

Summa Iuris

Presentación

Presentation

Mónica Aristizábal Botero

Editorial

Beneficio de competencia en la ética social

Beneficio de Competencia in social ethics

Rodrigo Vieira Puerta

Estudios Jurídicos y/o Políticos

Acercamiento a los conceptos de tutela judicial efectiva, república mundial y justicia global desde la perspectiva de los derechos humanos y existenciales como discernimiento a la noción de vulnerabilidad

Approaching to the concepts of effective judicial protection, world republic and global justice from the perspective of human and existential rights as discretion of vulnerability concept

Lina Castillo Bedoya

Rodrigo Giraldo Quintero

Colombia: ¿Una democracia censitaria?

Colombia: A selective democracy?

Alejandro Matta Herrera

Estudios Organizacionales y su posicionamiento en América Latina: acercamiento teórico-metodológico y desafíos latinoamericanos

Organizational Studies and its position in Latin America: Theoretical and methodological approach and Latin American challenges

Mario Javier Naranjo Otálvaro

El delito de pánico económico a la luz de la privatización de empresas públicas

The crime of economic panic seen from the privatization of public enterprises

Laura Andrea Acosta Zárate

Ricardo Hernán Medina Rico

Los derechos de las personas con discapacidad: eficacia de la acción de tutela en Santa Rosa de Cabal, Risaralda (2010 – 2011)

The rights of the persons with disability: effectiveness of the action of guardianship in Santa Rosa de Cabal, Risaralda (2010 –2011)

Alexander Antonio Rodríguez Valencia

Dispositivos jurídicos que pugnan las cláusulas abusivas en Colombia y Chile

Legal devices who struggle unfair terms in Colombia and Chile

Claudia Patricia García Rivera

Amanda Gallego Blandó

La prevención general y especial en el sistema penal y penitenciario colombiano

General and special prevention in the Colombian criminal and penitentiary system

Rafael Gómez Horta

©Fundación Universitaria Luis Amigó

Summa Iuris

Vol. 4, No. 1, enero-junio de 2016

ISSN (En línea): 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

Coordinadora Departamento de Fondo Editorial

Carolina Orrego Moscoso

Diseño y diagramación

Arbey David Zuluaga Yarce

Corrector de estilo

Departamento de Fondo Editorial

Traductores

Julián Delgado Ladino

Luis Arturo Chaparro Neira

Julius Plaza Mondejar

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.

Summa uris

Directora de la Revista

Mg. Mónica Aristizábal Botero.

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, Institución Universitaria de Envigado, Antioquia, 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. Daniel Fernando Loaiza Correa

Mg. Jesús David Londoño Bedoya

Mg. Luisa Fernanda Hurtado Castrillón

Mg. Yurani López Espitia

Mg. Lina María López Jiménez

Mg. Rodrigo Orlando Osorio Montoya

Mg. Enrique Quintero Valencia

Mg. Esteban Restrepo Uribe

Mg. Héctor Mauricio Serna Gómez

Esp. Jorge Eduardo Missas Gómez

Esp. Jerson Andrés Bastidas Vargas

Esp. Santiago Caro Cuartas

Esp. Ricardo Alberto Rincón Jiménez

Esp. Cesar Augusto Castillo Taborda

Inv. Andrés David Moncayo Clavijo

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 (En línea): 2339-4536

Vol. 4, No. 1, enero-junio de 2016

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>

Founded in 2013

Summa Iuris is the publishing body of the Faculty of Law and Political Science at the Luis Amigó University Foundation. It is issued bi-annually and covers a national and international scope. It promotes the publishing of unpublished and original research papers in themes associated to law and other related fields. It targets students, researchers, professionals and people interested in these issues.

Authors are both morally and legally liable for the contents of their papers, as well as for their respect of copyright. Therefore, they do not compromise the Luis Amigó University Foundation in any sense.

Reproduction of the papers shall be governed by the provisions described at <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>

CONTENIDO

Presentación

Presentation

Mónica Aristizábal Botero

Editorial

Beneficio de competencia en la ética social 16

Beneficio de Competencia in social ethics

Rodrigo Vieira Puerta

ARTÍCULOS

Estudios Jurídicos y/o Políticos

Acercamiento a los conceptos de tutela judicial efectiva, república mundial y justicia global desde la perspectiva de los derechos humanos y existenciales como discernimiento a la noción de vulnerabilidad 24

Approaching to the concepts of effective judicial protection, world republic and global justice from the perspective of human and existential rights as discretion of vulnerability concept

Lina Castillo Bedoya

Rodrigo Giraldo Quintero

Colombia: ¿Una democracia censitaria? 48

Colombia: A selective democracy?

Alejandro Matta Herrera

Estudios Organizacionales y su posicionamiento en América Latina: acercamiento teórico-metodológico y desafíos latinoamericanos 74

Organizational Studies and its position in Latin America: Theoretical and methodological approach and Latin American challenges

Mario Javier Naranjo Otálvaro

El delito de pánico económico a la luz de la privatización de empresas públicas	92
The crime of economic panic seen from the privatization of public enterprises	
<i>Laura Andrea Acosta Zárate</i>	
<i>Ricardo Hernán Medina Rico</i>	
Los derechos de las personas con discapacidad: eficacia de la acción de tutela en Santa Rosa de Cabal, Risaralda (2010 – 2011)	111
The rights of the persons with disability: effectiveness of the action of guardianship in Santa Rosa de Cabal, Risaralda (2010 –2011)	
<i>Alexander Antonio Rodríguez Valencia</i>	
Dispositivos jurídicos que pugnan las cláusulas abusivas en Colombia y Chile	127
Legal devices who struggle unfair terms in Colombia and Chile	
<i>Claudia Patricia García Rivera</i>	
<i>Amanda Gallego Blandó</i>	
La prevención general y especial en el sistema penal y penitenciario colombiano	154
General and special prevention in the Colombian criminal and penitentiary system	
<i>Rafael Gómez Horta</i>	

PRESENTACIÓN

REVISTA SUMMA IURIS VOL. 4 / N° 1

Forma de citar este artículo en APA:

Aristizábal Botero, M. (enero-junio, 2016). Presentación. *Summa Iuris*, 4(1), 7-1167.

La revista *Summa Iuris* es el resultado del compromiso de la Funlam con la difusión del conocimiento y con espacios académicos que propicien el análisis y debate tanto de los avances, como de las investigaciones finalizadas, que en este caso -volumen 4, número 1- son presentados por diez investigadores, principalmente juristas, y un sociólogo.

Haber asumido el reto de mantener la calidad ofrecida por los anteriores cuatro editores, fue una circunstancia que implicó mayor compromiso y dedicación, así, a partir de la amplia convocatoria y luego de surtirse el debido proceso de arbitraje, con gran orgullo se presentan siete artículos remitidos desde diferentes partes del país.

El primer artículo, dedicado al acercamiento a los conceptos de tutela judicial efectiva, aborda diferentes acepciones de justicia y la necesidad del real goce del derecho de acceso a la justicia para la población vulnerable, desde las teorías internacionalistas que propugnan por su tratamiento global efectivo, dada la ineficacia de la justicia de los sistemas nacionales; así, abre la arista del concepto de vulnerabilidad humana para ahondar en lo que se ha llamado “vulnerabilidad natural o normal –por el solo hecho de existir-” y “vulnerabilidad artificial –léase vulnerabilidad propiciada, no natural-”.

La investigación acogió el enfoque analítico-descriptivo a partir de resúmenes analíticos (RAE). El análisis de los contenidos da cuenta de los aspectos más importantes de las globalizaciones que se han vivido a lo largo de la historia, la del Imperio Romano, la de la colonización de América, la de la Revolución Industrial y, ahora, la de mercado. Desde este

contexto liga la globalización en el derecho, luego profundiza sobre el concepto de justicia y la tutela judicial efectiva en el Estado Social de Derecho y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finaliza haciendo un planteamiento en virtud del cual, de entre las dos teorías extremas a saber, justicia global y república mundial, defiende la necesidad de un punto intermedio: el de los Estados interdependientes que abren la puerta a la justicia internacional como justicia complementaria, aspecto que sin lugar a dudas genera controversia.

