de la persecución del delito, propugna por comprenderlo de una manera amplia, no solo como la simple transgresión a la ley punitiva, sino que reconoce el daño que el delito le acarrea a la víctima, a la comunidad y al mismo victimario. En consecuencia, esta apunta en pro de la solución y reparación de los daños ocasionados por el ilícito, los cuales pueden ser de naturaleza patrimonial y/o extrapatrimonial; y todo ello se filtra a través de un proceso de mediación interdisciplinaria, con miras al reconocimiento de la dignidad humana y de la condición jurídica de ente perjudicado que posee la víctima. De la misma manera, se insta al trasgresor-victimario a que admita su responsabilidad penal, repare el daño causado y emprenda un proceso resocializador; con ello la comunidad verá disminuida la zozobra que genera la inseguridad delincencional y la impunidad, recuperándose el tejido social y restableciéndose la seguridad jurídica, retomándose así la

confianza en la ley y el orden social. La justicia restaurativa incorpora un nuevo imaginario de justicia, en el cual dentro del proceso penal dejan de ser protagonistas el delincuente y el Estado, para darle el papel protagónico a la víctima, lo cual lleva a indagar sobre las bases de la violencia, los conflictos y los delitos. (Britto, 2008, p. 26; Bañol & Bañol, 2006, p. 16; Casas, 2010, pp. 91-92; Giraldo, 2013, p. 163; Reyes, Ramírez, Poveda, González, Castell, Gómez & Benavides, 2011, p. 111; Sampedro, 2005, pp. 55-69).

En lo que respecta al carácter procesal de la justicia restaurativa, conceptualmente este viene dado desde: el numeral 5 del literal A de la Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU); el numeral 1 del literal B, sección proyecto 1, subsección del anexo, aparte 1 del informe de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la ONU, llevado a cabo en Viena, los días 16 al 25 de abril del 2002. Además, los numerales 6 y 7 del artículo 250 de la Constitución Política de Colombia, reformado por el Acto Legislativo 03 de 2002 y el artículo 518 de la Ley 906 de 2004.

Frente a la jurisprudencia referente a la justicia restaurativa, se citan dos providencias de la Corte Constitucional, antecesoras a la Ley 906 de 2004 e incluso al Acto Legislativo 03 de 2002, las cuales fueron las sentencias C-228 de 2001 y T-881 de 2001, las cuales contenían una manifestación clara sobre la importancia del actuar de la víctima dentro del proceso penal, así como el derecho que tiene a ser reparada, a que el daño que le fue causado con el delito no quede impune y a conocer la verdad de cómo sucedieron los hechos que le causaron el respectivo mal (Márquez, 2010, p. 254; Mojica, 2005, p. 36). Con posterioridad a la expedición de Ley 906 de 2004, se destaca la Sentencia C – 979 de 2005, la cual describe la justicia restaurativa en los siguientes términos: modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad, que propende por la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario; orientada a la satisfacción de los intereses de las víctimas (reconocer su sufrimiento, repararle el daño inferido y restaurarla en su dignidad), al restablecimiento de la paz social y a la reincorporación del infractor a la comunidad, a fin de restablecer los lazos sociales quebrantados por el delito. Por otro lado, se destacan los pronunciamientos subsiguientes a la providencia antes citada, por parte

de la misma Corporación en materia de justicia restaurativa, refiriéndose el tribunal constitucional colombiano a temáticas tales como: la regeneración del tejido social que conlleva la justicia restaurativa (Sentencia T-917/06), el modelo alternativo que encarna en la lucha contra la criminalidad (Sentencia C-409/09); nuevamente reitera el significado de la misma (Sentencia C-055/10) y el alcance que implica dentro del proceso penal (Sentencia C-579/13).

En mérito de lo expuesto, la justicia restaurativa fundamenta el modelo de responsabilidad penal para adolescentes, a partir de lo dispuesto en el art. 140 de la Ley 1098 de 2006, desprendiéndose de la norma citada tres ejes característicos al respecto: el primer eje consiste en que el adolescente asuma la responsabilidad por los daños que se ha infringido así mismo, a la víctima y la sociedad; el segundo eje es la restauración consistente en la reparación que emprenderá el adolescente de los daños ocasionados a la víctima y/o así mismo con la consumación del delito, y el tercer eje temático es la reintegración del adolescente, consistente en las acciones institucionales y estatales, tendientes a la inclusión social del adolescente infractor de la ley penal; abogando también por la reintegración de la víctima del ilícito juvenil, quien igualmente puede llegar a requerir diferentes apoyos para restablecer sus derechos y sanar las taras psicológicas ocasionadas por el padecimiento del injusto penal (Torres et al., 2013, Cuadernillo Cuatro, p. 7; Ospina Ramírez, 2013, pp.183-187).

2.1 FINALIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES, EN EL MARCO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Los dos primeros incisos del art. 140 de la Ley 1098 de 2006, contienen junto a la justicia restaurativa, la finalidad del proceso penal juvenil colombiano, la cual consiste en poseer una dimensión pedagógica, una específica y otra diferenciada, bajo los patrones de protección integral e interés o primacía superior de los derechos de los menores de edad, respecto del Sistema Penal de Adultos; finalidad que viene dada desde los tratados y convenios internacionales, referentes a la implementariedad de un sistema de justicia penal juvenil (Guzmán, 2012, p. 65).

Prima facie, la dimensión pedagógica que asume el SRPA toma como modelo base el sistema educativo colombiano, pero con una razonabilidad trascendental de salvaguardar el desarrollo pleno y armonioso de un adolescente, que se encuentra en formación no solo académica sino emocional, social y laboral. La finalidad pedagógica en un sistema penal juvenil, había sido en su momento descrita en la Sentencia del 19 de noviembre de 1999, en fallo del caso Villagrán Morales y otros o “Niños de la Calle” contra el Estado de Guatemala, proferido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; esta providencia judicial describe la intervención pedagógica desde la re-educación, la cual posee un vínculo inescindible con la rehabilitación y la resocialización, configurando así una concepción jurídico penal de la prevención especial (Guzmán, 2012, pp. 68-69).

El segundo carácter finalista del SRPA, consiste en que los adolescentes poseerán un sistema procesal penal específico o especializado, respecto de la naturaleza de las sanciones, el modo de administrar justicia penal juvenil y los sitios de reclusión en establecimientos diferentes a los de los adultos.

La tercera y última finalidad connota una sistemática procesal penal diferenciada del sistema penal aplicable a los adultos y está conceptualmente muy íntimamente ligada a la finalidad de sistemática especializada o específica; la cual está consagrada en la Regla 5.1 de la Convención de los Derechos del Niño, instando a salvaguardar el desarrollo físico y mental de los menores de edad (Guzmán, 2012, p. 67). En desarrollo de esta principalística el legislador colombiano a través del artículo 187 de la Ley 1098 de 2006, ha creado tres clasificaciones susceptibles de atribución de responsabilidad penal juvenil, a saber: la primera se refiere a los adolescentes entre los 14 y 16 años de edad, frente a los cuales no procederá privación de la libertad excepto por la comisión de homicidio doloso, secuestro o extorción. La segunda contempla los adolescentes con 16 años y menores de 18 años de edad, que podrán ser privados de la libertad por un delito que posea una pena igual o superior a 6 años de prisión. Por último, la tercera prevé los jóvenes mayores de 18 años, que aún están cumpliendo sanción por el hecho punible cometido como menor de edad, los cuales continuarán privados de la libertad en centro de atención espe-

cializado para adolescentes, pero separados al interior de los menores de edad, hasta que cumplan según las sanciones más altas máximo 26 años de edad, acorde con el art. 90 de la Ley 1453 de 2011.

A modo de colofón, respecto del propósito del SRPA en el marco de la justicia restaurativa, puede concluirse que este ve en el adolescente un sujeto integral, autónomo, con capacidades plenas, que requiere de atención especializada, pedagógica, protectora y restaurativa para restablecer y garantizar sus derechos. El objetivo es formar, a mediano plazo, unos jóvenes ciudadanos autónomos, responsables, solidarios, justos y compasivos, que hagan un ejercicio responsable de su ciudadanía, de su vida individual, familiar y social (Torres et al., 2013, Cuadernillo Dos, pp. 21-22).

2.2 LAS VICTIMAS EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA ADOLESCENTES

La sistemática jurídica referente al Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, no es ajena a la existencia ontológica de la victimología, neologismo jurídico derivado del término británico *victimology*, el cual surge con el fin de la segunda guerra mundial y el análisis de las implicaciones victimizantes de los campos de concentración como Auschwitz, teniendo como mentores primigenios de este campo de conocimiento a Benjamin Mendelsohn y Hans Von Hentig. Conceptualmente es entendida como una ciencia multidisciplinar, que se ocupa del estudio relativo de los procesos de victimización y desvictimización: el proceso de victimización siempre pondrá a la víctima en dos estados diferentes dentro del proceso penal, ya sea la estigmatización o la exclusión simbólica, característica propia de los sistemas retributivos o correctivos de justicia. En sentido contrario apunta la desvictimización, concepción jurídica contemporánea propia de una justicia restaurativa, la cual enfatiza en un proceso de reparación a la víctima, el cual no se reduce solamente a la correspondiente indemnización de perjuicios patrimoniales por los daños ocasionados con el delito, sino que también incluye el reconocimiento social y asistencial a la víctima, buscando prevenir la revictimización, la estigmatización, la explotación real o presunta de la condición de víctima o la construcción de una sociedad de víctimas, aspirando en últimas a la reintegración óptima de la víctima al ámbito social. (Tamarit & Villacampa, 2006, pp. 29-33,

51-54; Rubio, Carrillo, Sánchez, Torres, Hernández, Catalán, Maldonado, Aliaga & Díaz, 2010, p. 23; Burgess, Regehr & Roberts, 2010, pp. 6, 38, 54; Márquez, 2010, p. 263; Crocker, 2011, pp. 118, 126-127).

Al asimilarse la justicia restaurativa, como una nueva propuesta jurídico procesal penal desde y hacia las víctimas, se concibe el delito como una oportunidad para construir nuevas relaciones entre la víctima y su victimario; teniendo en cuenta el pasado siniestro que se le ocasionó a la víctima, el cual es reconocido dentro del proceso penal y es traído a colación durante todas las etapas del procedimiento penal, no para instalarse en el dolor y sufrimiento de la víctima, sino para reconocer que se ha cometido una injusticia con ella, por medio de la cual se le han suprimido sus derechos y se le han afectado sus bienes jurídicamente tutelados. (Sampedro, 2010, pp. 92-94, 96; Mojica et al., 2005, p. 102; Rodríguez, 2010, pp. 113-114).

Por mandato constitucional del Acto Legislativo 03 de 2002, se reconoció a las víctimas como sujetos de derechos dentro del proceso penal acusatorio, reflejándose en la protección especial de la que son titulares las víctimas, el derecho que tienen a participar dentro de todo el proceso penal y ser beneficiarias de los mecanismos de reparación integral, más allá de la indemnización de contenido patrimonial. Estos objetivos primordiales no solo fueron dictaminados por el legislador, sino que han sido desarrollados y complementados bajo la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional respectivamente. (Reyes et al., 2011, p. 95).

Reiterando la parte final del inciso primero del artículo 140 de la Ley 1098 de 2006, que establece, entre otros, como uno de los propósitos del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño (C-454/06, C-370/06, C-228/01); se infiere efectivamente que la Ley 1098 de 2006, sin relegar a un segundo plano el interés superior de los adolescentes, equipara la protección que igualmente tienen las víctimas en el SRPA, pudiendo estas participar activamente del proceso penal en el que se procese al adolescente victimario, expresar sus necesidades, coadyuvar a definir las formas adecuadas de reparar los daños y solucionar el conflicto. De esta forma,

se reconocen por parte de esta sistemática penal diferenciada, los derechos restaurativos de los cuales las víctimas son titulares, por su especial condición de parte procesal afectada (Torres et al., 2013, Cuadernillo Cuatro, p. 18; Díaz, 2009, pp. 93-96).

Otro acápite importante en materia de derecho penal de adolescentes es que estos tienen la doble condición de victimarios y de víctimas. Lo primero ya ha sido suficientemente abordado a lo largo de todo el artículo y el carácter de víctima es una condición producto de: la explosión demográfica, condiciones sociales de pobreza extrema, desempleo, urbanización desmedida, núcleos familiares inestables, inexistencia de grupo familiar o, si existe, posee graves problemas psicosociales, inaccesibilidad a la educación, niveles educativos incompletos o deficientes, carencia de actividades deportivas o recreativas, consumo de narcóticos, consumismo publicitario, sometimiento a situaciones de abuso y cobertura insuficiente por parte del Estado de las necesidades básicas de la población. Todas estas circunstancias confluyen al atraso ostensiblemente del desarrollo cognitivo del adolescente, postulándose el delito como el medio más atractivo para superar sus propias limitaciones y propiciar un llamado de atención sobre su propia existencia; convirtiéndose en presa fácil de autoría mediata de delincuentes adultos, conformación de "combos" o militancia en grupos armados ilegales (Casas, 2010, pp. 94-94; Hoyos, 2013, pp. 92-93; Ospina, 2013, p.190; Giraldo, 2013, pp. 159-160, 167; UNICEF, 2011, pp. 52, 55, 57).

El reconocimiento legal del adolescente en su dual rol de víctima – victimario, se refleja a partir del artículo 146 de la Ley 1098 de 2006, regla que incorpora la figura del Defensor de Familia dentro del procedimiento penal juvenil, funcionario público garante del restablecimiento de los derechos inobservados, vulnerados y/o amenazados del adolescente, cuya función principal es brindar protección institucional al adolescente, frente a la situación irregular e ilícita que lo ha victimizado a él y lo ha llevado a victimizar a otros; y propender porque las medidas de carácter judicial o administrativo, que se le llegaren a impartir al adolescente dentro del proceso de responsabilidad penal, sean de carácter pedagógico, específi-

co y diferenciado, obedeciendo a la lógica de la protección integral y a la supremacía del interés superior de sus derechos (Casas, 2010, pp. 95-96; Angulo González G. & Escalante Barreto E., 2009, pp. 82-83).

3. ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO PENAL ESPECIALIZADO Y DIFERENCIADO CON RESPECTO A LOS MAYORES DE EDAD, APLICABLE AL ADOLESCENTE INFRACTOR, EN RAZÓN DEL MODELO JURÍDICO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

El procedimiento penal diferenciado aplicado a la delincuencia juvenil, viene dictaminado desde el preámbulo y los artículos 12, 27 y 29 de la Convención de los Derechos del Niño, instrumento internacional desarrollado a través el Art. 44 de la Constitución Política de 1991 y contenido en el bloque de constitucionalidad. Por lo tanto, el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes colombiano, enmarca una imputabilidad penal diferenciada del adolescente infractor de la ley penal frente al adulto que delinque, la cual puede variar de un adolescente a otro, en lo que se refiere al grado de madurez en el ámbito psíquico, social o moral, postura dogmático–procesal sustentada por los maestros Hans Welzel, Claus Roxin y Günther Jakobs, en sus respectivas obras sobre Derecho Penal (Guzmán, 2012, pp. 114-118; Martínez, Olaya & Zuleta, 2012, pp. 76-79).

El SRPA, enmarcado por el modelo jurídico de la justicia restaurativa, se fundamenta en el principio dogmático de un derecho penal doblemente mínimo, el cual propugna por la aplicación al adolescente infractor de medidas diferentes a la sanción punitiva (Convención de los Derechos del Niño en el literal b de su artículo 40.3; el Artículo 11.1 de las reglas de Beijing y el Artículo 57 de la Directrices de Riad), como es la aplicación preferente del principio de oportunidad, el cual desarrolla los postulados restaurativos de la protección Integral o garantista y los de la prevalencia del interés superior de los derechos de los adolescentes, implicando un ejercicio subsidiario del poder punitivo, desarrollándose así la fragmentariedad y la última ratio del derecho penal (C-647/01, C-370/02, C-489/02, C-762/02, C-804/03 y C-636/09). Todo lo anterior queda desnaturalizado a partir de la reforma introducida por la Ley 1453 de 2011, la cual enfrasca

el SRPA en un modelo de política criminal neopunitivista, obedeciendo a la tesis criminológica de la responsabilización penal norteamericana adecuada a la niñez, que consiste en penalizar los conflictos sociales. Esta reforma legislativa aparta el SRPA de su génesis enmarcado en la justicia restaurativa, tesis apropiada por la Unión Europea con aplicación preferente a los sistemas de justicia penal juvenil (Guzmán, 2012, pp. 51-54; Useche, 2012, pp. 150-154; Marcón, 2008, pp. 179-180; Huertas & Morales, 2013, pp. 70, 73, 76; Martínez Idárraga, 2012, p.135).

Es de resaltar que el SRPA, como derecho procesal penal especializado aplicable a los adolescentes, viene a ser un fenómeno cultural manifestado en una sociedad organizada, el cual aspira a realizar unos contenidos determinados de justicia, conformando una serie de instrumentos para efectivizar los derechos de los adolescentes y las víctimas, estando a la vanguardia de los cambios socioculturales. Este proceso penal diferenciado, hace parte del marco teórico de “sistema”, espectro socio-jurídico referente a la teoría estructuralista de Herbert Spencer y Talcott Pason, perteneciente a la corriente sociológica del funcionalismo; tesis que sustenta el SRPA como un instrumento de estabilidad social, desarrollado por el legislador colombiano, para el mantenimiento del bienestar social frente al flagelo de la delincuencia juvenil, con miras a una autorregulación que propenderá por la misma protección del adolescente y la sociedad frente al fenómeno delictual. (Agudelo, 2000, pp. 9, 55, 85; Zuluaga, 2010, pp. 41, 55).