El segundo artículo, titulado *Colombia: ¿Una Democracia Censitaria?*, analiza las reglas del sistema electoral colombiano para plantear cómo a la luz de los estándares de derechos humanos para el ejercicio de los derechos políticos, específicamente, de los grupos significativos de personas no afiliadas a ningún partido o movimiento político, previstos en el artículo 23 de la Convención Americana, hay elementos restrictivos como la exigencia de un seguro de seriedad.

Respecto a la metodología, ésta fue de corte exploratorio de las normas nacionales e internacionales vigentes en torno a los derechos políticos, con análisis de casos desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El autor, luego de presentar algunos conceptos sobre democracia y los requisitos para el ejercicio de los derechos políticos en el sistema electoral colombiano, concluye que estos últimos no se adecuan a los estándares internacionales para la protección de los derechos políticos por parte del Estado colombiano.

Luego, el tercer artículo, atinente a los estudios organizacionales y su posicionamiento en América Latina, plantea una visión específica desde un enfoque reflexivo y en uso de la revisión bibliográfica, de los estudios organizacionales (EO) en América Latina. Dadas sus particularidades políticas y económicas, acompañadas de la potencialidad que ofrecen desde su diversidad, riqueza, producción simbólica y discursiva, el autor nos presenta un acercamiento teórico y metodológico desde los desafíos que

tienen las organizaciones en el área de estudio. En el texto se advierte que la definición no es unívoca y resulta compleja, lo que da como resultado que en América Latina se estén construyendo propuestas propias.

Uno de los puntos más interesantes del artículo es que muestra la transición de la visión con que fueron tratados inicialmente los EO, en donde se pasó de concebir a los sujetos desligados de la organización y apenas como un medio, un instrumento o un recurso más, a una postura antropocéntrica, ligada al discurso, contrahegemónica; lo que incita al lector a miradas reflexivas y críticas de las organizaciones con las que se relaciona.

Migrando ahora por la senda del derecho penal, se hallan dos artículos. El primero trata el tema del delito de pánico económico dada la percepción que genera en los usuarios, los clientes, los inversionistas, los accionantes y los trabajadores, los anuncios de prensa del alcalde Petro de intervenir o privatizar una empresa del ente público que regenta. El estudio se hace a la luz del derecho penal económico, desde las categorías sujetos, objeto, conducta y elementos normativos del tipo descrito como delito; de manera que nos muestra posturas enfrentadas entre si la privatización comporta responsabilidad penal o no y la hermenéutica de la conducta desde la perspectiva dolosa o culposa en el objeto de estudio. Para lograr dicho objetivo, los autores tratan el concepto de privatización y a partir de allí, lo atinente al pánico económico, para finalmente plantear la connotación de delito de peligro.

Por otra parte, se estudian en el quinto artículo los derechos de la población carcelaria, en especial, su garantía de ser rehabilitados e integrados de manera real nuevamente al conglomerado social, como una de las premisas fundamentales que se defiende a lo largo del escrito; para tal fin, el investigador parte de las teorías sobre el estudio de las funciones de la pena al interior de los sistemas penitenciarios. El trabajo es descriptivo; realza la razón de ser del derecho penal, cuya base es el mantenimiento del orden social, para luego traer a colación las distintas posturas que se han tenido sobre la pena, estas son: la teoría retributiva, de la prevención especial, la correctiva, la prevención y unificadora, entre otras variantes de las anteriores. Termina su artículo dejando varios interrogantes que

retan no solo a los legisladores, sino a la comunidad de investigadores de la ciencia jurídica, en el sentido de aplicar el principio de igualdad, para garantizar que los reos por delitos comunes tengan acceso a los mecanismos y procesos reintegradores de los que han gozado otros transgresores, especialmente, los del conflicto armado en Colombia.

En sexto lugar encontramos el análisis del régimen jurídico de las cláusulas abusivas en Colombia y Chile. Las autoras determinan los diferentes mecanismos jurídicos para contrarrestar la presencia de normas lesivas en un tratado, bien que lo sean de manera expresa o tácita por la ruptura del equilibrio contractual que genera. A lo largo del texto se describen las cláusulas lesivas y se defiende la necesidad de evitar restricciones injustificadas y desequilibrios contractuales y de mantener la transparencia en los convenios multilaterales.

Se afirma en el escrito que el régimen de las cláusulas abusivas está disperso en el régimen colombiano, en tanto en el de Chile se consagran en las leyes 19.496 de 1997 y 19.955 de 2004. La investigación usó la metodología deductiva y recomienda la incorporación de normativas especiales para que se ejerza un control preventivo y la necesidad de realizar la buena fe contractual como deber jurídico vinculante que impregne todo contrato en los Estados negociadores.

Se finaliza la presente edición con un artículo sobre discapacidad, término que debe entenderse, se enfatiza, en un sentido diferente al de incapacidad. El articulista sostiene que en el período de estudio (2010-2011) subsisten obstáculos para la población que presenta discapacidad. En uso de la metodología deductiva, con patrones descriptivos y analíticos, se muestran casos decididos en el municipio de Santa Rosa de Cabal–Departamento de Risaralda. El autor hace dos críticas; la primera, las dificultades de inclusión social de quienes presentan discapacidad y la ineficacia de acciones constitucionales para la salvaguarda de sus derechos consistentes en un alto formalismo procesal de algunos jueces, la excesiva rigurosidad en la aplicación del principio de inmediatez y la prevalencia del interés de mercado de las entidades accionadas, aspectos que, a toda luz, afectan las garantías constitucionales de las personas que presentan discapacidad.

Por último, la editora de la revista agradece de manera especial al grupo de árbitros, a los miembros de los comités científicos y editorial, quienes con su sabiduría y crítica retroalimentaron esta publicación.

Manizales (Colombia), junio de 2016.

Mónica Aristizábal Botero
Directora Editora *Summa Iuris* Journal

PRESENTATION

SUMMA IURIS JOURNAL VOL. 4 / N°. 1

This volume of the Summa Iuris journal from January to June 2016 comes as a result of the institutional commitment the Funlam has made to share knowledge and maintain an academic practice that for the last three years has provided the means for the analysis and debate of research advances and results, presenting in this issue those carried out by ten researchers nine jurists and one sociologist.

Having accepted the challenge to maintain the quality of the last four issues has brought about a higher commitment and dedication, thus requiring a broad call for papers, followed by a rigorous selection process and proudly presenting seven articles from different regions of the country.

The first article deals with a theoretical approach to the effective judicial sue "*tutela*" from the different meanings of justice and the need for the vulnerable population to have the right to access justice, based on the international theories which call for an effective global treatment towards those who need it due to the inefficiency of their national justice system; analyzing the concept of human vulnerability to go further into the concept of "natural or normal vulnerability-due to existence-" and "artificial vulnerability-that is unnatural vulnerability."

This research project was carried out under a descriptive-analytical approach based on analytical summaries (RAE). The content analysis focuses on the most important aspects of globalization processes throughout history such as the Roman Empire, the colonization of America, the industrial revolution and now the economic one. Based on this context there is a relation with globalization in law, then on the concept of justice and the effective judicial law in a social State and the Inter American Court of Human Rights.

At the end there comes the issue regarding the two extreme theories of global justice and a worldwide republic, defending the need of an intermediate point, that of interdependent states which open their frontiers to international law as a complementary justice, an aspect that without a doubt brings controversy.

The second article titled Colombia a Selective Democracy? Analyzes the rules of the Colombian electoral system to show that under the standards for human rights for specific groups, which are not affiliated to a political movement or party, to exercise political rights given by the article 23 of the American Convention has limitations such as the insurance of veracity.

The methodology that was implemented was exploratory of the national and international norms on political rights, analyzing some cases from the jurisprudence of the Inter American Court of Human Rights.

The author, then presents some concepts on democracy and the requirements to exercise political rights in the Colombian electoral system and concludes that the latter do not follow international standards for Colombian State to protect the political rights.

The third article focuses on organizational studies and its positioning in Latin America to establish a specific point of view from a reflective approach and a literary review of the organizational studies in Latin America given its political and economic specificities along with the potential of its diversity, richness, symbolic and discourse production. The author presents a theoretical and methodological approach from the challenges that these organizations have in their field of study. In the text there is a warning regarding the definition as not being univocal thus complex, which brings about the construction of specific Latin-American proposals.