3.1 PROCEDIMIENTO JUDICIAL

En lo que respecta a lo dictaminado por el Art. 144 de la Ley 1098 de 2006, que remite al procedimiento penal de los adolescentes infractores a la Ley 906 de 2004, este ha sido un punto duramente criticado por un amplio sector de la doctrina jurídica colombiana, sustentando que dicha remisión legislativa contraría la regla 2.3 de Beijing, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los artículos 37 y 40 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño; normativa internacional que insta a los Estados parte de dichos instrumentos internacionales a proferir no solo normas sustantivas diferenciadas, sino también normas procesales diferenciadas del proceso penal ordinario aplicable a las per-

sonas mayores de edad (C-839/01, C-203/05, C-740/08, C-684/09). Dicha posición es compartida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 33510 de julio 07 de 2010, al referirse frente a figuras procesales tales como la rebaja de pena por allanamiento a cargos y a figuras sustantivas tales como la tentativa, la complicidad, las modalidades del dolo, el concurso de delitos, los agravantes o atenuantes de la pena. La sala de casación penal concluye que la Ley 1098 de 2006 y la Ley 906 de 2004 son dos sistemas procesales coexistentes, pero antagónicos en cuanto a su naturaleza y destinatarios; y que con dicha remisión normativa, se vulneran principalmente los principios a la protección integral y el principio del interés superior, que poseen los derechos de los adolescentes (Álvarez-Correa G. M., Mendoza P. V. & González R. J., 2010, pp. 28-29; Huertas & Morales, 2013, p. 71; Martínez Idárraga, 2012, pp. 140-143; Ruíz-Hernández, 2011, pp. 339-342).

Respetando dicha posición, se debe tener presente que la Constitución Política de 1991, de corte ideológico liberal, a partir de los artículos 1, 29, 116 y 228, impone un proceso penal con tendencia acusatoria, el cual se vendría a materializar con la promulgación de la Ley 906 de 2004. En consecuencia se infiere que en la contemporaneidad colombiana, no existe actualmente sistema procesal penal dispositivo vigente diferente de la Ley 906 de 2004, que emule un procedimiento penal juvenil de responsabilidad, protección integral o garantista; que tenga un corte procesal adversarial y prohíba procedimientos secretos, pudiendo la defensa aportar pruebas al proceso; en el que el juez posea intermediación con el acervo probatorio, valore la prueba a través del método de la sana crítica y se aparte de concepciones procesales penales mixtas con vocación inquisitiva. En lo que respecta a la justificación respecto de la intervención del Defensor de Familia en el proceso penal de adolescentes, esta se remonta al origen mismo de este funcionario público, mediante la Ley 83 de 1946, continuando a través del Decreto 1818 del 17 de julio de 1964, del art. 39 de la Ley 75 de 1968, de la Ley 56 de 1988, el art. 277 del Decreto 2737 de 1989 y actualmente por el art. 146 de la Ley 1098 de 2006 (Jaramillo Díaz J.G., Uribe A., Posada, Cadavid, Bedoya, Velásquez, Vanegas, Correa, Botero, Taborda, Gómez, Uribe G., Delgado & Decastro, 2008, pp. 14-16; Solórzano, 2010, pp. 45, 48, 49; Quintero & Prieto, 2000, pp. 124-127; Ji-

ménez, 2010, pp. 146-148). Por lo expuesto es que la complementariedad de la Ley 1098 de 2006 con la Ley 906 de 2004, representa una divergencia dogmática mas no constitucional.

El proceso judicial de los adolescentes, se congloba dentro del concepto de "Ruta Jurídica", el cual enmarca todos los procedimientos y trámites formales conformantes del proceso judicial de los adolescentes que ingresan al SRPA. El ingreso al SRPA puede agruparse a través de cinco hipótesis, surgidas de los artículos 66 y 301 de la Ley 906 de 2004, al igual que del art. 171 de la Ley 1098 de 2006, que brevemente se exponen a continuación:

Por captura en flagrancia (la cual implica los procedimientos policiales de aprehensión, la recepción en el ICBF y el ingreso al Centro Transitorio), orden de captura, (emitida por parte del juez de control de garantías para adolescentes), acción penal oficiosa (ejercicio de *ius Puniendi*), por petición especial (que hace el Ministerio Público para delitos transnacionales). También el adolescente puede ingresar, por medio de denuncia o querrela, generando las condiciones propicias para la aplicación de los mecanismos de justicia restaurativa, tales como la conciliación -forma autocompositiva de abordar el conflicto, acompañada en su desarrollo por un facilitador, con poder de validación jurisdiccional de la voluntad de las partes en conflicto, propendiendo por una solución basada en el diálogo, la tolerancia, la convivencia, la mediación y el acercamiento entre víctima y victimario. Se procura por una doble resolución del conflicto delictual consistente en que el victimario le repare a la víctima los daños patrimoniales y/o extrapatrimoniales ocasionados con el delito y opte por la reconciliación con la víctima a través del reconocimiento de su culpabilidad frente a lo sucedido, estando en disposición de proferir algunas prestaciones en favor de la víctima y la comunidad- (Bañol Betancur, 2014, pp. 359-362; Manzanares, 2007, pp. 30, 47; Sarmiento, 2007, pp. 87-92).

El proceso penal de adolescentes en las audiencias preliminares y en las de conocimiento, se desarrolla exactamente igual a lo dispuesto por la Ley 906 de 2004, pero es diferenciado y específico al momento de imponer la respectiva sanción, la cual tendrá en cuenta el interés superior de derechos que posee el adolescente procesado. La sanción se sustentará

a través del informe psicosocial sobre el adolescente, aportado por la defensoría de familia adscrita al SRPA, como resultado de las recomendaciones dadas por el equipo interdisciplinario del ICBF, respecto de la ayuda y protección que requiere el adolescente. A renglón seguido, los matices restaurativos de las sanciones penales a imponer a los adolescentes, se pueden describir en los siguientes términos: la amonestación opera frente a la condena de perjuicios en favor de la víctima; con la imposición de reglas de conducta se apunta a la resocialización efectiva del adolescente; en la prestación de servicios a la comunidad, al adolescente se le da una oportunidad proactiva de reparar los daños que ocasionó con la comisión de un delito y la reintegración a la sociedad; la libertad vigilada opera con la asistencia a programas reeducativos de reflexión respecto de las consecuencias ocasionadas por el delito y la correspondiente reparación que haya que prestarle a la víctima. En lo que se refiere al internamiento en medio semi-cerrado, se trabaja por la reinserción adecuada del adolescente al ámbito social y comunitario, propugnando por una orientación psicosocial y una participación en actividades educativas, recreativas, de salud y de capacitación pre-laboral en algún arte u oficio. Por último en lo que respecta a la privación de la libertad en centro de atención especializado para adolescentes, se adecuan espacios de reflexión frente a la asunción de la responsabilidad penal, y a su vez, el adolescente recibe una formación integral por parte de un equipo interdisciplinario asignado (Sarmiento, 2007, pp. 99-114).

3.2 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO POSTERIOR, CUANDO EL ADOLESCENTE ES DEJADO EN LIBERTAD DENTRO DE LAS 36 HORAS SIGUIENTES A SU APREHENSIÓN

Las Defensorías de Familia adscritas al SRPA, una vez les es notificada la libertad del adolescente, por decisión de la autoridad judicial; procederán con una intervención interdisciplinaria al adolescente, la cual se compendiará en un peritazgo psicosocial que contendrá las recomendaciones, respecto del programa más adecuado para la situación particular del(a) adolescente, lo cual le servirá de sustento a la defensoría de familia al proferir la remisión respectiva.

Si el grado de vulneración, inobservancia o amenaza de los derechos del adolescente es tan grave que pueda estar en peligro la vida, salud, integridad física o moral del adolescente o cualquier otro derecho fundamental del mismo; se procederá con una medida administrativa de internamiento en medio semi-cerrado, ya sea en las modalidades de externado, internado abierto, seminternado o internado; garantizando su protección integral y la futura reinserción a la sociedad. Igualmente a los adolescentes que poseen sus derechos menoscabados, se les iniciará por parte de las defensorías de familia adscritas al SRPA un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD), entendido este como el conjunto de actuaciones jurídico-administrativas e interdisciplinarias, que se desarrollan para efectivamente restablecer los derechos vulnerados, inobservados o amenazados de los adolescentes que han ingresado al SRPA (Acuña Viscaya & Gómez Serna, 2008, pp. 31-34).

Los otros dos tipos de medidas administrativas de restablecimiento de derechos con matices restaurativos son las remisiones a los programas de Orientación y Acompañamiento e Intervención de Apoyo, los cuales propenden por una atención integral al adolescente, profiriendo una intervención interdisciplinaria a nivel individual, grupal y familiar del delito, como factor determinante en la vulneración o amenaza de los derechos del adolescente. La problemática es abordada desde las áreas pedagógica, psicológica, socio-familiar, académica, de bienestar, de salud y de formación pre-laboral, ocupacional o vocacional en convenio con el Servicio Nacional de Aprendizaje.

CONCLUSIONES

En lo que respecta a los primeros principios y fundamentos de la justicia penal juvenil, surgidos en el ámbito internacional para mediados del siglo XIX, aún se conserva como medida alterna a la privación de la libertad vigilada y la superestructura ideológica de las escuelas industriales y profesionales para jóvenes, en las cuales se imparte una enseñanza moral, religiosa y laboral, con miras a incorporarse óptimamente a la vida laboral; una de ellas es la Institución Educativa de Trabajo San José. En lo que respecta a la expedición del Decreto 2737 de 1989, mientras en

Colombia se perpetuaba el modelo de protección tutelar o de la situación Irregular con matices del modelo educativo; coexistencialmente en el ámbito internacional nacía el modelo de responsabilidad, protección integral o garantista, con la promulgación de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños de 1989, pero solo vendría a materializarse dicho modelo de responsabilidad penal juvenil a partir de la expedición de la Ley 1098 de 2006, implicando esto un cambio de paradigma jurídico por la transición de un modelo de justicia de menores paternalista a un modelo jurídico garantista neoconstitucional de enjuiciamiento criminal de menores de edad.

Desde el carácter investigativo, se propone ahondar más respecto del tratamiento jurídico procesal penal de los adolescentes antes del siglo XVIII, al igual que durante los siglos XIX y XX. Los principales hallazgos se sintetizan en que: la Ley 1098 de 2006 optó por implementar un modelo jurídico de justicia penal juvenil de protección integral, pero en la redacción legislativa se conservan parcialmente aun figuras de los modelos jurídicos tutelar y educativo respectivamente, viciando de alguna manera el modelo de justicia implantado. En lo que respecta a la doctrina y la jurisprudencia, estas tienden a mostrar las bondades absolutas de un modelo jurídico garantista para adolescentes, sin abordar las antítesis que frente a ello pueden formularse.

En segundo término, la justicia restaurativa como fundamento de un modelo de responsabilidad penal para adolescentes de carácter pedagógico, específico y diferenciado; sustenta una transformación normativa y sociocultural, que asume el delito como una relación conflictual que debe resolverse por las partes involucradas en dicho nexo dañoso que en últimas, serán la víctima y el adolescente victimario, concertando la manera de sanear sus relaciones interpersonales y sociales, acordando la reparación del daño ocasionado, teniendo siempre presente la verdad de los hechos ocurridos y haciendo uso de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos antes que la pena retributiva. Los principales hallazgos investigativos redundan en que la justicia restaurativa es una ideología complementaria del ordenamiento jurídico, que aplicada a la responsabilidad penal especial y diferenciada de los adolescentes, debe ir íntimamente ligada a las tesis de la victimología con el fin de recons-

truir el tejido social y las relaciones interpersonales quebrantados por el delito, además de propiciar la reinserción de la víctima y del adolescente victimario nuevamente a su entorno social, en aras de ir construyendo una verdadera sociedad civil, inspirada en el respeto, la convivencia y la paz comunitaria. La ley y la jurisprudencia tienden a ir desarrollando el marco cultural de la justicia restaurativa no solo respecto del sistema punitivo, sino también del postconflicto armado y de la convivencia escolar pacífica. Por su parte, la doctrina se viene enfocando más respecto del por qué la justicia restaurativa se justifica, propicia y posiciona como un método eficaz de resolución de los conflictos sociales.

El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes es un proceso penal diferenciado frente al proceso penal de los adultos, con elementos jurídicos ontológicamente iguales desde la esfera sustancial del derecho penal, pero que procesalmente se aplican con una esencia protectora y reeducativa, optando por la aplicación de una imputabilidad diferenciada desde el ámbito de inmadurez psíquica, auspiciando los mecanismos propios de la justicia restaurativa, aplicando la sanción punitiva como última ratio y preponderando por la aplicación preferente del principio de oportunidad o de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Sin embargo, si hay lugar a las sanciones imponibles por parte del juez penal de adolescentes frente al injusto cometido, cada una de esas sanciones propenderá por la reparación a la víctima, la asunción cognitiva por parte del adolescente de su responsabilidad penal y la reintegración del adolescente infractor a la vida en comunidad. En iguales términos propugnan las medidas de restablecimiento de derechos proferidas administrativamente por parte del ICBF dentro del marco de la protección integral.

En lo referente al descubrimiento investigativo, se destacan las acepciones jurídicas de derecho penal doblemente mínimo y del neopunitivismo. La principal propuesta investigativa a ahondar oscila en la remisión legislativa que hace la Ley 1098 de 2006 a la Ley 906 de 2004. En cierta medida es cierto que esta no constituye un estatuto procedimental especializado para menores de edad, pero también es cierto que dicha sistemática procesal es la primera ley que contiene y aplica las garantías procesales neoconstitucionales del mundo contemporáneo, lo cual aún se viene interiorizando en la cultura socio-jurídica colombiana. Por eso

aún no es viable concebir estatutos procedimentales más garantistas y demoliberales para los adolescentes, en vista de la transición legislativa y cultural por la que atraviesa Colombia, respecto de las instituciones procesales mencionadas, las cuales están en proceso de implementación. Los principales problemas actualmente del SRPA, se sustentan en que la ley tiende a reformas retribucionistas y punitivas más drásticas; la doctrina se condensa en exponer las bondades de la primacía de los derechos de los adolescentes sobre los demás y la protección integral de la que deben ser objetos por parte del Estado, pero obvia la conciencia de ilicitud que debe tomar el adolescente, además de la asunción responsable que este debe tener de su proceso reeducativo y la reparación real que se le debe impartir a la víctima. Por último, es poco lo que se ha pronunciado respecto a la jurisprudencia frente a la responsabilidad penal de adolescentes, después de la expedición de la Ley 1098 de 2006.

REFERENCIAS

- Acuña Viscaya, J. F., Gómez Serna, J. C. & Valdez Moreno, C. E. (2008). Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos. En Acuña Viscaya J. F. & Gómez Serna J. C. *Código de la Infancia y la Adolescencia* (31 – 34). Bogotá: ICBF y Organización Internacional para las Migraciones (OIM).
- Agudelo Ramírez M. (2000). *Filosofía del Derecho Procesal*. Bogotá: Leyer.
- Álvarez – Correa G, E. M., Parra D, S., Louis G, E. O., Quintero L, J. & Corzo M, L. (2007). Gobierno Niñez y Juventud, periodo 1982-2006: ¿Construcción de una política pública?. *Pescadores de Ilusiones, Niños y Jóvenes Infractores de la Ley Penal*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Álvarez-Correa, G. M., Mendoza, P. V., González, R. J. (2010). *Pantalones Cortos y Mochilas Rotas*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público (IEMP).

- Álzate Arango, J. A. & Zuluaga Castaño D. E. (Enero – Junio 2010). Los Derechos Constitucionales Desarrollados en la Justicia Restaurativa. *Revista Nuevo Derecho*, 5(6) p. 41.
- Angulo González, G. & Escalante Barreto, E. (2009). Régimen de libertad: captura y medidas de aseguramiento, *El Sistema de Juzgamiento en el Proceso de Responsabilidad Penal de los y las Adolescente*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Bañol Betancur, A. A. & Bañol Betancur, L. G. (2006). *Justicia Restaurativa Una Dinámica Social*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. LTDA.
- Bañol Betancur, L. G., Calvino G., Calderón Sumarriva, A., González, R. M., Águila Grados, G., Melgarefo Allegretto J., Lima E Silva, A., Bañol Betancur, A. A., Gutiérrez Miranda N. H., Velásquez Arango, J., Ramírez Peña, I., Grisales Cardona W. E., Rodríguez Ardiles, G., Colnago Rodríguez, D., Navarro Albiña, R. D., Turpo Huarcaya, C. A., Rodríguez Carmona, P., Calapuja Paricahua J. (2014). La Conciliación en el Proceso. En Bañol Betancur, L. G., *Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal* (pp. 359, 362). Lima: Adrus D&L Editores S.A.C.
- Britto Ruíz, D. (Enero – Junio 2008), ¿Es Restaurativa la Ley Penal Juvenil? *Revista Polisemia*, (1), pp. 26.
- Britto Ruiz, D. (2010). *Justicia Restaurativa: Reflexiones sobre la Experiencia de Colombia*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Burgess A. W., Regehr, C. & Roberts, A.R. (2010). Victimology Concepts and Theories; Early Victim Typologies. En Burgess, A.W. & Regehr, C. (Jones and Bartlett Publishers), *Victimology Theories and Applications*. (pp. 6, 38, 54). Sudbury, MA: Jones and Bartlett Publishers.

- Casas Farfán, L. F. (Diciembre 2010). Justicia Restaurativa como Finalidad del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. *Temas SOCIO-JURÍDICOS*, 28, pp. 91, 92, 94, 95, 96.
- Díaz Cortés L.M. (Enero – Junio 2009). La Reparación: un rostro diferente en el derecho penal juvenil. Referencia al Caso Colombiano. *Nuevo Foro Penal*, Tercera Época, 93 – 96.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). (Febrero de 2011). El crimen y la violencia entre los jóvenes. En desafíos mundiales para los adolescentes. *Estado Mundial de la Infancia 2011; La adolescencia: Una época de oportunidades*. Nueva York: División de Comunicaciones, UNICEF.
- Guzmán Díaz, C.A. (2012). *Responsabilidad Penal del Adolescente*. Bogotá: Ibáñez.
- Hall García A.P. (2004), *La Responsabilidad Penal del Menor, con especial referencia a sus presupuestos y modelos de justicia de menores*. Bogotá: Ibáñez.
- Hendler E. S. (2009), *Las Raíces Arcaicas del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Hoyos Botero C. (2013), *Dilemas Psicojurídicos en Materia de Derecho Penal Juvenil*. Medellín: Ediciones UNAULA.
- Huertas Díaz O. & Morales Chinome I.R. (Julio – Diciembre de 2013). El sistema de responsabilidad penal para adolescentes: la expansión de la punibilidad en el neopunitivismo colombiano. *Revista Científica Guillermo de Ockham*, 11 (2), 70, 71, 73, 76.
- Jaramillo Díaz J.G., Uribe Álvarez R., Posada Orrego J.J., Cadavid Botero M.N., Bedoya Sierra L.F., Velásquez Herrera R., Vanegas Villa P.L., Correa Garcés E.P., Botero Martínez J., Taborda Tamayo C.J., Gó-

- mez Jiménez J.J., Uribe García S., Delgado Llano L.F. & Decastro González A. (2008). Estructura Básica de la Actuación Penal (Sistemática procesal penal mixta acusatoria – Ley 906 de 2004). En Jaramillo Díaz J.G. *Reflexiones sobre el Sistema Acusatorio. Una visión desde la práctica judicial*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. LTDA.
- Jiménez Barros R. (2010). Naturaleza del Defensor de Familia como Institución Garante de la Eficacia de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia. ¿Conciliador o Juez? *Advocatus*, Edición Especial (15), 146 – 148.
- Larrauri Pijoan E. (2004). Tendencias Actuales de la Justicia Restauradora. *Estudios de Derecho*, 61 (138), 79.
- Manzanares Samaniego J.L. (2007). *Mediación, Reparación y Conciliación en el Derecho Penal*. Albolote (Grda): Comares.
- Marcón O. A. (2008). Los niños que delinquen bajo la mirada de la responsabilidad penal o de la responsabilidad social: un avance necesario hacia la justicia restaurativa. *Revista de Trabajo Social Perspectivas*, Año XIII (19), 179 -180.
- Márquez Cárdenas A.E. (Enero – Junio 2010). Normatividad y Características de la Justicia Restaurativa en el Contexto Nacional y su Comparación en la Legislación Extranjera. *Prolegómenos: Derechos y Valores*, XIII, 25, 252, 263.
- Martínez Idárraga J.A., Olaya Salazar J.D.J. & Zuleta Castañeda S. (Enero – Diciembre de 2012). Edad de Responsabilidad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. *Memorando de Derecho*, Año III (3), 76–79.

- Martínez Idárraga J.A., (Enero – Diciembre de 2012). Resultados Primarios del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes: Evolución o Involución de un Sistema con Vocación de Reforma. *Memorando de Derecho*, Año III (3), 135, 140–143.
- Minow M., Crocker D.A. & Mani R. (2011). Comisiones de la Verdad, Justicia, Transicional y Sociedad Civil; Compensación para las Víctimas. En Crocker D.A. (Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes & Pontificia Universidad Javeriana), *Justicia Transicional* (pp. 118, 126, 127). Bogotá: Siglo del Hombre.
- Mojica Araque, C.A. (Enero–Junio 2005). Justicia Restaurativa. *Revista Opinión Jurídica*, (4), 35, 36, 39, 40.
- Mojica Araque, C.A. & Molina López, C.A. (2005). I. Origen y Evolución. *Justicia Restaurativa, Hacia una Nueva Visión de la Justicia Penal*. (pp. 19, 24, 102, 103, 104, 105). Medellín: Señal Textos.
- Quintero, B. & Prieto E. (2000). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis.
- Reyes Alvarado Y., Ramírez Sierra N.J., Poveda Bernal X., González Borrero A.M., Castell Borrero L.A., Gómez Pardo C. & Benavides Chaparro V. (2011). Cumplimiento de los Objetivos de la Reforma; Garantizar Idónea Atención a Víctimas. *Balance de los primeros cinco años de funcionamiento del Sistema Penal Acusatorio en Colombia* (pp. 95, 96, 97, 101, 102, 103, 111). Bogotá: Kimpres Ltda.
- Rivera Beiras, I., González Zapata, J., Bustamante Hernández, O. , Rivera Gómez, J.M., Mosquera Brand, F.A. , Gallo Gómez, J.C. , Gallego Giraldo E.E., García Ortiz, C, Cartagena García G., Peláez Jaramillo. L.E., Guardia López, C.L., Giraldo Cano N., Bustamante Miranda, Y., Ospina Ramírez, C.I., Chaverra Agudelo, R. & Posada Segura J.D. (2013). Los Presupuestos Ideológicos de una Justicia Penal de/ para Los Jóvenes (Hegemonía y Anomalías de un Difícil Vínculo

- Social). En Rivera Beiras, I. *Privación de la Libertad y Delincuencia Juvenil. Perspectivas Jurídicas, Políticas y Filosóficas*. (pp. 25–35). Medellín: Librería Jurídica Comlibros Ltda.
- Rivera Beiras, I., et al. (2013). Del Discurso de “Mano Dura” contra la Delincuencia Juvenil a la Justicia Restaurativa como Pilar Fundamental de la Justicia Penal Juvenil. En Giraldo Cano N. *Privación de la Libertad y Delincuencia Juvenil. Perspectivas Jurídicas, Políticas y Filosóficas*. (pp. 159, 160, 163, 167). Medellín: Librería Jurídica Comlibros y Cia, Ltda.
- Rivera Beiras, I., et al. (2013). Justicia Restaurativa como Alternativa. En Ospina Ramírez, C.I. *Privación de la Libertad y Delincuencia Juvenil. Perspectivas Jurídicas, Políticas y Filosóficas*. (pp. 183, 184, 186, 187, 190). Medellín: Librería Jurídica Comlibros y Cia, Ltda.
- Rodríguez Urbina A. (Octubre – Diciembre 2010). La Victimología como Justicia Restaurativa en el Sistema Penal. Una aproximación a su razón y posibilidad iusfilosófica. *Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional*, (33), 113-114.
- Rubio Lara P.A., Carrillo de Albornoz E.O., Sánchez Rodríguez F., Torres Sánchez C., Hernández del Rincón J.P., Catalán Frías M.J., Luna Maldonado A., Aliaga Casanova A.C. & Díaz Jiménez J.J. (2010). La Víctima desde el Punto de Vista Médico Forense; El Informe Médico Forense; Victimología. En Torres Sánchez C. *Victimología Forense y Derecho Penal*. (23). Valencia (España): Tirant lo Blanch & Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- Ruíz-Hernández, A.F., (Enero – Junio de 2011). El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, su Constitucionalidad y Validez a la Luz de los Instrumentos Internacionales sobre Protección de la Niñez. *Vniversitas*, (122), 339 – 342.

- Sampedro Arrubla, J.A. (Julio-Diciembre 2005). ¿Qué es y para qué Sirve la Justicia Restaurativa? *Derecho Penal Contemporáneo, Revista Internacional*, (12), 55, 69.
- Sampedro Arrubla, J.A. (Julio-Diciembre 2010). La Justicia Restaurativa: Una Nueva Vía, desde las Víctimas, en la Solución al Conflicto Penal. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (17), 92, 93, 94, 96.
- Sarmiento Santander G.L. (2007). *Sistema de Responsabilidad para Adolescentes; Módulo de Formación para Fiscales*. Bogotá: Fiscalía General de la Nación.
- Solórzano Garavito C.R. (2010). *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Tamarit Sumalla J. M. & Villacampa Estiarte C. (2006). La Victimología; Victimología: nacimiento y consolidación de la disciplina. En Tamarit Sumalla J.M. (Ibáñez), *Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora* (pp. 29, 32, 33, 51, 52, 53, 54). Bogotá: Ibáñez.
- Torres T.S.T., Cárdenas J.S., Prieto G.L.M., Vera D.G.R., Ruiz C.S., Rivero D.P., Romero S.L. & Claro C.L.M. (2013). Cuadernillo Introductorio. *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Guía para su Comprensión* (pp. 4, 8, 11). Bogotá: ICBF y OIM.
- Torres T.S.T., et al. (2013). Cuadernillo Uno: El ABC del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Guía para su Comprensión* (pp. 6, 7, 8). Bogotá: ICBF y OIM.
- Torres T.S.T., et al. (2013). Cuadernillo Dos: Los Adolescentes en el Sistema de Responsabilidad Penal. *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Guía para su Comprensión*. Bogotá: ICBF y OIM.

Torres T.S.T., *et al.* (2013). Cuadernillo Cuatro: Justicia Restaurativa, Víctimas y Sociedad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Guía para su Comprensión* (pp. 6, 18). Bogotá: ICBF y OIM.

Torres T.S.T., *et al.* (2013). Cuadernillo Quinto: Justicia Restaurativa, Víctimas y Sociedad en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. *Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Guía para su Comprensión*. Bogotá: ICBF y OIM.

Useche Bohórquez C. (2012). El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Bogotá: Ibáñez.

Zuluaga Osorio J.N., (Noviembre de 2010). La Ley de Infancia y Adolescencia; Fracayos y Retos. *Notas de Derecho*, 3 (3), pp. 41,55.

DOCUMENTOS INSTITUCIONALES

Programas. *Casa Juvenil Amigó & Orientación y Acompañamiento*. Bello: Institución Educativa de Trabajo San José. Recuperado de <http://ietsanjose.org/casajuvenil.php> & <http://ietsanjose.org/orientacion.php> [Consulta el 13/10/2014].

NORMATIVA

Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, Resolución No. 40/33, 28 de noviembre de 1985.

Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, Resolución 40/34, 29 de noviembre (1985).

Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Convención de sobre los Derechos del Niño, Resolución 44/25, 20 de noviembre (1989).

Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, Resolución No. 45/112, 14 de diciembre de 1990.

Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 10 de Octubre (1991).

Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Organización de Naciones Unidas, 11° período de sesiones, principios básicos de la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, Viena, 16 a 25 de abril (2002).

Congreso de la República de Colombia, Ley 906, 31 de agosto (2004).

Congreso de la República de Colombia, Ley 1098, 8 de noviembre (2006).

Congreso de la República de Colombia, Ley 1453, 24 de junio (2011).

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 228 (2001).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 979 (2005).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 370 (2006).

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C – 454 (2006).

ARTÍCULOS
ARTICLES

ESTUDIOS SOCIO JURÍDICOS

LAS CORPORACIONES PÚBLICAS Y LAS INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS (PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS): SUS ALCANCES Y LIMITACIONES PARA EL EJERCICIO DEL BUEN GOBIERNO Y LA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA EN MANIZALES Y CALDAS*

PUBLIC CORPORATIONS AND DEMOCRATIC INSTITUTIONS (POLITICAL PARTIES AND MOVEMENTS): SCOPE AND LIMITATIONS ON THE EXERCISE OF GOOD GOVERNANCE AND QUALITY OF DEMOCRACY IN MANIZALES Y CALDAS

*Ángela María Lora Echavarría**

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2015–**Fecha de aprobación:** 29 de abril de 2015.

Forma de citar este artículo en APA:

Lora Echavarría, A. M. (enero-junio, 2015). Las corporaciones públicas y las instituciones democráticas (partidos y movimientos políticos): Sus alcances y limitaciones para el ejercicio del buen gobierno y la calidad de la democracia en Manizales y Caldas. *Summa Iuris*, 3(1), 185-206.

Resumen

El ejercicio de la actividad política del medio local caldense está dominado, de una parte, por unas costumbres que han sido incorporadas por todos los partidos y movimientos políticos que ejercen su trabajo y, por otro lado, la aceptación, casi incólume, de la sociedad civil, con todos sus componentes, que ha permitido que estas costumbres se consoliden y se conviertan en parte inherente a las prácticas políticas en la sociedad. Se destacan en este trabajo investigativo el clientelismo, el paternalismo y el nepotismo, como los fenómenos que han incidido de una forma más directa y contundente en la manera de relacionarse la clase política tradicional con la sociedad civil, las corporaciones

* Abogada por la Universidad de Manizales, especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social por la Universidad de Caldas, estudiante de la Maestría en Derecho Internacional de la Universidad de la Sabana, licenciada en Lenguas Modernas, especialista en Docencia Universitaria y en Traducción, Investigación y Docencia. Coordinadora de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Luis Amigó-Manizales. Correo electrónico: mz_derecho@funlam.edu.co

públicas, los entes del Estado y, en general, con los particulares. Se ha hecho énfasis en las consecuencias que este tipo de estructura política y de relaciones establecidas entre sus protagonistas genera en las posibilidades que tiene la gran mayoría de acceder a cargos oficiales y al bienestar social y económico a partir de recursos públicos, que, al fin de cuentas, no lo son tanto. De igual manera, se hace un análisis de la forma en que la clase política local ha establecido su dominio en las esferas públicas de la Ciudad y del Departamento y cómo, mediante argucias no muy claras para la opinión pública, ha definido el rumbo de las principales instituciones oficiales en esta comarca.

Palabras clave: Corporación pública, clientelismo, paternalismo, nepotismo, buen gobierno, partidos políticos.

Abstract

The exercise of political activity in our local environment is dominated, in part, by customs that have been incorporated by all political parties and movements engaged in their work, and on the other hand, acceptance, almost unscathed, Society civil, with all its components, which has allowed these customs are consolidated and become an inherent part of the political practices in our society. Notable in this research work cronyism, patronage and nepotism, as the phenomena which have had a more direct and powerful way to connect the traditional political class with Civil Society, Public Corporations, State agencies and, in general, individuals. It has emphasized the impact that this type of political structure and established relationships between the players creates the possibilities in the vast majority of official positions and access to social and economic welfare, from public funds, which, After all, not so. Similarly, an analysis of how local politicians has established its dominance in public areas of the City and the Department and how, through trickery not clear to the public, has defined the direction of the main official institutions in this region.

Keywords: Public Corporation, Clientelism, Patronage, Nepotism, Right Government, Political Movement.

INTRODUCCIÓN

En el marco de un modelo político democrático establecido históricamente en Latinoamérica desde las últimas tres décadas, heredado de teorías, disertaciones y revoluciones milenarias de múltiples culturas y civilizaciones, el accionar de los partidos políticos, de las corporaciones públicas y de la sociedad en general -y sus mutuas interacciones entre ellas- tiene unas características propias que, sumadas a las condiciones locales y regionales, van definiendo sus estructuras y su carácter particular.

Es tal la importancia de los partidos políticos para la construcción de la democracia, que estos se constituyen en el elemento fundamental básico para la consolidación y la calidad de la misma, y medio de expresión por el cual se accede al poder y se canalizan los intereses de la sociedad civil, es decir, de la ciudadanía.

Germán Ayala Osorio sostiene que “un partido político es, en esencia, cualquier grupo organizado que se presenta en los procesos electorales con el propósito de colocar, a través de ellos, a sus candidatos en cargos públicos; candidatos que, en razón precisamente a su elección, quedan comprometidos con su electorado y la ciudadanía en general, a materializar en acciones concretas sus propuestas de políticas públicas ya convertidas en programas de gobierno. (...) Los partidos políticos no solo canalizan demandas desarticuladas, sino que las homogeneizan y, ya agregadas, las agencian, bien cuando acceden al ejercicio del poder político o cuando actúan desde la oposición, contribuyendo en forma decisiva a organizar lo que, en principio, es una caótica expresión de la voluntad política de la ciudadanía. Al seleccionar y estructurar intereses y preferencias con pretensión de generalidad, se puede afirmar que los partidos estructuran, impulsan y orientan los llamados estados de opinión del público sobre los asuntos públicos aunque, a veces, también los manipulen” (2006, pp. 59-60).

En Colombia, como en la mayoría de países latinoamericanos, se ha ido imponiendo un desequilibrio dialéctico entre las relaciones Estado-Sociedad. Desde que los españoles llegaron a tierras del Nuevo Mundo

arrasando a sangre y fuego toda la cultura aborígen, e imponiendo la suya, pasando por las guerras fratricidas e incomprensibles en todo el territorio nacional entre los siglos XVIII al XX, hasta la democracia moderna actual, se ha forjado una asimetría en la representación social ante el Estado que, en últimas, determinaría las condiciones de miseria, ignorancia y explotación que aún subsisten en el país.

En tal sentido, la historia latinoamericana del siglo XIX se enmarca en la obtención de la independencia a partir de las luchas revolucionarias que se gestaron en las élites americanas que pretendían su autonomía con respecto a la Corona española, en aras de construir una república que terminara por completo el régimen colonial y dar inicio a un período de reconocimiento de derechos y de libertades en torno a la ley como expresión de la voluntad general.

En ese sentido, García Villegas manifiesta que muchas de las viejas estructuras coloniales sobrevivieron pese a los cambios políticos e institucionales implementados mediante las numerosas constituciones de los primeros años de vida republicana en Colombia. Al respecto, señala que “no solo las estructuras económicas que sustentaban una sociedad jerarquizada y de privilegios se adaptaron a los nuevos idearios políticos y jurídicos, también lo hizo buena parte de la cultura social colonial” (2009, p. 284).

Estas cortas palabras bastan para tratar de expresar que los aportes y los límites que las corporaciones públicas y los partidos políticos hacen a las administraciones municipal y departamental en beneficio del buen gobierno y la calidad de la democracia, obedece, en gran parte, a una herencia histórica non sancta que se entrelaza con una cultura local y regional, las cuales definen el tipo de relaciones que se establecen entre las dos partes.

Es necesario e imperativo tener en cuenta algunas consideraciones que, aunque a primera vista parecen obvias, es fundamental tener en cuenta para comprender la estructura y consolidación de las prácticas políticas actuales que se dan en este medio político-administrativo. Como norma general, se puede decir sobre el sistema político colombiano que

su ideología política ha estado anclada y definida por intereses prevalentes de una minoría, a costa de los sacrificios y sufrimientos -impasibles la mayoría de las veces- de una mayoría. Por consiguiente, se ha consolidado a través de la historia política colombiana una relación extraña, incomprensible, absurda, pero absolutamente real entre gobernantes y gobernados, entre elegidos y electores; y el bienestar de los primeros se sobrepone al de los segundos.