One of the most interesting points is the transition from the original perception of the organizational studies, which went from seeing them as individuals that were not part of an organization but were merely one more

instrument or resource. It was an anthropocentric position tied to the discourse, counter-homogeneity, which brings the reader to adopt reflective and critical positions regarding the organizations they relate to.

Moving along the path towards penal law, there are two articles to be found, the first one deals with the topic of economical panic given the perception generated in trust of users, clients, investors, shareholders and workers, regarding the news that mayor Petro is planning to intervene or privatize one of the public enterprises he presides over. The study is carried out under an economical penal law perspective, analyzing the categories of subjects, object, behavior and normative elements characterized as a crime thus displaying different and opposite positions regarding whether the privatization process holds penal responsibility or not and the interpretation of the behavior from a fraudulent or malicious perspective in the study object. In order to achieve this purpose the author works the concept of privatization as well as aspects related to economic panic and finally the connotation of crime.

The fifth article holds as one of the fundamental premises the rights of inmates regarding their guarantees to rehabilitation and integration to society, the writer bases the study on sentences served in the penitentiary systems. The article is descriptive and enhances the purpose of criminal law that is to maintain social order and then references the different positions there have been regarding sentences such as retribution, rehabilitation, deterrence and incapacitation among others. The article concludes with several questions not only for legislators but also for researchers in the area of criminal law in order to apply the equality principle to guarantee convicts of common crimes the same access to social integration programs that other offenders have had, especially those in the Colombian armed conflict.

The sixth article presents an analysis of the criminal regime of abusive clauses in Colombia and Chile, the authors establish several judicial mechanisms to balance detrimental norms in a treaty, whether they are implicit or explicit due to a rupture of contract balance. Throughout the

text there is a description of detrimental clauses and a defense of the need to avoid unnecessary restriction, contract unbalance and a lack of transparency in multilateral agreements.

The article affirms that the abusive clause regime is spread out throughout the Colombian systems and in the Chilean system in laws 19.496 from 1997 and 19.955 from 2004. The research process was carried out under a deductive approach which recommends the incorporation of special norms to exercise a preventive control and the need to highlight the contract good will as a judicial duty that permeates the negotiating states.

The current issues ends with an article on disability, a term that must be understood from different sides, it emphasizes on different perspectives on this topic, and the writer upholds that during this study carried out in 2010-2011 there were several obstacles for people with these conditions. The methodology used was deductive with descriptive and analytic patterns and presents several cases in the municipality of Santa Rosa de Cabal in Risaralda. The author makes two strong criticisms: the first one dealing with the difficulties in the social inclusion process and the second one on the inefficiency of constitutional actions to uphold their rights through excessive procedural formalities used by some judges and the rigorous application of the immediateness principle and the prevalence of market interests of some institutions, these aspects undoubtedly affect the constitutional guarantees of people with disability.

Finally, as editor I would like to express my gratitude to the referees, scientific and editorial committee who provided important feedback for this issue.

Manizales (Colombia), June 2016.

Mónica Aristizábal Botero
Summa Juris Journal Editorial Director

EDITORIAL

BENEFICIO DE COMPETENCIA EN LA ÉTICA SOCIAL

Rodrigo Vieira Puerta*

Forma de citar este artículo en APA:

Vieira Puerta, R. (enero-junio, 2016). Editorial. Beneficio de competencia en la ética social. *Summa Iuris*, 4(1), 16-18.

La litúrgica severidad del *ius civile*, inspirada en el apotegma *Dura Lex, sed lex*, declina el rigor operativo de sus fórmulas, el deshumanizante imperio de su objetivismo procesal en la ejecución personal del deudor, como resultado de una nueva y vivificante concepción que, vertebrada en la *bona fide* del *ius honorarium* y la *aequitas* helénica, fecunda el *brocardo* del *summum ius, summum iniuria* como supuesto teleológico de la ciencia jurídica al servicio del hombre en su dimensión relacional y política.

Suficiente como definitivo, el *Beneficium Competentiae*, significado en el latín medieval como disponibilidad de medios económicos para subsistir y encarnado en la conocida paremia: "*taxatio in id quod facere potest*", constituye una de las no pocas réplicas a la mistificada caracterización del individualismo jurídico romano atribuido al *ius quiritum*, con causa en el autoritarismo del *pater familias* en las órbitas del universo patrimonial, *mores maiorum* y religioso; en la discrecionalidad, en la vocación sucesoria, como igualmente en el absoluto señorío del dominio en su calificación de *plena in re potestas*.

La figura sub-análisis, traduce y afinca en la cultura romana, la denominada ética social, la que, antecedida por la conocida como ética personal, propia de las sociedades tradicionales y, a su vez, eclipsada en cierto modo por una moderna concepción global de la perfilada, en términos de sostenibilidad, constituye el trialismo de una ética de primera, segunda y tercera generación, que pretende calificar al hombre como bueno, justo y sostenible, tal como se deduce de la *Carta de la Tierra*.

* Ex - magistrado del Consejo de Estado, miembro correspondiente capítulo Manizales de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Profesor de la Universidad Nacional sede Manizales, la Universidad de Caldas, ESAP, la Universidad de Manizales y la Fundación Universitaria Luis Amigó.

En un todo ajeno a la fenomenología de la sostenibilidad, la doctrina romanista destaca el valor de la justicia como centro de su estructura ético jurídica, como se advierte de apotegmas contenidos en los escritos de Ulpiano: "*iustitia est constant et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*" (justicia es la voluntad constante de dar a cada cual su derecho); o la máxima de prevención al quebranto de la misma formulada por Papiniano: "*non debet alteri per alterum, iciqua conditio, in ferri*" (nadie debe hacer peor la condición del otro). En este orden de ideas, si bien en órbita diferente, mandatos como la *Lex Paetelia Papiria* (428 de Roma) por la cual se sustituye la responsabilidad personal del *defraudator* (deudor impago) por el compromiso de los bienes patrimoniales; así como no pocas previsiones del ordenamiento pretoriano penetrado por el principio de la epiqueya griega, determinaron el surgimiento, en el universo jurídico propio del derecho honorario del Beneficio de Competencia como la evidente manifestación de una justicia social conocida y aplicada en época anterior al tiempo del Siglo de las Luces.

El texto contenido en el Digesto reza *ad pedem litteris*: "*In condemnationi personarum quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed es ipsarium ratio habenda est, ne egeant*" (En la condenación de personas, obligadas por sentencia del juez a aquello que pueden hacer, no se les ha de exigir todo el patrimonio, sino que debe tomarse en cuenta la condición de las mismas, a fin de que no caigan en la miseria).

Por su parte, el Código Civil (1.957) colombiano, en su Artículo 1684 (Capítulo X del título 14), reproduce en su esencia el principio pretranscrito al disponer:

Beneficio de Competencia es el que se concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoseles, en consecuencia, lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejore su fortuna.

Olvidado o desconocido por doctos y profanos, el instituto del beneficio de competencia al margen de la jurisprudencia; excluido del análisis científico de los contenidos programáticos de las escuelas de Derecho; preterido, por así decirlo, del universo económico que se debate y agoniza

en inocultable crisis, permanece, no obstante, incólume en los ordenamientos privados de América Latina a la espera de una hermenéutica que difunda un haz de luz a su indubitable trascendencia.

Por lo que a Colombia dice relación, la imposibilidad presente de satisfacer los créditos hipotecarios de vivienda, aún con la insuficiente perspectiva de una dación en pago, demanda un enfoque hermenéutico allende de su primigenio alcance romano. La semiótica del derecho no puede reducirse a la contemplación de un mandato social en el inasible universo del “cielo de conceptos”, como lo dibujara Von Ihering; a la desnuda lógica de la sintaxis, a una semántica huérfana de significado, o a una pragmática revestida de realidades humanas en aras del perfeccionamiento de un silogismo sentencial.

El crédito agrario, el de la pequeña industria, el de la empresa familiar y demás, se convierten en legitimados contenidos para que sus deudores sean otros tantos titulares especiales del beneficio examinado.

Salvar –y el término es de estirpe romana– significa rescatar al “otro” de un horizonte cerrado a la mínima posibilidad y convocarlo en una dimensión abierta a la realización personal en el compuesto de una encarnación, libertad y trascendencia, en frente del actual imperio de la “mismidad”, como mundo totalizante, egocéntrico e individualista.