Todas las teorías políticas y constitucionales, tomadas de otras latitudes la mayoría de las veces, tienen índole clasista, excluyente, privilegiada. Quienes nombran, eligen y apoyan a las élites conforman la base de la sociedad, son el sustento y, al mismo tiempo, los más necesitados y desvalidos; por su parte, los elegidos, absoluta minoría, gozan de privilegios desbordados, a costa de los aportes y sustento de los demás. Es así como a través de la historia política colombiana, la élite política ha ido perfeccionando los instrumentos y procedimientos que los aferra al poder de una manera tan sutil y técnica que pareciera que la democracia fuera un modelo de bienestar social, emanado desde el Estado y sus respectivos Gobiernos. No obstante, se reconoce, eso sí, que en los últimos años, más por la presión popular que por otra razón, la situación indica una tendencia a reducir el desbalance en la participación política y el control social a las actuaciones y legislaciones de la clase política tradicional. En síntesis, se puede decir que el modelo implantado en Colombia y en cada una de las regiones territoriales está inspirado en una teoría clasista de la sociedad, excluyente e implacable.

La segunda característica del sistema político colombiano a tener en cuenta en este trabajo es que ha sido el resultado de la influencia de dos fuentes históricas y geográficamente inevitables: por un lado, en un grado creciente, la influencia de los procesos históricos cada vez más interdependientes de la comunidad de países en general, acentuado por la globalización actual y, por otro lado, la incidencia que el factor regional y etno-geográfico en especial, de acuerdo a las condiciones de cada zona, tiene con sus características particulares y singulares en el país.

Ambos fenómenos tienen su aporte en la consolidación paulatina del régimen político que se ha ido estableciendo en el país y que ha ido evolucionando en la medida en que estos dos elementos han cambiado y se han acomodado a través de la historia reciente. En el transcurso del ensayo se irá mencionando, en la medida de las necesidades y requerimientos contextuales, las influencias de uno y otro en la definición del carácter político del entorno local, regional y nacional.

Una tercera característica a considerar en la definición del modelo político-económico colombiano es el puesto que al país le ha tocado en el ámbito geo-político internacional y que ha aceptado, incluso estimulado en diferentes Gobiernos, como un país dependiente, complaciente y servil frente a otros que tienen predominio económico y político sobre el colombiano. Esta posición ha dado a la Nación una condición de facilitador, pues se ha permitido a algunos organismos y gobiernos internacionales constitucionalmente legalizar sus intereses y sus propósitos financieros, que dejan a Colombia y sus regiones político-administrativas a expensas de los propósitos de enriquecimiento y monopolio del capital transnacional.

1. DEMOCRACIA REAL O DE PAPEL

Se parte del hecho de que un sistema democrático pluralista y participativo, como el colombiano, es un sistema de gobierno que, con todas sus falencias conceptuales, se aproxima a un modelo que busca en teoría establecer normas equitativas, justas y eficientes para beneficio de la mayoría de los habitantes de una nación. Pero en el complejo camino de la aplicación y ejecución del modelo en la práctica cotidiana, tanto en los organismos políticos y jurídicos institucionales como en las labores del ciudadano del común, se refleja una distorsión que se puede convertir en ocasiones en una perversión del modelo, de acuerdo a las situaciones particulares del diario acontecer nacional y de los intereses que se ponen en medio de cada situación real.

Para tratar de dilucidar el asunto lo mejor posible y esclarecer cómo, dónde y por qué se pervierte el modelo y de qué manera los principios democráticos que lo rigen se convierten en obstáculos, trabas y engaños

sutiles pero reales, se tratará de profundizar un poco en lo que sucede al interior de los partidos políticos y las corporaciones públicas, como los concejos municipales y las asambleas departamentales.

La política partidista colombiana está estructurada de tal forma que pareciera diseñada con el propósito de frenar y obstaculizar cualquier intento de penetración social real en las esferas del poder estatal. Sus características principales son la jerarquización y la no discrecionalidad (no hay autonomía para tomar decisiones por parte de los mandos medios y bajos en la escala interna de los partidos políticos). Igual que en el sector castrense o religioso, el ascenso de estatus dentro del partido político es una odisea difícil de lograr; solo mediante argucias electoreras o apellidos de alcurnia se puede acceder a ello. De otro lado, se tiene la negativa doctrinal de actuar libremente, obedeciendo a sus creencias o convicciones. Cada accionar está sujeto al visto bueno de superiores jerárquicos que deciden lo que se debe decir, dónde decirlo y en qué momento hacerlo. Este tipo de modelos irracionales que manejan todos los partidos políticos colombianos, incluso los de la izquierda, degeneran en tres prácticas que corroen la esencia de la democracia participativa y pluralista.

1.1. CLIENTELISMO

En primer lugar está el clientelismo, figura aferrada por años a la práctica electoral y a las relaciones que establecen los partidos y movimientos políticos con las esferas gubernamentales. Aquí las lealtades están vinculadas a incentivos y recompensas materiales a cambio de concesiones o de silencios complacientes. Esta práctica hay que entenderla no como una simple técnica electoral, sino como una organización sociopolítica esencial que perpetúa la clase política tradicional en el poder; pero, además, afianza la apropiación privada de los recursos públicos.

A manera de síntesis de lo que comprende el clientelismo, se encuentra la siguiente definición:

El clientelismo puede ser definido como una relación de intercambio por la cual se entregan bienes o se otorga trabajo a cambio de apoyo político, y cuya duración variará según las necesidades y posibilidades de quien ostente mayor poder. Sus elementos giran en torno a tres etapas: ofrecimien-

to, aceptación y cumplimiento; pero difícilmente los que ostenten poder quieran concluirlos; de allí el persistente deseo de continuidad que tienen y el hecho de que no varíen las situaciones anteriores. Es fundamental entonces la importancia del accionar gubernamental para lograr una toma de conciencia en los sectores más débiles, la cual es la que permitiría debilitar ese tipo de estructuras, a partir de la propia revalorización del individuo. La pobreza y necesidades de quienes tienen menos recursos, y su continuidad en similar situación, permite a quienes deseen obtener réditos políticos poder realizar un intercambio con menor esfuerzo y exigencia de su parte. Por eso la relación es posible a partir de una apariencia de ayuda que en la práctica no es tal, dado que el cliente se mantiene en una misma posición. Por otra parte, existirá un grupo acostumbrado a ese tipo de relación que, con el tiempo, deberá aceptar intercambios menos redituables dada su imposibilidad de adoptar una respuesta diferente a su situación. Entre los métodos más comunes del clientelismo político se pueden mencionar el otorgamiento de trabajo, las licencias para las actividades de importación y exportación, los contratos públicos a particulares, los créditos, los subsidios, los servicios sociales. En todos los casos, el límite estaría dado por el acuerdo previo de intercambio de favores que, por lo general, se realiza en forma explícita. Entre las políticas que dan lugar a un cambio o disminución del clientelismo están la profesionalización de la administración pública, exámenes de competencia para acceder a cargos, obras de infraestructura, educación, democratización interna de los partidos políticos, políticas sociales temporarias que preparan para un mejor desenvolvimiento social y la toma de conciencia de las propias potencialidades (Vittadini, 2009, p. 178).

Asimismo, Salomón Kalmanovitz, académico y ex miembro de la Junta Directiva del Banco de la República, en el periódico El Espectador del 4 de marzo de 2012 menciona:

Puedo hacer una larga lista de hechos negativos atribuibles al clientelismo y que frenan el desarrollo de las fuerzas productivas en el país: las carreteras y dobles calzadas pagadas muchas veces y que no se terminan nunca, las ciudades con sistemas de transporte varias veces robados, Bogotá misma agobiada por vías entregadas a la corrupción y un sistema de transporte que no aguantó el futuro.

En fin, los frenos al desarrollo económico en Colombia no surgen tanto de la falta de impuestos ni de un sector público ineficiente, sino de una enfermedad más vieja y persistente: el clientelismo. Este modo de hacer política en el país, enraizado y soportado en el clientelismo, es quizá el obstáculo más prominente para que la nación y las demás emparentadas con la nuestra, se desarrollen equitativamente, se fortalezcan sus democracias y se consolide, o por lo menos, se reduzca la desigualdad social, política y económica.

De acuerdo con el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (2011), CLAD, la corrupción -de la cual se puede inferir que es generada por el clientelismo- constituye un grave problema y una significativa amenaza para la estabilidad y seguridad de las sociedades, en la medida en que socava las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia, y compromete seriamente el desarrollo sostenible y el imperio de la ley, además de erosionar la moral de las sociedades y distorsionar las economías y la asignación de recursos para el desarrollo.

Desde la posición de varios autores, se encuentra que se asimila la corrupción a un triángulo de hierro conformado por la alta administración pública, las empresas electorales y una parte del mundo de los negocios. Al respecto, se observa:

“...Triángulo de hierro en cuyos vértices están los administradores de la cosa pública, políticos y empresarios que se coaligan para llevar a cabo negocios que les permitan a los últimos obtener contratos, eliminar la competencia, reducir costos, tener tratamientos favorables en materia tributaria y recibir subsidios a través de leyes diseñadas para tal efecto; a cambio de lo cual los primeros reciben sobornos y a los segundos se les financia las campañas políticas” (Misas; Franco & Oviedo, 2005. p. 301).

1.2. PATERNALISMO

Se pasa ahora a otra de las prácticas que con exagerada frecuencia se registra en Colombia, especialmente en las regiones geográficas alejadas de las grandes urbes, donde se establece y florece con todo su esplendor: el paternalismo de los gamonales bipartidistas (tanto del Partido Liberal como del Partido Conservador). Su modus operandi en todas partes de la geografía colombiana es semejante: su poder económico, ya sea heredado por familia, o por sus mismas iniciativas egoístas, se enaltecen por sus dádivas, representativas de una bondad simulada, pero que genera sus frutos de idolatría y la solidaridad perenne en las urnas. Los recursos se asignan descuidando el interés general y la eficiencia, mientras resulta obsesiva la rentabilidad electoral, el favor impúdico, la inequidad y la ocultación. Su estrategia es certera e inmisericorde: La droga para el abuelo, la leche para el niño, el puesto para el sobrino, la llamada mágica para el funcionario de turno, el dinero en efectivo. El gamonal es el papá de todos, el que tiene el entronque con todas las autoridades del pueblo y del de-

partamento, que manejan al dedillo. No hay puesto, movimiento político o recurso económico que se mueva sin su autorización; cada mesa de votación, cada candidato a las corporaciones públicas del municipio, cada escaño del concejo municipal, son milimétricamente controlados por sus cálculos electoreros.

Lo que no se percibe en estas zonas es el desequilibrio y la inequidad que este tipo de comportamientos genera, no solo en el común de la gente, sino en las mismas arcas de los municipios y veredas afectadas por este fenómeno corruptible. En el periódico virtual La Voz de Galicia, Álvarez Corbacho lo dice de una manera clara y escueta:

...Porque se generan ilusiones financieras de gratuidad en los servicios públicos, porque la ausencia de impuestos disciplina a ciudadanos y gobernantes, y porque así la demanda de favores, subvenciones, obras o servicios es infinita. En estas circunstancias, el político aparece como padre egregio o como rey mago navideño, premiando o castigando al súbdito según su comportamiento previo. O sea, que los sistemas de financiación de las administraciones públicas (que establecen la importancia relativa de los impuestos y las subvenciones) no son cosa baladí, sino más bien parte sustantiva del diseño institucional y del desarrollo democrático (2013).

Mauricio Botero Caicedo, en El Espectador (14 de marzo de 2009), va un poco más allá del asunto y nos dice que “el paternalismo, en donde el soberano se comporta con los súbditos como un padre y en donde los súbditos son tratados como menores de edad, por definición, es despótico. Por el contrario, la democracia es la salida del individuo de la situación de minoría de edad: el abandono de la infancia es importante para alcanzar la madurez política y económica, y dejar atrás el paternalismo. Esta práctica política, igual que la anterior -el clientelismo- contribuye a limitar los espacios de participación social real; genera y amplía la pobreza de las clases sociales desfavorecidas, y lo más cruel y deprimente al mismo tiempo es que la convierte en parte inherente de la cultura, no solo política, sino social y económica de la mayor parte de la población, por lo menos de la que sostiene con sus votos al papá noel del pueblo. Su malignidad, su veneno antidemocrático, sale de las mismas entrañas de la sociedad, sin que se esté consciente de ello”.

1.3. NEPOTISMO

Para completar el panorama excluyente, se tiene que otra de las prácticas políticas heredadas de la clase dirigente tradicional, es el nepotismo, que campea por toda la geografía nacional. Un apellido de alcurnia, una familia de la alta sociedad o la parentela de un gamonal son suficientes, en el país y en la comarca, para tener acceso, sin importar los méritos profesionales o técnicos, a la burocracia estatal. La desvergüenza no es poca y el cinismo es excesivo cuando se habla de esta práctica en los cargos públicos.

Sobre este fenómeno, en 1995 el diario El Tiempo publicó lo siguiente:

De los hermanos del senador, siete trabajan en el sector público caldense en entidades como la Industria Licorera de Caldas, Corpocaldas y la Contraloría. Además, tiene tres primos en Cajanal, la Industria Licorera y Asbasalud, cuatro sobrinos que trabajan en el departamento, el municipio y en Telecafé, así como tres cuñados vinculados al Hospital de Caldas, la Industria Licorera y la Contraloría. Omar Yepes, la cabeza de la gran familia, fue electo con 45 mil votos; mientras que su hermano, Arturo, resultó elegido representante a la Cámara por la circunscripción de Caldas con 28 mil votos. Y, aunque la Constitución prohíbe que dos hermanos del mismo partido accedan a curules en el Congreso durante la misma elección, los dos Yepes se inscribieron en movimientos distintos para evadir esta inhabilidad. Mientras Omar Yepes se inscribió por el Partido Conservador, Arturo Yepes lo hizo por el Movimiento Nacional Progresista, agrupación que fundó antes de su elección.

Igual que en el clientelismo y en el paternalismo, esta última táctica cierra las puertas a la participación social en la política. Pero a diferencia de aquellas, esta tiene una estrategia mucho más eficiente y de mayor cobertura. Cada pariente elegido tiene un campo de acción de su dominio que implica un crecimiento geométrico en la cobertura política y administrativa del jefe supremo. Los puestos de trabajo, de bajo y mediano rango, quedan a expensas de la familia. Los contratos públicos multimillonarios se deciden en la sala familiar. Poco o casi ningún accionar queda en las administraciones públicas municipales y departamentales para aquellos que, por méritos o por derecho propio, quieren acceder a algún cargo público.

Se tiene, de esta forma, el monopolio y la exclusividad en el manejo del Estado por parte de la clase política tradicional colombiana. Lo que queda es poco y espurio, cuando no insignificante.

Ante este panorama inequitativo, elitista y excluyente, las opciones que le quedan a la sociedad civil de participar en lo público son, constitucionalmente, expeditas y múltiples. Desde la iniciativa popular hasta la revocatoria del mandato, pasando por los diferentes tipos de referéndums, existen en el papel un sinnúmero de alternativas constitucionales que la sociedad civil puede y debe utilizar para, de alguna manera, participar en las decisiones que afectan lo público desde lo estatal. Sin embargo, la cuestión es compleja y desalentadora. La misma estructura de la organización política de partidos, de bancadas, de regulaciones en los cargos públicos, de relaciones de poder asimétricas entre la élite y el resto, de los padrinazgos políticos y del sinfín de triquiñuelas consuetudinarias establecidas de antaño, para blindar y darle continuidad al sistema y al modelo político neocapitalista, hacen que la participación de la sociedad civil, aun existiendo los instrumentos legales y jurídicos, sea mínima, exigua, frente a lo que debiera ser. La lucha que este colectivo ha emprendido en Colombia en los últimos años ha sido denodada, pero al mismo tiempo insuficiente, para lograr tener un aparato político-estatal que le dé más garantías de participación real en la distribución de cargos públicos, de mejor educación, de un mejor estatus de vida y de reducir la brecha creciente entre ricos y pobres.

La única posibilidad que tiene el pueblo para establecer un contrapeso -pues sería ingenuo hablar de un equilibrio- al apetito voraz y despiadado de la clase política tradicional de este país, es la organización de la sociedad civil y de la opinión pública como entes que puedan, por un lado, develar las intenciones pérfidas de los políticos de oficio y, por el otro, puedan ir abriendo camino -así sea a ritmos pausados- con miras a conquistas sociales de hondo calado con tendencia a la publicación del Estado. Solo la interacción dinámica y dialéctica de todos los actores que hacen parte de la sociedad civil (ONG, medios de comunicación, gremios, sindicatos, iglesias, movimientos ciudadanos, etc.) y su participación de-

cisiva en asuntos que tienen que ver con toda la sociedad puede ir permeando la sólida y férrea estructura antidemocrática y extractiva de las instituciones políticas de la región.

Así las cosas, “es claro que la participación ciudadana se orienta centralmente a afectar la institucionalidad del aparato del Estado de forma de lograr una mayor “publicación” en los procesos de adopción de las políticas y decisiones estatales” (Cunill, 1997). Es a lo que se debe aspirar cuando se trata de movilizar tanto la opinión pública como a la sociedad civil.

Es muy importante mencionar que la organización de la sociedad civil -restringida muchas veces al control de servicios públicos singulares- debe tener una independencia crítica frente a los partidos políticos tradicionales, pero al mismo tiempo debe interactuar con ellos de tal manera que se pueda llegar a intercambios de doble vía, donde los únicos beneficiados en este proceso sean los miembros de toda la sociedad. Lo más importante es que en los diferentes escenarios donde se encuentren para compartir experiencias y conocimientos, se pueda generar un clima de confianza, de independencia y de respeto por toda la comunidad. Es en estas circunstancias en las que la sociedad civil en conjunto debe ir ampliando su radio de acción, para que los nuevos valores políticos se vayan instalando en un nuevo modelo que termine de una vez por todas con las costumbres dañinas y corruptas de la clase política tradicional de este país y de esta comarca.

Valores como la austeridad, la transparencia, la responsabilidad social, la ética a toda prueba, son indispensables y absolutamente necesarios en el actuar político de la sociedad civil. De otro modo, se pasará a adquirir los vicios, las costumbres, la cultura política corruptora de quienes son sus peores ejemplos; es tal el carácter de la política nacional, regional y local, que si no se salvaguarda con firmeza y responsabilidad la ética pública, tarde o temprano se terminará imitando a quienes tanto daño han hecho a la sociedad colombiana. Al final, en vez de ser un instrumento de lucha y de reivindicación, una persona se puede convertir en un instrumento de Estado, en un amplificador de los programas estatales o en un asociado en las estructuras de poder y coordinación.

Se menciona en este punto la opinión pública como un fenómeno que, gracias a los avances tecnológicos actuales, inimaginables en otras décadas, ha tenido una gran influencia en el devenir político de la ciudad de Manizales y del país. En este sentido, “para Habermas, la sociedad civil y la opinión pública pesaron fuertemente para construir el Estado de Derecho. La norma jurídica ya no fue producto de la tradición o de la voluntad divina, como en los tiempos anteriores, sino producto de la razón, considerada como la expresión de la voluntad general. Sin esta atribución, sin la presuposición de la opinión pública como el origen de toda autoridad vinculada al conjunto, la democracia moderna carece de sustancia de su propia verdad. La esfera pública de la sociedad civil moderna aparece, entonces, como la afirmación de que la opinión pública que se forma en ella es la única fuente legítima de la ley” (Habermas, 2004, p. 81).

De igual manera, Habermas sostiene lo siguiente:

La esfera o el espacio de la opinión pública no puede entenderse como institución y, ciertamente, tampoco como organización; no es un entramado de normas con diferenciación de competencia y de roles, con regulación de las condiciones de pertenencia, etc.; tampoco representa un sistema; permite, ciertamente, trazados internos de límites, pero se caracteriza por horizontes abiertos, porosos y desplazables hacia el exterior. El espacio de la opinión pública, como mejor puede describirse, es como una red para la comunicación de contenidos y tomas de postura, es decir, de opiniones, y en él los flujos de comunicación quedan filtrados y sintetizados de tal suerte que se condensan en opiniones públicas agavilladas en torno a temas específicos (1998, p. 35).

Su incidencia en decisiones de alto nivel comprometen muchas veces las verdaderas intenciones de los políticos de turno que tratan de usurpar bienes públicos o de despistar a la sociedad mediante argucias que son detectadas y desbaratadas en beneficio de toda la sociedad.

2. ALCANCES Y LIMITACIONES PARA EL EJERCICIO DEL BUEN GOBIERNO Y LA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA: CLIENTELISMO, PATERNALISMO, NEPOTISMO EN EL MUNICIPIO DE MANIZALES

Se tiene entonces, de un lado, la clase política tradicional, que defiende sus intereses mediante prácticas generalizadas en todo el país y acentuadas en la mayoría de las regiones, sustentadas casi todas ellas en los vínculos débiles que existen entre los partidos políticos y sus electores, en la falta de cultura política del pueblo, en la apatía de la gran mayoría por los asuntos políticos y en un sinfín de condiciones que los sustentan, incluso a pesar de su desprestigio social. Esta representa, en su gran mayoría, los intereses de una élite y del propio Estado.

De otro lado, se encuentra la sociedad, grupo mayoritario de personas que no cuentan con los medios para acceder a una vida digna ni a los mecanismos constitucionales que les da derecho a participar de los bienes estatales, que son públicos, y que por arte de magia se los apropiaron unos cuantos. Esta parte está representada en la llamada sociedad civil y en la opinión pública que, conceptualmente, son las llamadas a ir minando poco a poco el poder omnímodo de la clase política colombiana.

Teóricamente, la democracia participativa es modelo de oportunidades y ejemplo de la institucionalidad y estabilidad política; y cuenta con los instrumentos, mecanismos, recursos y procedimientos para que así sea. Considerada una de las más estables en América, ha contado con una doble condición sine qua non que la ha mantenido estable y como ejemplo ante propios y extraños. Encontramos así dos factores en juego: (a) La habilidad de los políticos que han sabido manejar su posición dominante con estrategias corruptas, pero populistas y paternalistas, que los hace casi benévolos; (b) La pasividad y el adormilamiento del pueblo que, en medio de una crisis permanente, mantiene su posición de resignación o indiferencia.

El problema radica en la ejecutoria y funcionalidad de todo ese andamiaje de leyes y códigos que hacen de la colombiana una democracia ejemplar. Se mencionarán a continuación una serie de problemas que no hacen viable la democracia participativa tal como está concebida: en beneficio de la mayoría.

1. El analfabetismo político, estimulado por los caciques regionales, a quienes solo les interesan los réditos personales.
2. La complacencia silenciosa del ciudadano del común que, ante las injusticias, prefiere quedarse callado.
3. La falta de liderazgo popular acallado por la violencia o anulado por la ignorancia.
4. La rigidez política que impide el ascenso de quienes aspiran y no llegan.
5. La reproducción de la desigualdad económica en el plano político, donde prima el capital, bien o mal habido, por sobre los méritos o las aspiraciones legítimas.
6. La abstención en las votaciones, que deslegitima los gobiernos locales, regionales y nacionales, sustentada en la aversión y pérdida de credibilidad en los políticos.
7. Los problemas en los controles del gasto público, que generan corrupción endémica en toda la clase política colombiana.
8. Los ya mencionados problemas de clientelismo, nepotismo y paternalismo, que conducen al mismo precipicio de la corrupción.

Sobre este tema, Rudolf Hommes manifiesta:

La que impide que los países se desarrollen y la que ha preocupado a los filósofos y a los pensadores políticos en el tránsito de la antigüedad a la era moderna ha sido la corrupción del sistema, que nace en el Estado y proviene del sistema político dominante, cuando los políticos manipulan sistemáticamente la economía o la capacidad del Estado para generar rentas o beneficios de todo orden para asegurar, aumentar o mantener su poder político. Este no es un asunto de manzanas podridas que causan problemas, ni se soluciona substituyendo a los malos y poniendo a gente de bien en posiciones de autoridad (o liderando a los malos). Es una falla fundamental del sistema, que mantiene a la sociedad en permanente peligro de que se

concentre excesivamente el poder y se pierda el equilibrio que emana del balance entre poderes, que es el que garantiza la libertad y la estabilidad democrática (El Tiempo, 12 de julio de 2012)

En este punto, luego de realizada la semblanza del sistema político y de los mecanismos que utilizan los políticos profesionales para perpetuarse en el poder, y los trucos para simular la gobernabilidad legítima, se afirma que un lastre político de funestas consecuencias para la economía y bienestar social de manizaleños y caldenses se arrastra desde hace varias décadas.

El empoderamiento de los caciques políticos define, en gran medida, el comportamiento de las corporaciones públicas y de los partidos políticos en la ciudad y en el departamento de Caldas. Aún predominan las prácticas políticas mencionadas arriba, a pesar de que se ha pasado de una situación en la que el cacique era concejal de varios municipios al mismo tiempo y en la que, aparentemente, los votos eran repartidos por sus titulares, minutos antes de iniciar las votaciones, asegurando el triunfo de los candidatos, a otra en la que se consolida la tendencia a nuevos grupos políticos y donde las artimañas electorales cada vez son más sofisticadas, pero al mismo tiempo más onerosas y riesgosas.

Fals Borda hace una reflexión en 1991, hablando de la nueva constitución:

La nueva Colombia por la que tantos han trabajado desde hace tiempo, cuyas perspectivas quedan consagradas en la Constitución de 1991, depende en alto grado de que se sepa responder, organizadamente y con agrupaciones sociales fuertes, a las urgencias del sustrato regional y provincial con todos sus elementos, incluyendo los macondianos y sus gentes sentipensantes. Estos son los actores de carne y hueso cuya trágica suerte nos sigue preocupando como hombres de ciencia y como políticos (p. 111).

Las urgencias del sustrato provincial y regional, de índole crítico e inconforme con la dinámica político-administrativa, han sido silenciadas para siempre, como en el caso de Orlando Sierra Hernández, crítico acérrimo de los políticos comarcanos.

CONCLUSIONES

Con la expedición de la Constitución de 1991, entró en vigencia el principio del pluralismo político como garante de la participación ciudadana, entendida desde el contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho. Este principio constitucional propició la apertura política a diversas fuerzas ideológicas provenientes de los sectores culturales, religiosos, económicos, sociales, etc., del país. Este hecho, sumado a los escasos requisitos para la constitución de una colectividad política, fomentó la fragmentación del sistema de partidos políticos.

Una de las formas que tiene la sociedad civil para contrarrestar el desequilibrio rampante que predomina en la estructura socio-política es desarrollar el asociacionismo crítico, fundado en la solidaridad y destinado a la construcción de ciudadanía y el ejercicio de funciones públicas.

Sobre el asunto, Paulo Arboleda señala:

Por esta razón, las reformas políticas en Colombia no pueden pretender modificar el sistema de partidos políticos y el sistema electoral cada vez que se presenta una crisis institucional, mediante la expedición de normas que, en la práctica, no han solucionado el problema. Por tanto, el aspecto jurídico (se hace referencia a la expedición de actos legislativos y de normativa en materia política) no cambió el aspecto político (clientelismo, paternalismo y nepotismo), hecho que demuestra que antes de plantearse una reforma política, el Estado, a través de las políticas públicas, debe construir las bases sobre las cuales se levanten los pilares de la justicia social y, por ende, los pilares de la educación, el empleo digno, una alimentación adecuada, etc., que pongan fin a las manifestaciones violentas que han caracterizado la historia de Colombia por más de 60 años¹ (2015, p. 174).

Ahora bien, “el problema, como se señaló, es comprender la dinámica de un sistema político cuando la estructura y funcionamiento de los partidos es débil e, incluso, inexistente; es decir, cuando los mediadores naturales, partidos y grupos políticos resultan incapaces de articular las demandas ciudadanas en propuestas de política pública agenciadas a

¹ Un estudio sobre la violencia en Colombia puede verse en: Deas, M. & Gaitán, F. (Eds.). (2005). Dos ensayos especulativos sobre la violencia en Colombia. Bogotá: Fonade y Planeación Nacional.

través de procesos electorales y de mantener una fluida interacción tanto con la sociedad civil como con las instituciones jurídico-políticas” (Ayala, 2006, p. 17).

Así las cosas, “el espacio que dejan los partidos políticos ante la debilidad de sus estructuras y de sus plataformas ideológicas es llenado por un nuevo actor de gran cobertura y poder económico: los medios masivos de comunicación” (Arboleda, 2015, p. 123).

Se sabe del poder de los medios de comunicación en el devenir político de la cultura colombiana y cómo estos han desempeñado un lugar predominante en el conocimiento real de hechos que tienen que ver con la política y la economía nacionales y locales. El auscultamiento investigativo de algunos periódicos y emisoras ha destapado grandes hechos de corrupción y de malversación de fondos a todo nivel. El fomento a la independencia crítica y económica de los medios de comunicación es un baluarte que la sociedad civil y la opinión pública deben estimular y acrecentar.

Finalmente, la educación pública y privada en todos los niveles debe permitir que tanto docentes como estudiantes y padres de familia puedan acceder a una concientización del papel que deben cumplir con las exigencias a los políticos de su barrio, vereda o comuna, para que rindan cuentas de los compromisos hechos en las campañas políticas. En las aulas de clase, en las casas comunales, en los espacios deportivos, debe haber información y cultura política, destinada a reclamar sus derechos como ciudadanos.

REFERENCIAS

- Arboleda, P. (2015). *Los partidos políticos en la Constitución de 1991*. Medellín: Funlam.
- Ayala, G., Duque, Ó. & Hurtado, G. (2006). *Medios de comunicación y seguridad democrática: De la democracia radical al unanimismo ideológico*. Santiago de Cali: Universidad Autónoma de Occidente.
- Bernales, M. & Flórez, V. (1997). *La ilusión del buen gobierno*. Recuperado de: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001368/136856s.pdf>
- Botero, M. (14 de marzo de 2009). El retorno del paternalismo. Colombia. *Periódico El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/columna127321-el-retorno-del-paternalismo>
- Cunill, N. (1997). *Repensando lo público a través de la sociedad. Nuevas formas de gestión pública y representación social*. Caracas: Nueva Sociedad.
- Deas, M. & Gaitán, F. (Eds.). (2005). *Dos ensayos especulativos sobre la violencia en Colombia*. Bogotá: Fonade y Planeación Nacional.
- De Sousa Santos, B. (2004). *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*. Quito: CLACSO.
- Fals Borda, O. (1991). *La accidentada marcha hacia la democracia participativa en Colombia*. Recuperado de: <http://www.iepri.org/portales/anpol/14.pdf>
- Federación española de municipios y provincias. (2010). *Calidad democrática y buen gobierno*. Recuperado de: <http://www.uimunicipalistas.org/xcongreso/documentacion/documentos/II/9.pdf>

- Galvis, F. (2012). *La Constitución Política de 1991. Balance de 20 años*. Bogotá: Temis.
- García, M. (2009). La flexibilidad de la ley. En García, M. (Director), *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Dejusticia.
- Guevara, J. (2009). *La Democracia participativa como instrumento de dominación de la esfera pública*. Una mirada crítica a la realidad política colombiana a partir de la constitución de 1991. Recuperado de: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/1578/1/80871509.pdf>
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2004). *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Barcelona: Gustavo Gili.
- Jiménez, W. & Ramírez, C. (2008). *Gobierno y políticas públicas*. Recuperado de: http://hermesoft.esap.edu.co/esap/hermesoft/portal/home_1/rec/APT2010/1_APT_CREDITOS/SEMESTRE%20%20APT%20CREDITOS/GOBIERNO%20Y%20POLITICAS%20PUBLICAS.pdf
- Kalmanovitz, S. (4 de marzo de 2012). *Clientelismo y desarrollo*. Periódico *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/opinion/clientelismo-y-desarrollo>
- La Sillavacía. (2010). *La Fundación Buen Gobierno se traslada a Palacio (y muere)*. Recuperado de: <http://www.lasillavacia.com/node/nodetopdf/18402>

- Mejía, J. (2012). *La sociedad civil y el buen gobierno*. Recuperado de: http://www.idea.int/publications/nudos_criticos/upload/2.%20La%20sociedad%20civil.pdf
- Misas, G.; Franco, A. & Oviedo, M. (2005). Un marco analítico para entender la corrupción. *Revista Economía Colombiana, Contraloría General de la República*, 307, 8-45.
- Stoker, Gerry. (2011). *El buen gobierno como teoría: Cinco propuestas*. Recuperado de: http://pensamientopolitico.50g.com/textos/buen_gobierno_stoker.pdf
- Unidad Investigativa. *La dinastía de los Yepes en Caldas. Periódico El Tiempo*. Colombia. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-385737>
- Villoria, M. (2009). *Corrupción y liderazgo público*. Recuperado de: [http://www.aecpa.es/uploads/files/congresos/congreso_07/area06/GT24/VILLORIA-MENIETA-Manuel\(URJC\).pdf](http://www.aecpa.es/uploads/files/congresos/congreso_07/area06/GT24/VILLORIA-MENIETA-Manuel(URJC).pdf)
- Vittadini, S. (junio 2009). Clientelismo político: Viejas técnicas, nuevas realidades. *Revista Sociedad Global, Revista de Relaciones Internacionales y Ciencias Políticas*, Universidad de Taipei, 3(1).

LA QUEBRADA MANIZALES, QUEBRADA AMBIENTALMENTE POR LA LEGALIDAD E ILEGALIDAD DE LOS VERTIMIENTOS¹

MANIZALES STREAM, ENVIRONMENTALLY RUINED BY LEGALITY AND ILLEGALITY OF DUMPING

*Mónica Aristizábal Botero**

Fecha de recepción: 2 de abril de 2015–**Fecha de aprobación:** 27 de abril de 2015

Forma de citar este artículo en APA:

Aristizábal Botero, M. (enero-junio, 2015). La quebrada Manizales, quebrada ambientalmente por la legalidad e ilegalidad de los vertimientos. *Summa Iuris*, 3(1), 207-233.

Resumen

El presente artículo muestra la normativa colombiana de la protección al ambiente sano, en contraste con la realidad de la contaminada quebrada Manizales, de la cual se predica que yace muerta, pues supera su capacidad de carga para recibir vertimientos domiciliarios e industriales, los cuales se hacen en forma legal e ilegal. El objetivo principal del estudio fue determinar la eficacia de las decisiones de la autoridad ambiental -Corpocaldas- en la protección del ambiente en dicha quebrada. La metodología escogida fue de corte cualitativo y con alcances descriptivos. La principal conclusión radica en que los permisos de vertimiento obvian la capacidad de carga de las aguas de la quebrada y la falta de eficacia de las decisiones de la autoridad ambiental en la protección del medio ambiente, en el caso de estudio, en materia de vertimientos.

Palabras clave: Vertimientos legales e ilegales, contaminación de aguas, permisos provisionales de vertimientos, principio el que contamina paga.

¹ Este artículo emana de la investigación concluida titulada: “Eficacia de las decisiones político-administrativas y ambientales en la protección del derecho a un ambiente sano de las comunidades ubicadas alrededor de la quebrada Manizales, en la zona industrial de Juanchito”. Realizado por los grupos de Investigación en Medio Ambiente y Desarrollo, y Derecho y Sociedad de la Universidad de Manizales, Colombia, donde la autora fue co-investigadora. En este artículo solo se muestra una arista de los resultados investigativos, que tienen una mayor extensión.

* Abogada, Especialista en Derecho Administrativo y en Finanzas Públicas, Magíster en Educación y Docencia. Directora Académica de TCA, Tutorías Consultorías Académicas, www.tca.com.co; Catedrática Funlam. Colombia. Correo electrónico: tca@tca.com.co

Abstract

The current article shows the Colombian regulations for protection to a healthy environment in contrast to what is evidenced from the contaminated Manizales Stream from which it is alleged that lies dead attributable to exceeding its load capacity to receive residential and industrial dumpings, which are legally and illegally carried out. The main objective of this study was to determine the effectiveness of the decisions of the environmental authority -CORPOCALDAS- in the protection of the environment in Manizales Stream, the methodology chosen was qualitative and with descriptive ranges. The main conclusion is that dumping permits obviate the load capacity of the waters in the stream and the lack of effectiveness of the environmental authority's decisions in the protection of the environment in the case of study in the area of dumping.