Es el momento de imprimir al beneficio de competencia, el sentido y alcance teleológico de la alteridad como razón de ser de un Estado Social de Derecho inspirado en la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad.

Rodrigo Vieira Puerta

EDITORIAL

BENEFICIO DE COMPETENCIA IN SOCIAL ETHICS

The liturgical severity of *ius civile* (Civil rights), inspired by the dictum *Dura Lex, sed lex*, reduces the powerful efficiency of their formulas, the inhumane authority of its objectivity in legal process of the personal judgment of the debtor, as the effect of the new and vibrant concept, presented in *ius honorarium* and *Hellenic aequitas* in good faith, fertilizes a judicial maxim of *summum ius, summum iniuria* as a teleological assumption of legal science in the service of man in his relational and political dimension.

Enough to be true, the *Beneficium Competentiae*, which signifies in Medieval Latin as the accessibility to economic means of survival, and also embodied in the well-known proverb "*taxatio in id quod facere potest*", constitutes as one of the many echoes of the mystified characterization of the Roman legal individualism attributed to *ius quiritum*, originated from the authoritarianism of *pater* families in the context of universal equity, tradition, and religiosity; in the discretion, in the line of succession, as also in the absolute lordship of dominion in its full interpretation of *plena in re potestas*.

The sub-analysis figure, translates and grounds in Roman culture, the so-called social ethics, which, preceded by the so-called personal ethics, characteristic of traditional societies and, in turn, eclipsed somewhat by a modern overall design of the profile, in terms of sustainability, constitutes the trialism of an ethics of first, second and third generation, which intendeds to qualify man as good, just and sustainable, as it is reflected in the *Earth Charter*.

In an entirely unrelated to the phenomenology of sustainability, the Roman doctrine emphasizes the value of justice as the center of its legal ethical structure, as noted in apothegms contained in the writings of Ulpiano: "*iustitia est constant et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*" (justice is the constant will to give each one his right); or the maximum prevention of the deterioration of the same right as formulated by Papiniano:

“non debet alteri per alterum, iciqua conditio, in ferri” (no one should make other’s condition worst). In this line of thought, while in different context, precepts like those of the *Lex Paetelia Papiria* (428 of Rome) by which personal responsibility of the defraudator (defaulting debtor) is replaced by the commitment of the debtor’s assets; as seen in many insights of pretorian legal system influenced by the Greek principle *epiqueya*, influenced the rise of the universal legal system proper to honorary rights of the *Beneficio de Competencia* as an evident manifestation of a social justice known and applied in the period before the Age of Enlightenment.

The text contained in the Digesto shows *ad pedem litteris*:

“In condemnationi personarum quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed es ipsarium ratio habenda est, ne egeant” (In the condemnation of people, bound by the sentence of the judge as to what they can do; to them is not required all assets, but must take into account the condition of these, so they do not fall into poverty) ”.

For its part, the Colombian Civil Code, Article 1684 (Chapter X of Title 14) reproduces in essence the principle *pretranscrito* when it says:

“Beneficio de Competencia is granted to certain debtors to avoid being forced to pay more than best they can, leaving them therefore, as consequence, the essentials for a modest livelihood, according to their class and circumstances; and with the promise to return back when their fortune gets better.”

Forgotten or unknown to scholars and laymen, the institute of *Beneficio de Competencia* outside the jurisprudence; excluded from scientific analysis of the program contents of Law Schools; disinherited, so to speak, of the economic universe that agonizes in debate and unconcealed crisis; it remains, however, untouched in private systems of Latin America waiting for a hermeneutic interpretation that diffuses a light beam to its indisputable importance.

As far as Colombia is related, this inability to comply mortgage housing loans, even with insufficient prospect of a payment in kind, demands a hermeneutical approach beyond of its original Roman interpretation. Semiotics of law cannot be reduced to the contemplation of a social mandate in the ungraspable universe of "heaven of concepts", as Von Ihering drew naked the logic of syntaxes, to a semantics drought in meaning, or a pragmatic proclamation coated with human realities for the sake of perfecting a sentential syllogism.

The agricultural credit, small industry, the family business, etc., become legitimate content so that their debtors will be special holders of the benefit examined.

Save—and the term is of Roman origin—means rescue the "other" from closed horizon of the minimum possibility and convene the person to an open dimension of personal fulfillment in the compound of an incarnation, freedom and transcendence, in the midst of the current rule of "sameness" as totalizing, egocentric and individualistic world.

It is time to print in the *Beneficio de Competencia* the theological meaning and scope of otherness as *raison d'être* of the rule of law inspired by human dignity, work and solidarity.

Rodrigo Vieira Puerta

ARTÍCULOS
ARTICLES

**ESTUDIOS JURÍDICOS
Y/O POLÍTICOS**

JURIDICAL AND/OR
POLITICAL STUDIES



Foto: Carlos Enrique López. Réplica del cable aéreo de carga construido en 1915 por el señor Lindsay, cubría la ruta Manizales (Caldas) - Mariquita (Tolima), ubicado sobre la Avenida Santander en Manizales con calle 67. Tomada el 16 de mayo de 2016.

ACERCAMIENTO A LOS CONCEPTOS DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, REPÚBLICA MUNDIAL Y JUSTICIA GLOBAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EXISTENCIALES COMO DISCERNIMIENTO A LA NOCIÓN DE VULNERABILIDAD¹

APPROACHING TO THE CONCEPTS OF EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION, WORLD REPUBLIC AND GLOBAL JUSTICE FROM THE PERSPECTIVE OF HUMAN AND EXISTENTIAL RIGHTS AS DISCRETION OF VULNERABILITY CONCEPT

*Lina Castillo Bedoya**
*Rodrigo Giraldo Quintero***

Recibido: marzo 30 de 2016 - **Aprobado:** abril 25 de 2016

«Si la miseria de nuestros pobres no tiene su origen en las leyes de la naturaleza, sino en nuestras propias instituciones, grande es nuestro pecado»

Charles Darwin.

Forma de citar este artículo en APA:

Castillo Bedoya, L. y Giraldo Quintero, R. (enero-junio, 2016). Acercamiento a los conceptos de tutela judicial efectiva, república mundial y justicia global desde la perspectiva de los derechos humanos y existenciales como discernimiento a la noción de vulnerabilidad. *Summa Iuris*, 4(1), 24-47.

¹ El artículo se deriva del proyecto de investigación titulado: “Conflictos y movimientos sociales de jóvenes en contextos de vulnerabilidad en la eco-región eje cafetero: hacia un proceso de constitucionalismo popular”. Se presenta en co-autoría por el investigador principal y la asistente de investigación del proyecto.

* El artículo se deriva del proyecto de investigación titulado: “Conflictos y movimientos sociales de jóvenes en contextos de vulnerabilidad en la eco-región eje cafetero: hacia un proceso de constitucionalismo popular”. Se presenta en co-autoría por el investigador principal y la asistente de investigación del proyecto.

** Abogada egresada de la Universidad de Manizales, Asistente de investigación en el Semillero Ius In Bellum. Colombia. Correo electrónico: linacastillo@gmail.com

*** Docente investigador de la Universidad de Manizales. Especialista en Derecho Constitucional Universidad Externado de Colombia. Magister en Derecho Universidad de Manizales. Doctorando en Derecho Universidad de Buenos Aires (UBA). Colombia. Correo electrónico: rodrigogiraldoquintero@hotmail.com

Resumen

El objetivo principal del presente artículo es establecer desde la teoría, la hermenéutica y un enfoque analítico-descriptivo, el acceso real y el goce del derecho de acceso a la justicia desde las teorías internacionalistas más aceptadas y discutidas mundialmente; las cuales son la república mundial, la justicia global y desde el derecho procesal, la tutela judicial efectiva y su relación con la noción de vulnerabilidad. Estas se basan en la igualdad de oportunidades y recursos para todos los habitantes del mundo, bajo el entendido de la solidaridad y que el mundo debe ser uno solo ante el cual todos los seres vivos nos encontramos en estado vulnerable frente al medio. Por otro lado, se pretende realizar un análisis desde las teorías particularistas que hacen una apología a las relaciones inter estatales y que niegan este concepto de unidad y solidaridad entre habitantes del mundo; haciendo una aproximación teórica y hermenéutica sobre el concepto más puro de justicia hasta alcanzar la justicia global y la república mundial, soportando así la tesis anti-cosmopolita de la misma en donde encontramos que la igualdad no es una respuesta a la pregunta que desde hace siglos se plantea a lo que realmente es la justicia como conocimiento último y objetivo. Lo que se pretende con el estado del arte del presente artículo es dilucidar la relación entre las teorías internacionalistas más aceptadas mundialmente como protección de los derechos humanos más elementales y el concepto de vulnerabilidad.

Palabras Clave: acceso a la justicia, derechos humanos, república mundial, vulnerabilidad, globalización.

Abstract

The main objective is to establish from the theory, hermeneutics and analytical-descriptive approach, the actual access and enjoyment of the right of access to justice from the most globally accepted internationalist theories which are the world republic, global justice and from the procedural right to effective judicial protection and its relation to the notion of vulnerability. These are based on equal opportunities and resources to everyone in the world on the understanding of solidarity and that the world must be one and to which all living beings we are in a vulnerable state compared to the average. On the other hand it aims to make an analysis from particularistic theories that make an apology to the inter-state relations and deny the concept of unity and solidarity among peoples of the world. Making a theoretical and hermeneutical approach on the purest justice concept to achieve global justice and world republic and thus support the anti-thesis of the same cosmopolitan where equality is not an answer to the question that arises centuries what is justice as the ultimate objective knowledge. The aim with state of the art is to elucidate the relationship between the most accepted worldwide as protection of basic human rights and the purest concept of vulnerability from the anthropological that implies freedom and equality of all theories internationalists individuals, as proclaimed human rights, and recognized by transcendental ethics that inspires every human endeavor.

Keywords: Access to Justice, human rights, world republic, vulnerability, globalization.

INTRODUCCIÓN

La universalidad de los derechos humanos ha sido cuestionada porque en muchísimos casos los derechos primarios son vulnerados. Las teorías internacionalistas de protección de derechos humanos se preocupan enteramente por las necesidades de individuos vulnerados a lo largo del mundo, y parte no solo de los interrogantes acerca de los límites de nuestra responsabilidad directa por las acciones que como individuos o naciones podemos cometer, sino también por la responsabilidad por temas que conciernen a la comunidad internacional y que requieren de un tratamiento global efectivo en contextos de vulnerabilidad como lo son la extrema pobreza, la discriminación a los migrantes, problemas de género, etc.

Ahora bien, después de estas aclaraciones preliminares, se pretende con este artículo, contribuir al proyecto titulado: “Conflictos y movimientos sociales de jóvenes en contextos de vulnerabilidad en la eco-región eje cafetero: hacía un proceso de constitucionalismo popular” desde la siguiente pregunta orientadora: ¿Cómo auscultar el concepto de vulnerabilidad humana sin hacerlo primero desde su propia génesis y cómo esta tiene relación con las teorías internacionalistas para la protección de los derechos humanos más elementales? Cuando se habla de vulnerabilidad siempre se le pone un *cognomen* como hacían los romanos para dar prestigio a sus familias, así las cosas, se habla de “vulnerabilidad social”, “política”, desde la bioética, etc., pero ¿qué significa ser vulnerable? El concepto es más acertado desentrañarlo desde la perspectiva del psicoanálisis y la antropología, toda vez que allí se encuentra su ratio de maniobrabilidad hermenéutica.

MÉTODO

El estudio, se desarrollará a partir del enfoque metodológico hermenéutico, desde la investigación documental. Para este cometido se utilizó una metodología desde el análisis de contenidos, entre recolección de datos y la utilización de resúmenes analíticos.

La técnica de recolección de información será la revisión documental. Partirá del análisis de la normatividad y la legislación en el contexto nacional e internacional, así como doctrina y jurisprudencia de diferentes Cortes hasta lograr una aproximación a los objetivos planteados.

REFLEXIONES ACERCA DE LA VULNERABILIDAD² HUMANA Y LAS POSIBILIDADES DE SU ENTENDIMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO EXISTENCIAL³

El concepto de vulnerabilidad parte del presupuesto básico humano, casi ontológico -si se quiere- y del hecho social de la exposición. Todos los seres humanos y no humanos (animales, por ejemplo) nos tornamos vulnerables ante la exposición y las condiciones del medio (así lo subraya por ejemplo la teoría Malthusiana⁴), al contacto con la realidad circundante, con el otro, etc. Por eso, la vulnerabilidad se debe entender como una condición connatural al hecho de existir, es decir, que se vislumbra como inevitable y hasta normal en sociedades de constante incertidumbre y peligro, como la nuestra. No obstante, la vulnerabilidad ante los efectos de la naturaleza o ante las adversidades normales de la vida que propician efectos adversos y deterioran la salud no es comparable con la “vulnerabilidad propiciada” o que para efectos de este análisis, denominaremos “vulnerabilidad artificial”, en tanto es creada por los sujetos, ésta pues, no es natural o biológica, sino que se genera de forma bruñida por personas de carne y hueso.

Esta vulnerabilidad artificial, se asocia prima facie con el conflicto⁵ y tiene sus agentes de responsabilidad en un ente abstracto llamado Estado o en determinados grupos de poder, en tanto, esta, a diferencia de

² La vulnerabilidad según Correa se entiende como: “La vulnerabilidad es la situación de dependencia en que pueden estar personas o grupos sociales, que no permite o pone en riesgo la autodeterminación y la libre elección en sus ideales de vida y en su desarrollo. Podemos hablar de varios niveles de vulnerabilidad. En primer lugar, la que tenemos todos por el hecho de ser humanos: nuestra libertad no es absoluta, estamos condicionados -a veces coaccionados- de modo interno o externo, y en concreto todos enfermamos y finalmente morimos. (Correa, 2011, p. 20).

³ Sartre resume el existencialismo en la siguiente frase: “Así, el existencialismo se aferra a la idea de una naturaleza humana, pero esta vez no es una naturaleza orgullosa de sí misma, sino una condición temerosa, incierta y desamparada”. (Sartre, 1947, p. 96).

⁴ En su: “*Ensayo sobre el principio de la población*” Thomas Malthus cree que las condiciones del medio y supervivencia como enseres y alimentos son determinantes para las condiciones de vida de la población.

⁵ Para un análisis del conflicto, ver: García, M (2001). *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

la “inevitable” y normal que se propicia por el solo hecho de existir, no se produce por fuerza mayor, caso fortuito o inevitabilidad, sino que se presenta más bien en condiciones muy concretas representadas en intereses de tipo político, económico o de poder. Así las cosas, para efectos de este análisis se entienden dos tipos de vulnerabilidades, la normal y la artificial; la normal pende del hecho mismo de existir. Sartre describiría esta situación de lo humano en los siguientes términos:

Un hombre que se compromete en la vida dibuja su figura, y fuera de esta figura no hay nada. Evidentemente, este pensamiento puede parecer duro para aquel que no ha triunfado en la vida. Pero, por otra parte, dispone a las gentes para comprender que solo cuenta la realidad, que los sueños, las esperas, las esperanzas, permiten solamente definir a un hombre como un sueño desilusionado, como esperanzas abortadas, como esperas inútiles; es decir que esto lo define negativamente y no positivamente; sin embargo, cuando se dice; tú no eres otra cosa que tu vida, esto no implica que el artista será juzgado solamente por sus obras de arte; miles de otras cosas contribuyen igualmente a definirlo (Sartre, 1947, pp. 51-52).

Ahora bien, la vulnerabilidad humana normal es aquella que pone al ser humano en el plano de aquello que no ha querido ser, a partir del destino que no es maleable por los sujetos, se puede ser menos vulnerable en tanto se es más consciente de sí mismo. Al respecto, Sarte menciona que:

El hombre es ante todo un proyecto que se vive subjetivamente, en lugar de ser un musgo, una podredumbre o una coliflor; nada existe previamente a este proyecto; nada hay en el cielo inteligible, y el hombre será ante todo lo que ha proyectado ser no lo que querrá ser. Porque lo que entendemos ordinariamente por querer es una decisión consciente, que para la mayoría de nosotros es posterior a lo que el hombre ha hecho de sí mismo (Sartre, 1947, pp. 21-22).