Keywords: Legal and illegal dumping, water pollution, interim permits of dumping, the polluter pays, environmental permits from CORPOCALDAS.

LA QUEBRADA MANIZALES, QUEBRADA AMBIENTALMENTE POR LA LEGALIDAD E ILEGALIDAD DE LOS VERTIMIENTOS



Foto: Juan Jacobo Campuzano A. Kilómetro 11 Vía al Magdalena. Marzo de 2015.

INTRODUCCIÓN

La quebrada Manizales se ubica al oriente de la ciudad de Manizales, tiene una longitud aproximada de 11 Km, otrora parte del ecosistema del páramo del Ruíz; en sus alrededores, hay cultivos, actividad ganadera, explotación minera, el parque industrial de la ciudad y viviendas.

La zona industrial de Maltería se ha ubicado a lo largo de la quebrada y se hallan cerca los barrios de La Enea, El Pinar, San Marcel, Lusitania y otros subnormales. Aproximadamente cuarenta empresas vierten sus aguas industriales residuales a esta quebrada y, a su vez, esta entrega sus caudales al río Chinchiná, por lo que sus aguas contaminadas afectan también a otros municipios, entre ellos Villamaría y Chinchiná.

Las concentraciones químicas de lo que se vierte a sus aguas y las cargas orgánicas impactan negativamente, en especial, la fauna y la flora, hasta el punto que ni roedores habitan allí. Corpocaldas otorga los permisos de vertimientos sin tener en cuenta la capacidad de carga de la quebrada; al respecto, los análisis microbiológicos y los muestreos físico-químicos y bacteriológicos de calidad del agua de la microcuenca evidencian que se encuentra contaminada por coliformes, desde Colombit hasta su desembocadura, denotando la pérdida de capacidad de recuperación de la corriente, producto de los vertimientos de aguas servidas domésticas y aguas industriales en el sector de Maltería² (Galviz & Zapata, 2000).

Durante el desarrollo de la investigación llamó la atención que ninguno de los actores que realiza vertimientos a la quebrada, con o sin permiso, se reconoce como un contaminador, cuando todos son contaminadores y, con ello, agentes que vulneran el derecho a un ambiente sano. Según la información recolectada, los habitantes consideran que los empresarios son los responsables del estado de la quebrada; a su vez, estos últimos afirman estar cumpliendo la ley y Corpocaldas, que es la autoridad ambiental, se limita a atender la problemática de manera parcial, intermitente y poco eficaz; pero, además, tiene una gran cuota de responsabilidad, habida cuenta del otorgamiento de consuetudinarios permisos provisionales de vertimientos a la industria de la ciudad.

De otro lado, respecto al objetivo de la investigación, este consistió en determinar la eficacia de las decisiones político-administrativas-ambientales, con relación a los vertimientos industriales y los que realizan los habitantes ubicados alrededor de la quebrada Manizales. La metodología de la investigación fue cualitativa y su carácter fue descriptivo, la unidad de análisis la constituyeron las decisiones ambientales que se toman respecto a las empresas ubicadas en la zona industrial de Manizales, conocida como Maltería, que vierten sus desechos a la quebrada Manizales, así como la correspondencia entre imaginarios y actuaciones individuales y colectivas de la comunidad en la zona industrial de la misma localidad. Las unidades de trabajo fueron seis empresas analizadas, elegidas por su vecindad a la quebrada y por haber sido identificadas por la comunidad

² Sin embargo, el valor máximo se halla en la parte de la Industria Licorera de Caldas, como consecuencia de los vertimientos provenientes de la zona industrial y Maltería. A partir de este sitio, la concentración tiende a disminuir, debido al aumento del caudal y al bajo aporte de los vertimientos.

como las mayores contaminantes; los instrumentos fueron la encuesta, cuya muestra fue de 215 informantes; entrevistas a profundidad a los encargados de gestión ambiental de las empresas estudiadas, un grupo focal y el análisis documental.

El cuerpo del artículo se divide en dos partes: la primera aborda los aspectos más importantes sobre el derecho al ambiente sano en el sistema jurídico colombiano y, el segundo, cómo la legalidad e ilegalidad de los vertimientos hacen ineficaz la protección a un ambiente sano en el sector de la quebrada.

Con todo, y como corolario del trabajo, se evidenció el deterioro ambiental en la quebrada, producto del aval jurídico de que el que contamina paga a través de la tasa retributiva; y la ilegalidad de algunos vertimientos a sus aguas, sobre todo durante los fines de semana y las horas no hábiles de los funcionarios de Corpocaldas, situación que resulta agravada cuando se supera exorbitantemente la capacidad de carga de la quebrada con los permisos de vertimiento.

1. EL DERECHO AL AMBIENTE SANO EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

El derecho a un ambiente sano en Colombia descansa en una serie de principios, valores, derechos, reglas, subreglas y garantías constitucionales, aspecto que la sitúa como una Constitución Ecológica, por ser una Carta con una amplia valoración ambiental (Patiño Posee, 1999, p. 75).

Colombia, como un Estado social de derecho, consagra una serie de derechos, garantías, deberes y obligaciones que conllevan a la protección del ambiente sano. En la Carta Constitucional se evidencia esta clara necesidad, protección que involucra al individuo, la sociedad, la empresa y el Estado.

En el sistema jurídico colombiano, desde el preámbulo de la Carta de Derechos, se invoca la necesidad de asegurar a sus integrantes la vida y la salud, derechos a los cuales les es inherente un ambiente sano; posteriormente, en los artículos primero y segundo de la misma norma de normas

y bajo el principio del Estado social de derecho y el cumplimiento de los fines del Estado, hace prevalecer el interés general y la efectividad de los derechos, respectivamente, aspectos estos ingénitos del ambiente sano.

En relación con las obligaciones del Estado colombiano y los deberes de los residentes en Colombia, se hallan dos claros mandatos superiores, en el sentido de salvaguardar la riqueza de la nación y proteger los recursos naturales; también se encuentran las garantías previstas en los artículos 79 y 80 a gozar de un ambiente sano, la obligación de educar para la protección del ambiente en el artículo 67³ y las responsabilidades que asisten a diferentes instancias.

De manera indirecta, otros artículos se relacionan con el derecho al ambiente. Por ejemplo, en el artículo 82 se señala “la protección del espacio público”; en el artículo 49, “el Estado garantizará a todas las personas el acceso a los servicios públicos que conlleven a la promoción y recuperación de la salud, a través del saneamiento ambiental”: estos indican la responsabilidad del Estado y la sociedad frente a estos derechos ambientales para hacerlos efectivos.

La Constitución también plantea las responsabilidades que los distintos entes deben cumplir para ejercer veeduría y control sobre el cumplimiento de los derechos ambientales⁴. La Carta del 91 relievó la Constitución Ambiental; entre otros cánones están los artículos 8, 49, 57, 95, 333; y reiteró la propiedad que el Estado ejerce sobre los recursos naturales, su salvaguarda por parte de particulares y de los entes públicos.

³ En el artículo 67 se menciona: “La educación es un derecho de la persona... Formará al colombiano para la protección del medio ambiente.” Al respecto, en el artículo sobre los fines de la educación, la Ley General de Educación, dice: “10. La adquisición de una conciencia para la conservación, protección y mejoramiento del medio ambiente, de la calidad de vida, del uso racional de los recursos naturales, de la prevención de desastres, dentro de una cultura ecológica y del riesgo y la defensa cultural de la nación”. (Art. 5º. Ley 115 de 1994). La mencionada Ley también establece unos derechos para los ciudadanos que, a través de procesos de educación ambiental, le permitan a la población comprender las distintas interrelaciones con el entorno, a partir de un conocimiento de su medio biofísico, social y cultural, para que a partir de esta realidad, se generen en los niños, niñas, jóvenes y comunidad en general, actitudes de valor y respeto por el medio ambiente, desde la educación formal y no formal, conllevando a mejorar la calidad de vida y la sostenibilidad de los recursos naturales.

⁴ Responsabilidades que se encuentran en los siguientes artículos: 118, 300 y 339.

Con lo anterior, hacen bloque de constitucionalidad los convenios internacionales multilaterales y bilaterales aprobados y ratificados por Colombia⁵, de carácter ambiental, pero solo en la medida en que contengan normas que regulen aspectos directamente relacionados con los derechos humanos (Barrera, 2004).

El ordenamiento legal sobre el ambiente o legislación ambiental ha sido producto generalmente de políticas propuestas en el ámbito internacional, que han tenido eco en las legislaciones nacionales con múltiples formas y contenidos. En Colombia, la Conferencia de Estocolmo de 1972 tuvo eco legislativo en la Ley 23 de 1973 y en el Decreto 2811 de 1974 o Código de los Recursos Naturales y del Medio Ambiente. Luego de la Conferencia de Río de Janeiro en 1992, se expide la Ley 99 de 1993, que crea el Ministerio del Medio Ambiente, el Sistema Nacional Ambiental y dicta las políticas ambientales; esta Ley también elevó a principio la protección especial de los nacimientos de agua y la necesidad de controlar las actividades económicas y regular los vertimientos a las aguas.

En palabras de Barrera Carbonell (2004), dado que las leyes ambientales ordinariamente constituyen formulaciones generales y abstractas, el campo reservado al poder reglamentario del Presidente es sumamente amplio; prueba de ello es que existen numerosos decretos reglamentarios que constituyen verdaderos estatutos organizados y sistemáticos que regulan, de manera acabada, una determinada materia. Respecto a las autoridades ambientales, estas poseen, por disposición del legislador, un indiscutible poder normativo y regulador en materia ambiental; así lo demuestra el gran número de competencias que se asignan al Ministerio del Medio Ambiente y a las corporaciones autónomas regionales. Se encuentran también las entidades territoriales, aunque en grado menor y supeditadas a lo que dispongan normas de superior jerarquía, las cuales tienen igualmente un poder normativo que la Corte Constitucional ha calificado como subsidiario.

Frente a este tema es importante resaltar cómo actualmente “Colombia ha sido un país pionero en cuanto a normatividad ambiental se refiere; esto se manifiesta con la expedición del Código Nacional de Recursos Na-

⁵ Por ejemplo: La Declaración de Río de Janeiro, junio de 1992.

turales, Decreto 2811 de 1974, como respuesta temprana a la Conferencia de Estocolmo, realizada en 1972, en donde se expresa por vez primera el clamor de la comunidad internacional para que los Estados tomaran conciencia ambiental. La Asamblea Constituyente que dio lugar a la Constitución Política de 1991 realizó un profundo análisis de la necesidad de incluir el ambiente como eje fundamental del Estado colombiano. Como reglamentación de la Constitución del 91, se expidió la Ley 99/93 y posteriormente se promulga la Ley 388 de 1997, Ley de Desarrollo Territorial, normas estas que destacan la protección del ambiente y el derecho que tienen todos los habitantes del territorio nacional a gozar de un ambiente sano que garantiza la vida en condiciones de calidad” (Torres; Agudelo & Ochoa, 2007).

Sobre el desarrollo jurisprudencial de la figura del derecho al ambiente sano, existe la posibilidad de presentar múltiples aristas de la temática, entre ellas, el alcance del derecho, la conservación del mismo y las responsabilidades en cabeza de los órganos del Estado.

En Colombia también existe el reconocimiento jurídico de la conexidad del derecho al ambiente sano⁶ con los derechos a la salud y la vida, lo que le da el carácter de derecho fundamental,⁷ un amplio catálogo de derechos, deberes, responsabilidades y obligaciones en cuanto a la preservación del ambiente sano.

2. LA LEGALIDAD E ILEGALIDAD DE LOS VERTIMIENTOS A LA QUEBRADA MANIZALES, INEFICACIA DE LA PROTECCIÓN A UN AMBIENTE SANO

Toda la normativa indicada de manera precedente muestra la necesaria protección del ambiente sano, la preservación del interés colectivo, el derecho a gozar de un ambiente sano y la obligatoriedad de la función administrativa de obrar según los principios de igualdad, eficacia, economía, celeridad, coordinación, precaución, entre otros.

⁶ Ver sentencias de la Corte Constitucional Colombiana T-453 de 98, la C-794 de 2000, la T-863 de 1999, la C-145 del año 97, la C-293 del año 2002, C 293 del 2004.

⁷ Ver sentencias de la Corte Constitucional Colombiana T-123 de 1999 y T-703 de año 1998.

Con todo, la defensa del medio ambiente atañe a las personas, a la empresa y al Estado, y debe constituir un objetivo primigenio dentro de la actual estructura del Estado Social de Derecho; solo que la realidad, tratándose del vertimiento de residuos industriales y domiciliarios, con permiso o sin él, hace ineficaz el derecho al ambiente sano, como se mostrará en el análisis de la información recolectada.

Del estudio, según la muestra, se colige que los problemas de contaminación afectan indistintamente a estratos altos y bajos, hogares con un promedio de residencia de más de 10 años y compuestos en promedio por cuatro habitantes, en su mayoría (60%) mujeres.⁸

De conformidad con la información recolectada (anexo dos del informe de investigación), la distancia de las viviendas con respecto a la quebrada es mínimamente variada: va desde un metro hasta trescientos metros y el 46% de viviendas se encuentran a menos de 100 metros de la quebrada. Dado lo anterior, el problema que más afecta a la población, tanto de estratos altos como bajos, es el de los malos olores, con un 80%; y el derecho más vulnerable, el de la salud, específicamente manifestado con dolores de cabeza y las enfermedades respiratorias; el que le sigue es la carencia de una vivienda digna.

Los habitantes del sector, quienes sirvieron de informantes, atribuyen como principal causa de contaminación a la industria, seguida por los procesos industriales y domiciliarios, aunque recalcan que la Industria Licorera de Caldas es la mayor contaminante de la quebrada Manizales.

Se encontró una importante correlación entre las personas que pertenecen a organizaciones sociales con las personas que tramitan quejas o reclamos con respecto a la situación de la quebrada. La instancia donde más se elevan las peticiones, quejas o reclamos es a Corpocaldas, las cuales van desde la manifestación de su malestar por los malos olores que se presentan hasta la solicitud de canalizar las aguas y la descontaminación o tratamiento de las aguas; solo unas pocas personas reclaman por la mala disposición de los residuos sólidos. Frente a este cúmulo de preten-

⁸ Los extremos oscilaron entre un habitante hasta veinte habitantes.

siones, la comunidad adujo no tener pronta resolución: la muestra arrojó que más del 50% de las quejas y reclamos no tienen respuesta y solo el 5% obtienen una respuesta positiva o realizan algún tipo de acción correctiva.

Con la precedente aproximación a la realidad y la carente protección del medio ambiente, acentuada en los últimos años por el desarrollo de procesos industriales y la expansión de planes de vivienda a lo largo de la quebrada Manizales⁹, junto con los vertimientos no autorizados, e incluso los autorizados, provisionales y hasta definitivos que se realizan a la quebrada, se muestran a continuación algunas de las relaciones que se evidencian entre la comunidad aledaña a la quebrada y, luego, las que se suscitan entre la industria y la quebrada Manizales.

Los miembros de la comunidad tienen un amplio conocimiento sobre el estado de la quebrada, dado que su permanencia en el sitio oscila entre diez y treinta y seis años, tiempo que les permite tener una percepción clara del lugar y porque además son testigos directos de lo que sucede en la quebrada.

Ahora bien, para sostener la ineficacia de la protección al ambiente sano en la quebrada Manizales, se trae a colación la información recopilada mediante la elaboración de entrevistas durante el desarrollo de la investigación:

A través de entrevistas se pudieron recopilar diversos testimonios en los cuales los informantes mencionan: “Vivo aquí en la Enea hace diez años y vivo muy cerca ahí a la quebrada...”¹⁰. Otro de los informantes aseveró: “Hace 36 años vivo aquí al frente de Terpel”¹¹. Una de las personas que trabaja en el sector dijo: “Soy empleada de Terpel hace 15 años... yo llevo quince acá”¹².

⁹ Hoy en día, hay restricciones para la construcción. Ver POT. Artículo 56.

¹⁰ Informante 1.

¹¹ Informante 2. Terpel es una empresa de combustibles.

¹² Informante 3.

Los dos restantes residentes en el lugar manifestaron igualmente una permanencia larga: “Vivo hace diez años aquí al frente, tengo un kiosquito”¹³; “Vivo aquí hace como dos años, primero viví como 4 o 5 años en el Puente la Libertad”¹⁴. Posteriormente, asevera que “como quince años”¹⁵ tiene de vivir en el sector.

Llama la atención que se presente escepticismo por parte de los residentes en la zona de influencia de la quebrada, dado que en relación con la atención del problema de contaminación de la quebrada por parte de las autoridades locales, las últimas no evidencian lo que pasa. Aseveran: “No sé quién le avisa a las empresas y ese día no huele a nada, toman muestras de agua, traen aparatos, como que les avisan a las empresas que cierran las llaves esos días, porque nunca cuando ellos vienen huele a nada. Considero que la única forma de resolver el problema de contaminación es ir a Bogotá, que vengan unos investigadores independientes de Manizales, porque no se sabe si es un negocio que hay cada año con las empresas... creen en la reserva de la investigación, pues solicitan que se investigue en secreto”¹⁶. Son reiterativos en que los investigadores del problema de contaminación sean foráneos, “investigadores, toca de Bogotá, porque aquí se sabe plenamente que para diciembre y enero llega gente inocente a tomar muestras; al otro año, los cambian. A ellos lo que les interesa es que lleguen con las muestras y que firmen. Se cree que, con esa firma, Corpocaldas va y dice a las empresas: mire, otra vez es la muestra”¹⁷.