La vulnerabilidad artificial, por el contrario a la normal, está estrechamente ligada, es inmanente al Estado o a grupos de similar poder que propician escenarios de vulnerabilidad mediante el ejercicio de la violencia política, toda vez que la coacción, esto es el uso de la fuerza de unos sujetos -o aparataje- contra otros sujetos o comunidades, crea niveles

de vulnerabilidad y seres vulnerados en las diferentes “redes”⁶, sin ser la juventud y la adolescencia ajenas a esta idea, en este escenario ya no dependemos sólo de nuestra consciencia sino que empezamos a ser vulnerables a partir de las relaciones con el otro y con la historia⁷; las interacciones sociales con el Estado, con los grupos de poder se tornan violentas y dicha violencia es representación sociológica de realidades.

La violencia política se puede entender como:

Violencia y política son fenómenos universales pero, como cualquier otro fenómeno sociocultural, sus formas o manifestaciones han sido diversas a través de la historia de la humanidad. Igualmente lo son sus expresiones concretas a lo largo y ancho del planeta. Max Weber apuntó a esa doble vertiente de los fenómenos sociopolíticos al emplear los términos poder y autoridad: ubicuo y universal el primero, específica y cambiante la segunda. Ambos como tipos ideales, esto es, zonas de encuentro de teoría y realidad, integran entre sus elementos algún grado de violencia, conflicto y desigualdad. También esos ingredientes se encuentran presentes en muy heterogéneas realidades sociales y culturas, si bien con ropajes culturales variados.

Pero la violencia no desaparece sino que la asume Leviatán, el Estado, y la utiliza como coacción hacia sus súbditos o como hostilidad y guerra hacia otros leviatanes. Éstos se arrogan, según dirá luego Weber, el monopolio legítimo de la violencia.

Pese a la disparidad entre esos grandes arquetipos, ya se trate de la polis griega o de la Commonwealth -Estado- moderna, violencia, coacción o fuerza se conciben como atributos del conjunto, no de las partes. Eran sociedades imaginadas o idealizadas fundamentalmente como totalidad sin fisuras. En cambio, las sociedades contemporáneas, occidentales o no, son y se conciben de modo muy diferente. Además, radicalismo revolucionario, marxismo y anarquismo, de un lado, ultramontanismo, fascismo y nazismo, de otro, han coincidido en conferir un papel central a la violencia en la

⁶ Sobre el concepto de “red” en jóvenes, Montenegro Martínez dice que: “La identidad es relacional, es decir, se conforma en la interacción social: por una parte, se conforma a partir de la relación de los otros y, por otra parte, debemos tener en cuenta que las personas como seres colectivos, inmersos en una sociedad deben pertenecer a un grupo determinado como forma de reafirmar su identidad personal. También podemos encontrar lo que Valenzuela ha denominado *red simbólica* y que hace referencia “a formas de identificación en las cuales los jóvenes participan en la conformación del sentido de la red. Es una suerte de comunidad hermenéutica, una red de sentido que no posee una estructura de cohesión social fuerte entre el conjunto de quienes forman parte de la red. Las redes simbólicas son procesos de inter-reconocimiento entre los miembros de la red” (1998, p.44), con lo que se hace referencia al mutuo reconocimiento entre *punks; ravers o finkies* de cualquier parte del mundo a partir de compartir músicas, estéticas o sentimientos”. (Montenegro, 2004, 129).

⁷ Dice Sartre que: “Las situaciones históricas varían: el hombre puede nacer esclavo en una sociedad pagana o señor feudal o proletario. Lo que no varía es la necesidad para él de estar en el mundo, de estar allí en el trabajo, de estar allí en medio de los otros y de ser allí mortal” (Sartre, 1947, p. 60).

dinámica política. En la encrucijada de esas ideologías, influida por unas y con evidentes ecos en otras, se sitúa la ya clásica obra de Georges Sorel, *Reflexiones sobre la violencia* (Diccionario de relaciones interculturales, 2007, pp. 358-359).

En el deseo y en el plus de goce, surge la idea de vulnerabilidad pues se es vulnerable cuando se carece de ambos conceptos, un ejemplo concreto es el caso de los inmigrantes y sus referentes de identidad⁸, también algunas obras literarias como “La Peste” de Albert Camus y “El Proceso” y “Lo Penitenciario” de Kafka dan algunas luces sobre el particular.

La vulnerabilidad entonces encuentra sentido desde dos perspectivas, una, interna que elucubra las posibilidades de la “vulnerabilidad normal” y otra, que encuentra su razón de ser en lo social, es decir, en la “vulnerabilidad artificial” ante el contacto con el otro, poderoso si se quiere, dominante y fuerte.

Para el Psicoanálisis en general (Fernández, 2001), podría decirse que existe un concepto fundamental ontológico sobre el cual edifica su sistema teórico. Este concepto es el Deseo. Aunque es un concepto harto complejo, podría afirmarse con miras a la reflexión de la cuestión sujeto-Estado, que el Deseo representa la falta, una falta inscrita en la incompletud e ineptitud biológica del ser humano. A diferencia de otros animales superiores, el ser humano es el único que depende por un tiempo tan prolongado del apoyo de sus padres (Giraldo, 2013).

Se necesita pues de los otros con los cuales establecemos lazos sociales, vínculos que a su vez están mediados por el lenguaje. Sin embargo, no todo se reduce a la satisfacción de necesidades asociadas a la supervivencia física, existe una condición más profunda que se genera desde el momento mismo en que es roto el cordón umbilical y que no se resuelve con objetos. Esta condición es la ausencia, una especie de hueco que se genera cuando se corta esa relación fusional y fundamental con la madre que tenía lugar en el vientre de esta. Al nacer quedamos inscritos en esa falta que conllevará la configuración del deseo como condición ontoló-

⁸ Al respecto se puede ver: Giraldo, R. (2013) Los inmigrantes colombianos en España de cara a sus referentes de identidad y la problemática del no reconocimiento del derecho de igualdad de las personas en movimiento. *Advocatus*, 21.

gica, un estado de «insatisfacción» fundamental en el sujeto como dice Freud, a partir de la cual se debe buscar a través de relaciones objetales (del tipo de relaciones en general que establecemos con la realidad sea esta física y social) llenar el vacío de la falta. Sin embargo, esto es un imposible, la única manera en que desaparece el deseo es dejando de desear, o sea, volviendo a la situación primigenia en el vientre o a través de la muerte (Giraldo, 2013).

El deseo supone pues un imposible que deriva en la inexorable tragedia humana de un destino de infelicidad. Ello no quiere decir, sin embargo, que la felicidad sea inalcanzable, menos cuando la felicidad es una ilusión, es un plus de goce como dirían los psicoanalistas. Es decir, la inepititud biológica y su correlato psíquico, el deseo, nos llevan a establecer relaciones objetales/ amorosas -relaciones libidinizadas, o sea, objetos y personas investidas por energía psíquica de carácter afectivo- a través de las cuales satisfacemos ciertas necesidades y que parecieran calmar el deseo. Así lo referencia Hernando Bernal:

La necesidad tiene un carácter natural, alimento, calor, etc., pero el psicoanálisis constata que la necesidad no se conoce más que a través de una demanda, una demanda dirigida a un Otro que satisface esa necesidad originaria. Ese Otro es un Otro que tiene lo necesario para satisfacer la necesidad. Pero junto al Otro que tiene también hay Otro que no tiene. Es a este Otro que no tiene al que se dirige la «demanda de amor». Entre estas dos demandas se sitúa el deseo (Bernal, 1999, p. 35).

Tal es así, que el discurso capitalista a través de la producción de bienes y del consumismo, ofrece plus de goce como forma de responder al deseo, buscando así generar felicidad, o sea, la idea de que hay una satisfacción absoluta. Sin embargo, no hay satisfacción ni goce pleno, lo que garantiza precisamente que esa máquina imparable compuesta por la industria, la ciencia, la tecnología y la publicidad siga sacando objetos para el consumo humano (Giraldo, 2013, p. 22).

La felicidad pues, se constituye en una ilusión que sobre la promesa de calmar el deseo, fomenta su búsqueda a través del consumo de objetos, de discursos, de ídolos, de otros, de todo aquello que genere un plus de goce.