Han intentado igualmente otras opciones: “Yo he tratado de buscar aquí a ver si hay un representante y aquí no hay, todo tiene que ser en Bogotá; yo he tratado de ver si hay algún representante del Ministerio de Ambiente, donde a uno de pronto verdad lo escuchen; pero aquí no hay nada de eso”¹⁸. Por último concluyen: “Señor, todos estamos coincidiendo: Ministerio de Medio Ambiente, pero ante Bogotá”¹⁹.

¹³ Informante 4

¹⁴ Este puente está ubicado sobre la quebrada objeto de estudio.

¹⁵ Informante 5

¹⁶ Informante 5

¹⁷ Informante 5

¹⁸ Informante 1

¹⁹ Informante 4

Las personas del sector han identificado que se ha simulado la solución al problema cuando se han realizado obras para dar visos de legalidad a los vertimientos, pero estos han servido para poco y, además, en lo que iba a terminar el trabajo era en pasar el problema aguas más abajo y con ello, paralelamente, se dejaba de percibir por Corpocaldas, la tasa por contaminación. Al respecto se puede ver: “Bueno hay una cuestión aquí: hace mucho tiempo pusieron un tubo para recoger las aguas negras y que las empresas echaran ahí eso... La gente se pregunta ¿por qué misterio no dejaron terminar esa tubería? Muchos dicen: “Es negocio de Corpocaldas con las empresas. Porque ese tubo no lo dejaron ni terminar y es donde se pretendía iban a caer las aguas negras y de todas las casas y de las empresas”²⁰.

Otra de las personas siente que hay un aparente control y que la situación es como una mofa a la comunidad: “Al menos que no manden más gente, a burlarse... eso es humillar a la gente pobre, que no lo hagan más, que no manden más investigadores, ni payasos a tomar muestras de agua, a darles una cara distinta a las empresas para taparles la falta ... que al menos, no vengan más, sabiendo que no van a hacer nada... aquí han venido como cinco o seis veces, han venido con medidores de agua, y todo eso es una burla para la gente, porque la gente se ilusiona...”²¹.

Otra de las maneras de disimular la solución al problema de contaminación es haciendo que los residentes del sector realicen unas inversiones que no han servido. Puede verse: “Mandaron que cambiaran la tubería. Yo no la mandé cambiar, mi vecino la mandó a cambiar y los olores son iguales... que hacer unas recámaras nuevas para evitar esos olores, eso no, la gente que mandó a hacer eso, que invirtió la plata, pues la invirtió muy mal, porque los olores siguen en las casas”²²; “de las tuberías salen malos olores y decían que era por cuestión de que la Enea llevaba muchos años de construido... que había que hacer recámaras nuevas y nada de eso ha servido”²³.

²⁰ Informante 1

²¹ Informante 5

²² Informante 1

²³ Informante 1

Para la comunidad, la entidad pública que debe controlar el medio ambiente, como es Corpocaldas, resulta indolente y evasiva con las quejas de las personas y convalidan la situación, en la medida en que frente al malestar de la comunidad, aseveran que los olores son característicos de la zona. En este sentido, la informante 3 manifiesta: “Yo fui una que llame a Corpocaldas, de allá me dijeron que eso no era con ellos; entonces yo llame a la Alcaldía, a lo que hay de medio ambiente... allá me dijeron: ‘que pena, eso le corresponde a Corpocaldas’, y yo le dije al señor que me contestó: ‘señor, yo ya llamé a Corpocaldas y me dijeron que eso no les correspondía’ ... entonces yo volví y llamé y me dijeron que sí, que me tomaban la queja y todo eso, y me estuvo llamando un señor ... yo le dije: ‘vamos a hacer una cosa: cuando yo sienta el olor tan fuerte, yo lo llamo inmediatamente; él me dejó el celular y en cuanto eso empezaba, yo lo llamaba, ‘don Oscar, vea, está alborotadísimo’, ante lo cual él respondía ‘que pena, estoy en Palestina, ay que pena, estoy por Chinchiná’... y luego Corpocaldas me respondió una carta donde decía que ellos habían hecho muchas visitas y muchas inspecciones y que era el olor característico de la zona industrial”.

La comunidad tiene propuestas de solución.

“Yo le he dicho a los que han venido a tomar muestras de las aguas y todo, ‘por qué no hacen una cosa, porque no vienen por ahí a las 6 de la tarde, o un domingo por ahí a la 9 de la mañana, o un día de fiesta para que tomen una muestra, ya que no están en horario que a ellos les corresponde [a las empresas],” ante lo cual la misma persona dice ‘porque ningún funcionario público trabaja después de las cinco de la tarde ni un sábado ni un domingo ni un día de fiesta, ni por la noche; a qué hora va a venir un empleado público a venir a tomar muestras de esa quebrada, ¿a la una de la mañana? o ¿a las siete de la noche?’ Pero esas son las horas apropiadas, pues después de las cinco de la tarde, la Licorera, abre un tubo como de 6 pulgadas, entonces es mucha la contaminación. Entonces yo digo, tantos líquidos que salen de ahí, litros, ¿cuánto le costará a la empresa para procesarlos? Entonces, mejor lo acumulan en el día, mientras que esté el supervisor... entonces en la noche se vacía, lo descargan -como no hay vigilante-, y todas las empresas me imagino que hacen lo mismo”²⁴.

²⁴ Informante 2

Proponen también la existencia de un ente que los controle: “Que haya una autoridad que los ponga bien a cumplir la ley”²⁵.

En relación con las situaciones problemáticas que se presentan, narran que “salen olores, digamos por el sifón de la ducha, entonces Aguas de Manizales nos decía que era por la tubería ... mucha gente cambió la tubería y eso sigue lo mismo²⁶. “...De las tuberías salen malos olores y decían que era por cuestión de que la Enea llevaba muchos años de construido y que esa tubería estaba también en muy malas condiciones y que eso caía a la quebrada, que esos olores lo que hacían era devolverse por esas tuberías²⁷. Otro dijo: “puse un tubo de seis pulgadas y ahí es donde sale, y uno se para ahí cinco minutos, y se desmaya, hay que tomar aire”²⁸.

La comunidad “reclama los derechos con justas razones y viendo las evidencias de los animales,”²⁹ fauna, de la cual relata una persona habitante de la zona, que “no la volvieron a ver o se ha muerto.” Lo más reiterativo es que “en las casas a veces huele bastante feo... yo vivo aquí a la curvita, para coger el puente ese de la bomba San Marcel, en la parte de arriba, y los olores ahí son espantosos. Mi esposa sufre de rinitis y el médico lo único que sabe decir es que tocará que se vayan de ahí³⁰. Otra situación que mencionan es la siguiente: “La Licorera está certificada, pero está echando una contaminación muy grande”³¹.

Consideran que hay favoritismo hacia las empresas: “Esos decretos se hicieron para favorecer... al rico o al empresario que tiene plata”³²; “Corpocaldas no podía pelear con la Licorera, que ellos no podían”³³.

En relación con la tensión que se presenta entre la riqueza y las oportunidades de empleo que generan las empresas situadas alrededor de la quebrada versus la contaminación que producen, la comunidad opina que

²⁵ Informante 2

²⁶ Informante 1

²⁷ Informante 1

²⁸ Informante 2

²⁹ Informante 2

³⁰ Informante 1

³¹ Informante 2

³² Informante 5

³³ Informante 2

se debe buscar un punto medio, “que haya un equilibrio”³⁴; “habría que proteger tanto a las empresas como a la comunidad”³⁵; “que las empresas descontaminen”³⁶. O que se asocien para atender el problema de contaminación: “Tantas empresas porque no llegan a un acuerdo... sí (para descontaminar)”³⁷. Igualmente contemplan, “Vigilaría más de cerca porque para todas las empresas hay unos parámetros de medio ambiente y todos deben cumplir con ellos, entonces yo vigilaría más de cerca y haría que se cumplieran, no cerrando las empresas ni nada”³⁸.

Asimismo, otra de las personas indagadas respondió: “No necesitan cerrarla, es que ya lo que falta es muy poco ... hay un tubo... el misterio es el tubo, ese nos está costando millones y ya está para terminarse arriba, para que las empresas de esos químicos las echen y salgan directamente por él, y de ahí para arriba, si no quieren contaminar el río Magdalena, pues entonces tienen tiempo para ir ya, pero al menos organizar aquí la gente que está viviendo al pie, junto a ellos”³⁹.

Por su parte, a los industriales, la Constitución Política de 1991 les garantiza la libertad económica, de empresa e iniciativa privada, pero no de manera absoluta, sino delimitada, en aras del respeto a los derechos de las demás personas, interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación, pero tales fines constitucionales no se alcanzan.

Los industriales⁴⁰ aseveran que la quebrada está sobrediagnosticada y evaden el problema mostrando que los que contaminan son otros y que ellos están realizando actividades en pro de la descontaminación. “La quebrada tiene un caudal muy bajo, tiene muchísimos problemas desde la cuenca, desde su tema de caudal, además están la minería y la explotación de ganadería, que hace que la quebrada venga con unos sólidos suspendidos impresionantes. También la erosión es muy grave para el tema de sólidos suspendidos...”; además, agregan que “la comunidad también

³⁴ Informante 1

³⁵ Informante 1

³⁶ Informante 5

³⁷ Informante 5

³⁸ Informante 3

³⁹ Informante 5

⁴⁰ Entrevistado 1

vierte y a nivel nacional muchos cumplen, pero en Caldas ni el sector minero, ni el sector ganadero, ni el sector caficultor cumplen con la norma de vertimientos”. En este orden de ideas, los industriales afirman que el sector cumple con la norma nacional sobre vertimientos; aseveran no tener estudios concretos de que haya una afectación a la comunidad por ese tema: “No tenemos estudios ciertos, ni factibles, ni juiciosos...”.

El segundo entrevistado⁴¹ afirma que lleva un año en proceso de trámite el permiso de vertimientos con Corpocaldas: “Estamos cotizando a ver cuál es la opción más económica para nosotros, porque somos pequeños y los sistemas de tratamiento son muy costosos; nosotros tenemos un tratamiento que cuesta más de \$60.000.000...”; y agregan que “vamos a adicionar unas bacterias a mirar eso cómo actúa y vamos a sacar registros diarios para mirar cuánta cantidad de carga está removiendo en el día. Posiblemente nosotros lo que vayamos a hacer va a ser un tratamiento biológico, que, ya máximo en un mes tenemos que estar mandando todas las memorias del cálculo y el diseño del sistema de tratamiento”.

Reconocen que existe una directriz en defensa del ambiente como tal, lo relatan de la siguiente manera: “Tenemos conformado el departamento de gestión ambiental, según el decreto 1299, como tal la política ambiental creada, no... empezamos con salud ocupacional.” Aclaran que “con el tipo de material que nosotros trabajamos, es difícil eliminar el olor en su totalidad; sí lo podemos mitigar”.

Señalan a Progel y a la Licorera como los mayores contaminantes: “Los vertimientos de Progel son miedosos y son gigantescos, o sea, yo no te digo que nosotros no contaminamos, sí, pero los vertimientos de nosotros no son mayores ni a los de Progel ni a los de la licorera.” Concluyen que “nosotros, digamos que le brindamos un servicio ambiental muy grande a la ciudad porque le estamos recogiendo todos los desperdicios a todas las carnicerías de Manizales, le estamos recogiendo al matadero... digamos que falta es el último pedacito, hacer el sistema de tratamiento”.

⁴¹ Entrevistado 2

El entrevistado tres⁴² dice tener permiso de vertimientos al día, agrega que “nosotros no vertimos materiales contaminados a la quebrada... nosotros no vertimos residuos industriales contaminados, todo ese tratamiento lo hacemos internamente”. Respecto a la calidad del agua que llega a la quebrada afirman que “llega perfecta, perfecta sí, inclusive la última caracterización la hicimos ahora en noviembre, nos salió puro todo”; aclara que “estamos registrados en el Ideam como generadores de residuos peligrosos y tenemos todos los permisos de Corpocaldas”. Respecto a la labor en pro de la descontaminación de la quebrada informó que “he estado participando en unos comités de la ANDI. Hubo unos acercamientos grandes acerca de los vertimientos, de la tasa retributiva, de todo el tema de cómo se manejaba acá por la zona industrial; de eso salió una documentación, pero yo sé que no tienen anotado el proceso y estaban hablando de canalizar las aguas de la quebrada”.

Insiste en el buen manejo que le da la empresa a los residuos: “Tenemos muchas medidas de prevención para evitar la contaminación por hidrocarburos: los tanques los tenemos con diques de contención, tenemos el separador, la caja de oxidación, el tanque de borras, porque la idea es que no contaminemos, entonces sí tenemos mucho compromiso con eso.” Afirma que “Surtipielles, la industria licorera, no nos digamos mentiras, supongo que Super de Alimentos también le hace un aporte a la quebrada. Y la gente supone que es la licorera la que está contaminando, pero seguramente que son muchas más”. El entrevistado cree que “Corpocaldas es una entidad comprometida con el tema, en el sentido de que ellos le hacen mucho acompañamiento a uno”. Así concluye: “No, no estamos contaminando. No estamos contaminando porque sabemos que tenemos el proceso muy cogidito. Tenemos muy buenas medidas preventivas para evitar la contaminación”.

El entrevistado 4⁴³ ratifica que “sí, nosotros tenemos sistema de gestión ambiental, Madeal está comprometida con la protección del medio ambiente y la prevención de la contaminación”. Anuncian que “tenemos un permiso de vertimientos (vigente) con Corpocaldas, que incluso este año debemos renovarlo. El permiso contempla solo el vertimiento de

⁴² Entrevistado 3.

⁴³ Entrevista 4.

aguas domésticas; las aguas industriales que generamos son reutilizadas en otra etapa del proceso, entonces no tenemos vertimientos industriales; lo que nos estipula el permiso es que nosotros cada 6 meses debemos hacer caracterizaciones de la salida y la entrada de la planta de tratamiento de aguas domésticas”.

Comenta que en oportunidades observa que, “la quebrada está bajando roja, la quebrada está bajando azul, la quebrada está bajando amarilla. ¿Por qué? Porque hay unos vertimientos de Super de Alimentos; yo estoy cuidando la quebrada desde aquí, pero es que a mí ya me está bajando contaminada”. Ratifica, como lo dijo otro de los entrevistados, que la norma habla de un porcentaje de remoción de contaminación del 80%, pero llama la atención en las cantidades así: “si yo tengo un valor de 1.000 y me piden remover el 80%, no es lo mismo que si mi valor es 10.000 y me piden remover el 80%”.

El último entrevistado⁴⁴ refirió que “la política ambiental en este momento es una política integrada, teniendo en cuenta los sistemas de gestión. Específicamente tienen dentro de esta “proteger el medio ambiente y prevenir la contaminación; ahí está la política ambiental, eso tiene un alcance bastante alto”.

Respecto a las actividades para descontaminar anuncia:

“Nosotros caracterizamos nuestros vertimientos a la quebrada, tanto domésticos como industriales. En esa caracterización, si a nosotros nos sale un parámetro con incumplimiento, inmediatamente se desprenden unos planes de acción con unas actividades a desarrollar y un cronograma con un seguimiento permanente, hasta cumplir con el parámetro”. Comenta también que “tenemos unas canales subterráneas que recuperan eso y lo llevan a unos tanques de sedimentación. Una vez se ha sedimentado, se separa ese sólido y recircula esa agua de nuevo para que entre al proceso y no hay que meter y botar, meter y botar contaminado; entonces esa recirculación es un compromiso que nosotros tenemos con ese uso racional.

En relación con los vertimientos dice que “la empresa tiene un permiso de vertimientos vigente... en vista del historial de la compañía, nos lo otorgaron ya indefinido”. Ratifica que la remoción es del 20%, aunque

⁴⁴ Entrevista 5.

considera que “todavía es un contaminante”. Asimismo, este entrevistado llama la atención de los residentes en la zona, a quienes califica de “super olímpicos: somos felices utilizando el plástico cuando sabemos que eso no se va a degradar, pero el mismo comercio nos lo está dando, y lo tiramos en cualquier lado”.

Sobre Corpocaldas, considera a la entidad “más un amigo que un enemigo”; no obstante, refiere que “con nosotros son exigentes, muy exigentes, al punto que nos ha tocado acudir al recurso de reposición porque nos piden tanto que nosotros no somos capaces”.

Como corolario de las entrevistas, se encuentra que las acciones para el tratamiento de los vertimientos están proyectadas a futuro y las consideran costosas. Ubican el problema especialmente en las actividades comerciales, ganaderas, cafeteras, domiciliarias y al poco caudal de la quebrada. Solamente uno adujo no verter residuos a la quebrada y otro de los entrevistados no dio información al respecto; el tercero aseveró que solamente vierte aguas domésticas. Uno de los entrevistados reconoció que produce malos olores, pero que lo único que puede hacer es aminorarlos, mas no eliminarlos por completo.

Salvo uno de los entrevistados, que consideró pasividad, todos tienen aceptación del trabajo que realiza Corpocaldas. Muy interesante resultó la desproporción que se presenta cuando antes que tener que descontaminar el 80% de los vertimientos, se debe hacer sobre el 100%. Revisado el Decreto 1541 de 1978, se estipula en el artículo 193 que, en cumplimiento de toda resolución que otorgue un permiso de vertimientos en la cual se hayan ordenado obras para el tratamiento de efluentes, el permisionario deberá presentar para su aprobación al Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, Inderena, (hoy Corpocaldas), además de lo requerido por el artículo 183, letra a, una memoria descriptiva y otra técnica detallada de los cálculos y diseños sanitarios, hidráulicos y estructurales, anexando los planos de localización, perfiles, detalles de obras y equipos. Por su parte, el artículo 188°, literal a, contempla de manera rigurosa las obras, trabajos o instalaciones que se deben realizar.

Finalmente, el artículo 208 del Decreto 1541 de 1978, ordena que, “si como consecuencia del aprovechamiento de aguas en cualquiera de los usos previstos por el artículo 36 de este Decreto se han de incorporar a las aguas sustancias o desechos, se requerirá permiso de vertimiento, el cual se tramitará junto con la solicitud de concesión o permiso para el uso del agua...”.

Dada la relevancia del recurso del agua como uno de los elementos más importantes para conservar la vida de todas las especies del mundo, desde los años 70, el legislador estableció normativas muy exigentes como las transcritas arriba, normas que fueron cada vez más protectoras del medio ambiente.

No obstante la normativa vigente, la Constitución Política de 1991, su abundante desarrollo legal y la normatividad explícita para vertimientos, contrastada con los hallazgos en los expedientes fruto de las visitas realizadas por el equipo investigador a Corpocaldas, se estableció que, de conformidad con el seguimiento que la autoridad ambiental hace para el cumplimiento normativo en materia de vertimientos líquidos domiciliarios e industriales de las empresas ubicadas en la zona industrial de Maltería del municipio de Manizales, estas no aplican a cabalidad la normativa.

De este modo, en la investigación se evidenció que es importante la función llamada a cumplir por parte de las corporaciones autónomas regionales (CAR) de apuntar al desarrollo sostenible en el manejo, administración y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, en este caso, la quebrada Manizales. No obstante tan relevante función, la CAR poco contribuye a la consolidación de alternativas de desarrollo sostenible, ni en el corto ni en el mediano y tampoco a largo plazo. Como entes ejecutores de la Política Nacional Ambiental, a cargo del Ministerio del Medio Ambiente, no están asegurando el interés colectivo de un medio ambiente sano ni la intervención efectiva en la realidad de la zona industrial del municipio, específicamente de la quebrada Manizales.

Desde la Constitución y los tratados suscritos, el Estado debe planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales renovables, para garantizar su desarrollo sostenible; pero en la práctica ello no se

cumple, dado que la ley permite los vertimientos sin tener en cuenta la capacidad de carga total de la quebrada, ya que las autorizaciones se dan desde cada empresa considerada individualmente y no de manera integral.

Los procedimientos que desarrolla Corpocaldas respecto a los vertimientos generados por las empresas, tanto definitivos como provisionales, deben generar honda preocupación, no solo por la falta de oficiosidad de las CAR, sino también por el otorgamiento de permisos provisionales, porque hay incumplimiento de entregar unas aguas a la quebrada en mejores condiciones, caso Licorera de Caldas, Terpel y Toptec. Fuera de todo lo mencionado, se puede apreciar en la información analizada que existe un buen catálogo de intensiones a desarrollar a futuro, pero por el momento la contaminación de la quebrada Manizales y, con ella, la vulneración del derecho a la salud, las molestias provocadas por los malos olores y el daño al medio ambiente son permanentes y se acentúan en las noches y los fines de semana, justo cuando la autoridad ambiental está en horas y días no hábiles.

También llaman la atención los casos de Madeal y Surtipiel, cuando quiera que, en el primer sumario, el permiso de vertimiento es de muy largo plazo y, en el segundo, el control y el seguimiento se convierten en una omisión que contraría el sistema jurídico vigente.

Dado el principio de precaución y las consecuencias negativas que afectan el derecho a un ambiente sano mostradas a lo largo de la investigación, sería recomendable mayor acuciosidad de la autoridad ambiental y tomar, con beneficio de inventario, las descripciones sin acciones reales y efectivas fijadas en los planes de cumplimiento, pues mientras las empresas dilatan o aplazan sus compromisos, igual continúan vertiendo y contaminando la quebrada.

La Corporación Corpocaldas debería cotejar de manera permanente los informes técnicos con la realidad de la quebrada y las consecuencias negativas que ello produce a los habitantes circundantes, pues no se aprecian logros sustanciales en aras de la protección a un ambiente sano y la

comunidad ha perdido todas las esperanzas de resolver la problemática de la vulneración a su derecho a la salud y el ambiente sano por parte de los funcionarios de la Corporación en Caldas.

Del informe se colige, además, que la implementación de procesos descontaminantes por parte de las empresas que vierten, se muestra lento cuando no es que resultan insubsistentes, como en el caso de Surtipieles.

Finalmente, es necesaria una revisión inmediata de la ley que autoriza los vertimientos, pues la premisa sustancial que allí subyace es: si se contamina se paga la tasa retributiva, medida cortoplacista, coyuntural, nefasta y vulneratoria de los derechos a un ambiente sano. De otra parte, es dable aclarar que llamaría la atención que los decretos sobre vertimientos datan de una vigencia anterior a la promulgación de la Constitución Política de 1991. Sin embargo, tales normas que regulan la protección al medio ambiente son válidas por no haberse declarado su inconstitucionalidad y, además, porque no riñen con los postulados constitucionales y las leyes que se han dictado con posterioridad.

En los casos analizados, las autoridades administrativas, es decir, los funcionarios de Corpocaldas, tienen la obligación de actuar de conformidad con la Constitución y la ley, las resoluciones y actos que expiden.

CONCLUSIONES

Se puede inferir, en términos generales, de la información recolectada, sobre las decisiones político-administrativas-ambientales que autorizan los vertimientos a la quebrada Manizales, con relación a la protección del derecho a un ambiente sano, lo siguiente:

1. Históricamente, las corrientes de agua han estado protegidas por la normativa colombiana y se reconoce su importancia para la supervivencia del ser humano, pero la realidad desvirtúa estos catálogos.
2. Por varios años ha persistido el problema de contaminación en la quebrada, pero la situación se ha agravado en los últimos veinte años, con el auge de la industria.

3. La preservación de un ambiente sano es obligación del Estado, pero también de la empresa y las personas.
4. Con la coexistencia de la industria y viviendas en los alrededores de la quebrada, los derechos de quienes habitan en dicho sector se ven afectados muy directamente, ellos son: los derechos a la salud, al ambiente sano y, conexo con este, a vivienda digna.
5. La autoridad ambiental Corpocaldas no reconoce el problema de contaminación y cuando la comunidad se dirige a sus oficinas con peticiones y quejas, aquellas no se les contestan o reciben evasivas.
6. En razón a lo anterior, la comunidad afectada en sus derechos considera que la solución puede ser posible en cabeza del Ministerio del Medio Ambiente, el cual debe adelantar la investigación de modo reservado.
7. La mayoría de los habitantes consideran que una posible solución es terminar el colector, aunque ello implicaría trasladar el problema aguas más abajo.
8. Hay vertimientos industriales y domiciliarios sin permiso, con permisos provisionales y temporales, sin el debido control.
9. Al problema de contaminación contribuyen también los domicilios riberaños y principalmente la industria.
10. La contaminación afecta a los diferentes estratos socioeconómicos, tanto altos como bajos, pues hay viviendas subnormales y condominios de estrato seis.
11. En general, los industriales no se reconocen como parte principal del problema, culpabilizan a otras empresas; la más señalada es la Industrial Licorera de Caldas.
12. Hay mayoritariamente conformidad del sector industrial con el trabajo que hace Corpocaldas, pero disconformidad de parte de los residentes del lugar.

13. Las empresas estudiadas que vierten residuos a la quebrada no poseen planes de manejo ambiental; en su mayoría, esgrimen que tienen actividades para descontaminar, pero para desarrollar en un futuro.
14. La legislación ambiental y las gestiones para su defensa son un catálogo extenso de cánones constitucionales, leyes, decretos, actos administrativos, sentencias; de llegar a cumplirse, se convertirían en una oportunidad para la sociedad, la empresa y el Estado, de mejorar el ambiente y la calidad de vida de las personas.

REFERENCIAS

- Acuerdo 508 de octubre de 2001. Plan de Ordenamiento Territorial. (2001). Concejo de Manizales.
- Barrera Carbonell, A. (2004). Los jueces y la justicia ambiental, *Revista JurisDiction*. Recuperado de: <http://www.encolombia.com/derecho/RevistaJurisDiction/Asomagister11206/Asomagister11206Los-jueces.htm>
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia C-071. (1994). Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia T-523. (1994). Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia C-073. (1995). Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia T-207. (1995). Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia T-453. (1998). Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia T-703. (1998). Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia T-046. (1999). Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia T-123. (1999). Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia T-568. (1999). Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia T-863 A. (1999). Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia C-431. (2000). Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia C-794. (2000). Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia T-550. (2000). Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia T-1415. (2000). Magistrado ponente: Fabio Morón Díaz.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia C-671. (2001). Magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia C-293. (2004). Magistrado ponente: Alfredo Beltrán Sierra.
- Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sentencia T-219. (2004). Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

Contraloría General De La Nación (2008). Informe de estado de los recursos naturales y del medio ambiente 2007-2008. Recuperado de: <http://www.contraloriagen.gov.co:8081/internet/html/publicaciones/detalles.jsp?id=360>, recuperado: 20 de noviembre de 2009.

D'agostino, F. (2007). *Filosofía del Derecho*. Bogotá: Editorial TEMIS.

Decreto 1541 de 1978. Presidencia de la República de Colombia. Recuperado de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=1250>

file:///C:/Users/M%C3%B3nica%20Aristiz%C3%A1bal%20B/Downloads/acuerdo_508_oct_12_2001.pdf. 22 de marzo de 2010.

García Villegas, Mauricio. (1997). Las Fronteras del Derecho. *Revista Pensamiento Jurídico*, 11. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Krawietz, W. (1988). El concepto sociológico del derecho, trad. de Ernesto Garzón Valdés. *Revista DOXA*, 5.

Macías Gómez, L. (1998). *Introducción al Derecho Ambiental*. Bogotá: Editorial LEGIS.

Madrid-Malo, M. (1990). Diccionario básico de términos jurídicos. Bogotá: Editorial LEGIS.

Mejía Quintana, O. (1998). *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Editorial TEMIS.

Patiño Posse, M. (1999). *Derecho ambiental colombiano*. Bogotá: Editorial LEGIS.

Presidencia de La República. Constitución Política de Colombia (1991).
Bogotá: Imprenta Nacional.

Régimen Legal del Medio Ambiente. (2008). Bogotá: Editorial LEGIS.

Torres, J.; Agudelo, L. & Ochoa, M. (2007). Aproximación al conflicto ambiental urbano, generado por la contaminación electromagnética no ionizante en Colombia, *Revista Luna Azul*. Recuperado de:

<http://lunazul.ucaldas.edu.co/index.php?option=content&task=view&id=350>.

Valencia Hernández, J. (1997). Educación legal y participación de la comunidad en asuntos ambientales. *Revista Luna Azul*. Recuperado de: <http://lunazul.ucaldas.edu.co/index.php?option>

GUÍA DE AUTORES
GUIDELINES FOR AUTHORS

GUÍA PARA AUTORES

La revista recibirá aportes teóricos en todas las áreas que, directa o indirectamente, aborden el tema de las ciencias jurídicas y políticas. Para ello, dispone de las siguientes normas de presentación:

1. Formato general del texto

- El texto deberá ser presentado en el formato documento de Microsoft Word, con una configuración de diseño de página en tamaño carta, y con unas márgenes proporcionales de 1" o 2,54 cm en cada uno de los lados de la hoja. El espacio de interlineado debe ser de 1.5, en el tipo de letra Arial tamaño 12.
- Extensión: el número máximo de páginas que debe contener el documento es de 25 páginas, incluidos los cuadros, gráficas, bibliografía y notas.
- El título del texto debe estar en idioma español e inglés.
- Reseña del autor: quien sea el autor del texto deberá redactar, en un párrafo que no supere las 10 líneas, un breve resumen de su hoja de vida, en el que se indique, además de su nombre y apellidos, el último grado de escolaridad e institución a la que pertenece, si hace parte de algún grupo de investigación y cargo que desempeña. Deberá indicar su país de origen y correo electrónico.
- Resumen analítico: los artículos deberán contener un resumen o abstract en los idiomas español e inglés, con una extensión entre 150 y 250 palabras, que sintetice la idea central, los objetivos, la metodología, y las conclusiones.
- Palabras clave: deberán relacionarse cinco palabras clave en los idiomas español e inglés.

2. Criterios de citación

- Las normas de citación utilizadas deberán ser las indicadas por el sistema APA, 6ta versión.
- Las citas deben transcribirse en el mismo idioma en el que fue escrito.

- Las notas de pie de página se emplearán sólo para hacer aclaraciones o aportar datos adicionales. No deben emplearse para referencias bibliográficas.

3. Lista de referencias

- Deben ir en una nueva hoja.
- Deben aparecer al final del texto.
- Orden alfabético por la primera letra de la referencia.
- Obras de un mismo autor se ordenan cronológicamente y se comienza por la más antigua.

4. Proceso de evaluación de las publicaciones

- El autor del texto deberá enviar, vía correo electrónico, una carta dirigida al Director de la revista *Summa Iuris*, en la que garantice la originalidad de su artículo e indicar que éste no ha sido publicado en ningún otro medio de difusión y que no se encuentra postulado simultáneamente para otra u otras revistas.
- El autor o autores a quienes le hayan sido aceptados sus artículos, se obligarán a transferir de manera exclusiva todos los derechos sobre la reproducción impresa y/o digital (incluidos los materiales de prueba y fotografías) en favor de la revista *Summa Iuris*; comprometiéndose, además, para que cuando se inicia el proceso de evaluación del artículo, no lo retirará hasta la terminación del mismo.
- El Director de la revista dará respuesta de confirmación de la recepción del texto en un máximo de tres días y remite el o los documentos, al Consejo Editorial. Este ente colegiado realizará una evaluación preliminar del texto recibido y determinará la pertinencia de la publicación. Una vez aprobado, se someterá a evaluación por parte de dos árbitros anónimos, quienes establecerán si el material enviado es publicable.
- En el evento en que un árbitro apruebe y el otro rechace el artículo, se nombrará un tercero para dirimir el asunto.

- Se informa a los autores que la revista *Summa Iuris*, constantemente notificará sobre el estado de su artículo. Así mismo, advierte que en ningún caso se devolverán textos originales.

5. Información para el envío

- Los textos pueden enviarse en formato impreso o por correo electrónico a las siguientes direcciones:

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Revista *Summa Iuris*.

Fundación Universitaria Luis Amigó.

Transversal 51A #67 B 90 Medellín-Colombia.

Correo electrónico: summaiuris@funlam.edu.co

- Teléfonos: (57) (4) + 448 76 66 – ext. 9602
Fax (57) (4) + 384 97 97
- Nombre del Editor: Luis Eduardo Vieco Maya

ÉTICA DE LA PUBLICACIÓN

- El Comité Editorial, en virtud de la transparencia en los procesos, velará por la confidencialidad de la información que se recibe y la calidad académica de la revista.
- Se consideran causales de rechazo: el plagio, adulteración, invento o falsificación de datos del contenido y del autor, que no sean inéditos y originales.
- En ningún caso, la dirección de la revista exigirá al autor la citación de la misma ni publicará artículos con conflicto de intereses.
- Si una vez publicado el artículo: 1) el autor descubre errores de fondo que atenten contra la calidad o científicidad, podrá solicitar su retiro o corrección. 2) Si un tercero detecta el error, es obligación del autor retractarse de inmediato y se procederá al retiro o corrección pública.

GUIDELINES FOR AUTHORS

The Journal it would have receive all kind of theoretical contributions of different areas that in a direct or indirect way dealing with subject of the political and legal science. In order to achieve this purpose, it dispose of several rules that describe below:

1. General text´s format:

The text must be submitted in Microsoft Word Format, with an specific configuration of page design in letter size and with a reasonable or proportional margins of 1" or 2, 54 cm in each side of the page. The space between lines it must be 1.5 and the type of the script it must be Arial 12.

- Extension: The maximum limit in number of pages that must have the document, is 25 pages, including tables, graphics, bibliography and notes.
- The title of the text it must be in Spanish and also in English language.
- Review´s author: The author of the specific text must draft, in a paragraph not exceeding 10 lines, a brief synthesis of his/her CV, in which includes not only the name and the last names, but also the last curse you already fulfill at school that he/she belonged, besides mentionate if he/she belongs to an investigation group and the occupation in this one, indicate his/her natal country and e-mail address.
- Analytical resume: The articles must have an abstract in Spanish and English language, with an extension approximately between 150 and 250 words that indicates the main idea, the objectives, the methology and conclusions.
- Keywords: These ones must be about 5 key words in Spanish and English language.

2. Quotation criteria

The 6th edition of the APA system will be used for citation.

- The quotations must be transcribed in the same language that these ones had been written.
- The footnotes of pages can be used only for explanations or additional facts.
- These ones may not been used for bibliographic references.

3. References list

- It must be in a separate page.
- It must be appear at the end of the text.
- In an alphabetical order for the first word of the reference.
- It must be works from the same author, organized in a chronological order and starting with the most antique one.

4. Evaluation´s process of publications.

The author of the text must send, by e-mail, a letter to the Director of Summa Iuris Journal, in order to guarantee the authenticity of the article, indicating also that this one has not been published in other magazine or information media, or even select for another journal or magazines.

- The author o authors that have the approbation of their articles, must to compromise to transfer all the rights of the impressed or digital production (including the material proves and pictures) to Summa Iuris Journal, and make sure that during the evaluation process, the article cannot be retired until the termination of this one.
- The head man of the Journal, will send an answer of confirmation of the reception of the text in a maximum period of three days,

sending later to the Editorial Council. This committee evaluate, at first, the receiving text and determinate the accurate presentation of this one. By the time of the approbation, the text pass to the anonymous arbitrators, whom determinate if the document is possible to publishing or not.

- In the event that one of the arbitrator accept the text and the another one doesn't, is necessary to name an impartial person that solve the problem.
- Summa Iuris Journal informed to authors that constantly it will notified about the situation of the article. Otherwise, it advertise that in any case will not return originals texts.
- **5. Information for the sending text.**
- The several articles may send in written format or impressed or even by e-mail to the following address:
- Law and Political Science Faculty

Summa Iuris Journal
Fundación Universitaria Luis Amigó
Transversal 51A N° 67B-90 Medellín-Colombia
E-mail address: summaiuris@funlam.edu.co

- Numbers: (57) (4) + 448 76 66 – ext. 9602

Fax. (57) (4) + 384 97 97

Fundación Universitaria Luis Amigó
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Transversal 51A 67 B 90. Medellín, Antioquia, Colombia
Tel: (574) 448 76 66
www.funlam.edu.co