En este sentido, los gobernantes y el propio Estado ofrecen a los sujetos promesas de felicidad⁹ colectiva, homogeneizante y estandarizada en tanto que institucionalizan necesidades como formas de vivir el Deseo. Así pues, sobre un deseo imposible las instituciones sociales crean necesidades y sujetos; ilusiones y promesas de felicidad que cumplen su cometido, como se evidencia por ejemplo en la institucionalización del miedo y con este la necesidad de la seguridad. De este modo la aparente satisfacción del deseo a través de producción de felicidad, mantiene abierta la falta del sujeto (Giraldo, 2013, p. 45).

La vulnerabilidad empieza a darse ante esa ausencia, ante el solipsismo causado por la incompletud frente a lo que da sentidos e identidades. El sujeto permanece así en una ilusión, en una felicidad creada de múltiples maneras, pues en caso del sujeto, penetrar en lo que dicta su deseo, significará para el orden social el temido cuestionamiento.

El sujeto no sabe de su deseo y la posibilidad de saber de él, de su historicidad y su dinámica, le pone de cara al desarrollo de su autonomía, de llegar -en un sentido kantiano- a su mayoría de edad. En este sentido el deseo tiene otro correlato, uno más honesto consigo mismo, pues supone reconocerse en medio del reconocimiento de sus propias ilusiones. Este correlato es la autonomía, la cual, como plantea Castoriadis es, en esencia, el mismo objeto del psicoanálisis y la política: la autonomía (Giraldo, 2013, p. 46).

Por lo tanto la cuestión que se plantea es: ¿de qué manera puedo ser libre si estoy obligado a vivir en una sociedad en la cual la ley está determinada por otra persona? La única respuesta concebible, salvo en el caso de caer en un delirio de tipo Stirner, consistiría en decir: tengo la posibilidad efectiva de participar en un pie de igualdad con quien sea en la formación y en la aplicación de la ley. En esto consiste la verdadera significación de la democracia. Pero también: ¿cómo puedo llegar a ser libre si estoy gobernado por mi inconsciente? Pero, ya que no puedo ni eliminarlo ni asilarlo, la única respuesta es: puedo ser libre si establezco con mi inconsciente otro

⁹ Algunos de los autores ilustrados creían en la felicidad desde una perspectiva no consumista, por ejemplo, Sieyes escribió que: “¡Ah, si los hombres quisieran reconocer sus intereses!; ¡si supieran contribuir a su propia felicidad! ¡si consintieran por fin en abrir los ojos a la cruel imprudencia que durante tiempo les ha hecho desdeñar los derechos de los ciudadanos libres en favor de los vanos privilegios de la servidumbre; entonces ¡ya se darían prisa en abjurar las numerosas vanidades aprendidas desde la infancia! ¡ya desconfiarían de un orden que alia también con el despotismo! Los derechos del ciudadano lo abarcan todo y no tienen compensación alguna (Sieyes, 2003, p. 65).

tipo de relación, una relación gracias a la cual puedo saber, en la medida de lo posible, filtrar todo lo que, del inconsciente, pasa a mi actividad exterior diurna. Es lo que llamo establecer una subjetividad reflexiva y deliberativa (Castoriadis, 2001, p. 50).

Entonces, los individuos pueden devenir en sujetos que saben de sí mismos y que cuestionan el orden social, la institucionalización del mundo, constituyéndose en sujetos políticos en función de la autonomía, en contraste con la heteronomía en la que los individuos se limitan a existir creyendo que el mundo es lo que ven en los noticieros, consumiendo felicidades vacías de deseo pero hechas de plus de goce, es decir, de lo que se cree y hasta se siente que genera felicidad. (Giraldo, 2013, p. 70).

Ahora bien, el joven será pues un sujeto sometido a ambas vulnerabilidades, tanto la “vulnerabilidad normal” por las ausencias, las incompletudes y el solipsismo como cualquier otro ser humano sintiente. Pero, también, será un sujeto de especial vulnerabilidad de cara a la “vulnerabilidad artificial” que se propicia a partir de las sociedades rapsódicas actuales donde los grupos de poder y el propio Estado mediante el monopolio “legítimo” de la fuerza, ejercen coacción y violencia.

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE JUSTICIA Y DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA O TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El término de justicia global ha cobrado mucha importancia desde este nuevo siglo, sin embargo sus primeras aproximaciones fueron concebidas en la década de 1970 del siglo pasado. Este tema está supremamente ligado a la fundamentación de los Derechos Humanos, los cuales desde la teoría, son comunes a toda la humanidad, Es bien sabido que toda la humanidad aspira a alcanzar la justicia, sin embargo, la falta de precisión al establecer un concepto objetivo, universal y aplicable a todos los contextos, han llevado a múltiples teóricos del derecho y otras diferentes disciplinas como Kelsen, Rawls, Sen, Bauman, Habermas, a ocuparse de este tema a lo largo de nuestra historia. Esta ha sido una búsqueda

inalcanzable, pues como lo dijo Kelsen (1957, p. 13), lo más cercano al conocimiento obtenido sobre la justicia son únicamente valores relativos y que cambian con el paso del tiempo.

En primer lugar una de las definiciones más comunes y aceptadas de justicia es tratar a las personas de igual manera. Esto hace referencia al principio de igualdad, dar a todos el mismo trato. Sin embargo esto no es posible ya que no podemos dar igual trato a un niño que a un adulto; nuestra Constitución Política en el artículo 44 da prevalencia a los derechos de los niños por sobre los demás, o a una persona enferma que a una sana.

Justicia es dar a cada cual lo que le corresponde, pero ¿quién debe determinar qué es lo que le corresponde a cada persona, y con base en que postulados lo hace? Justicia es dar a cada cual según sus méritos, sin embargo existen personas que en la vida no han tenido muchos méritos por falta de oportunidades de estudio y desarrollo tanto personal como profesional.

Para Marx lo justo era a cada cual según su trabajo, la verdadera justicia, según el orden comunista de *cada cual según sus capacidades y a cada cual según sus necesidades*. No obstante, el orden socialista no toma en cuenta los deseos subjetivos.

Por otro lado, para el lusnaturalismo la verdadera justicia viene de Dios a través de la fe, al actuar esta fe a través del amor. Concepto que también se identifica en el nuevo testamento en contraste con el antiguo donde la justicia era de carácter retributiva. Siendo así, siempre nos vamos a encontrar con la dificultad de la determinación en estas fórmulas por el carácter subjetivo que en ellas yace.

También hay que tener en cuenta que este concepto huidizo y fluctuante cambia dependiendo de la época en la que nos encontremos, pues lo que fue justo en una época ya no lo es más. Podría decirse entonces que la justicia es comportarse de acuerdo con las normas generales establecidas por el orden social en un tiempo determinado. Es el ejemplo

de la esclavitud, la minoría de edad con la que eran tratadas las mujeres, la prohibición de matrimonios entre personas blancas y negras y en este orden podríamos continuar.

Hay unos principios que son comunes a estas definiciones ya que las personas siempre estamos intentando justificar nuestras conductas; por lo tanto tienen validez para aproximarnos al concepto. Estas conductas relativas a la justicia se pueden identificar como aquellas que están ceñidas a actuar con honradez y asistidos por la razón, tomando como punto de partida la tolerancia para con las demás personas.

Kant (1800) nos plantea también una respuesta al problema de la justicia con el imperativo categórico, *compórtate de tal modo que tu conducta pueda ser una ley universal* ¿Pero cuáles son los principios que deseáramos fueran universales a todos? Para Kant son la moral tradicional y la ley positiva de su época. Este imperativo sirve para justificar cualquier orden social.

Por otro lado Rawls, en su Teoría de la justicia nos dice que la justicia es la capacidad moral que la sociedad tiene para juzgar una cosa como justa o no, los valores dependen de la sociedad en la cual nos encontremos. Todo esto apoyado en la razón y esperando que las demás personas actúen de igual manera. En su concepto:

(...) digamos que una sociedad está bien ordenada no sólo cuando fue organizada para promover el bien de sus miembros, sino cuando también está eficazmente regulada por una concepción pública de la justicia. Esto quiere decir que se trata de una sociedad en la que: 1) cada cual acepta y sabe que los demás aceptan los mismos principios de justicia, y 2) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios y se sabe generalmente que lo hacen." (Rawls, 1971, p. 22).

Ahora bien, una de las mayores garantías del Estado Social de Derecho, interpretando nuestro ordenamiento jurídico, es el Derecho Fundamental de acceder a la administración de justicia. Nuestro artículo 229 de la Constitución Política de 1991 nos da la definición y alcance de este derecho que ha sido calificado como fundamental precisamente por hacer parte de los fines del Estado, consagrado incluso desde el mismo preám-

bulo. El acceso del ciudadano a la justicia, tiene que ser garantizado a toda persona ante la administración de la justicia, y la ley regulará aquellos casos en los cuales no se precisará de un abogado para hacerlo.

Sin embargo, este derecho debe ser cumplido de forma bastante efectiva, pues no simplemente se queda plasmado como un mero enunciado, ya que la doctrina y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, precisa que el pleno alcance del acceso a la administración de justicia comprende determinadas circunstancias tales como que el juez, magistrado, tribunal, o Corte; en síntesis el administrador judicial, garantice la igualdad entre las partes en conflicto, que analice enteramente las pruebas y así llegue a un libre convencimiento de la situación para realización de los derechos que se predicaron amenazados durante todo el proceso.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido mediante diferentes sentencias (por mencionar algunas: T-006/1992; T-597/1992; T-348/1993; T-286/1993; T-275/1993 y la T-004/1995) el carácter fundamental del Derecho a la administración de la justicia, que portanto, se entiende incorporado en el Derecho al Debido Proceso, artículo 29 Supremo. La Corte también ha señalado en ese sentido que el Derecho al acceso a la administración de la justicia es de carácter medular y que compromete un marco jurídico de aplicación bastante amplio, ya que se entienden ahí incorporados el derecho de acción y promoción de la actividad jurisdiccional, y consecuentemente que esta actividad jurisdiccional concluya con una solución efectiva y de fondo de los conflictos que se ponen a consideración; a que existan los procedimientos y acciones adecuadas a la defensa de los intereses y finalmente que la gama de recursos sea bastante amplia para servir a la administración de la justicia.

Este Derecho de acceso a la administración de justicia proviene del tema central de Derecho Procesal, pues es el Estado quien tiene la facultad de dirimir los conflictos con relevancia jurídica. Es en sí mismo, la finalidad de toda la función jurisdiccional pues lo que procura es que los asociados puedan acceder libremente a la justicia y que en la culminación

del proceso tengan una solución fundada en Derecho. Como lo afirma Díaz Martínez (2010, p. 239) “el derecho a la tutela judicial efectiva no es más que el derecho a la acción constitucionalizado”.

El tribunal constitucional español es el órgano quien más ha estudiado el tema de la tutela judicial efectiva, y por tanto ha precisado 4 aspectos fundamentales de este Derecho: “El derecho de acceso a la justicia, a la defensa en el proceso, el derecho a una resolución motivada y congruente y finalmente el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales” (Chorro, 1994, p. 17).

Como se ha afirmado anteriormente, es el administrador judicial el primer llamado a hacer de este derecho una realidad, pues es el protector de todas las garantías constitucionales, y para alcanzar los deberes prescricionales del Estado Social de Derecho se debe pensar siempre en el ser humano como elemento cardinal y fundamentar así las bases del Estado; sería absurdo pensar en el alcance y cumplimiento de los fines esenciales del Estado sin tomar las personas y sus derechos fundamentales como los principales actores dentro de nuestro aparato jurisdiccional.

La labor de decir el Derecho corresponde a los jueces, haciendo uso del *luria novit curia* que presume el conocimiento del Derecho por parte del juez y posibilita decidir de fondo, implica que el derecho notorio no requiere prueba, lo que facilita el acceso a la justicia, dando una prevalencia a la primacía del interés general sobre el particular (Bohórquez Hernández, 2013, p. 17).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ratificado que el acceso a la justicia como derecho humano, debe centrarse en solucionar efectivamente y de fondo los conflictos que se ponen en consideración de la jurisdicción (cualquiera que ella sea) y en la prohibición rotunda al juez de no fallar una sentencia. Esto es lo que se conoce en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos como Garantías Judiciales. Respecto a este tema, afirma la el Pacto de San José en su artículo séptimo que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de

cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

En este sentido, aclara también la convención que:

Si bien es cierto que en casos de Estados de excepción, se puedan suspender determinados derechos, bajo ninguna circunstancia se podrán limitar aquellos referentes a los niños, a la personalidad jurídica, a la vida, etc. y por ningún motivo el Estado podrá limitar las garantías judiciales de acceso a la justicia para sus asociados. Sin importar si es el caso de guerra exterior o peligro público, el Estado no debe olvidar sus compromisos y obligaciones internacionales.

GLOBALIZACIÓN EN EL DERECHO, JUSTICIA GLOBAL Y REPÚBLICA MUNDIAL

Como lo explica Arévalo (2010, p. 78), nos encontramos en la cuarta globalización. La primera fue en el imperio Romano; la segunda oleada fue antes y después de la conquista del continente Americano; la tercera fue la Revolución industrial iniciada en Gran Bretaña que trajo como consecuencia el fortalecimiento del Estado-Nación; finalmente, la cuarta es la ola actual desde la posguerra porque se afectó la economía mundial y dio inicio a la comunidad internacional con instituciones como la Organización de Naciones Unidas (ONU), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM). La subsiguiente guerra fría y la caída del muro de Berlín, significaron también transiciones de índole económicas pues supuso el fin del Estado intervencionista para dar inicio al neoliberalismo y los procesos aperturistas del mercado, principalmente desde la década de 1990. Es por esto que la globalización o la internacionalización tienen un significado distinto en cada lugar, en épocas diferentes. El derecho reacciona ante la realidad social, no se adelanta a ella como debería.

La historia económica es la historia de la globalización. Es por esto que podemos afirmar que la globalización del Derecho, sobre todo en las últimas dos décadas inicia por términos económicos (García y Santos, 2004, p. 97) dice al respecto que:

...Influye el hecho de la apertura económica y la globalización de la economía, dado que este fenómeno genera a su paso una ola de innovaciones jurídicas que al ser consideradas con la magnitud sin precedentes del actual fenómeno global, hace que aparezca un nuevo derecho transnacional.

La globalización y las aperturas económicas traen consecuencias en todas las esferas que nos podamos imaginar, ya que significa la expansión de relaciones sociales por todo el planeta, pero muy especialmente en la academia, pues en el concepto de justicia trasciende lo local a lo internacional. La defensa de los Derechos Humanos más elementales y su protección en contextos de vulnerabilidad se convierte en un tema global que traspasa las fronteras, puesto que en el nuevo sistema internacional se convierten en bienes penalmente protegidos a escala mundial.

La justicia internacional es la vía complementaria que se conoce actualmente por casos de responsabilidad penal individual, así como responsabilidad Estatal y en donde los Estados han sido inoperantes en la administración de justicia y que por ratificación de Tratados, son de jurisdicción y competencia de Cortes internacionales como la Corte Penal Internacional, la Corte Internacional de Justicia que es el principal órgano de la Organización de Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La guerra y la beligerancia no son para nada ausentes a la globalización, el tema de Justicia global, o justicia internacional cobra gran relevancia en la década de 1970 en donde se conforman redes de personas y grupos para extender la sensibilización ante hechos atroces que no deben volver a repetirse, principalmente en contextos de extrema vulneración de Derechos y promover causas como la defensa de los derechos humanos en todo el territorio global y la búsqueda de un reconocimiento internacional a las causas de las cuales éramos ajenos. Se busca determinar la importancia de la participación directa o indirecta en las injusticias del mundo, por qué existen personas extremadamente pobres y otras extremadamente ricas como lo reflejan las cifras oficiales del Banco Mundial sobre Poverty and Equity Data, en donde la población más pobre del mun-

do es África al Sur del Sahara, siendo la más rica Europa y Asia Central¹⁰; cuáles son las consecuencias de esta nueva ola de globalización, y cuál es el carácter discriminatorio de la misma.

El sociólogo Zygmunt Bauman (2013, p. 61) en sus ensayos sobre la globalización y sus consecuencias humanas, llega a la conclusión de que la globalización globaliza a los ricos pero localiza los pobres. Además que la globalización fue una imposición de índole económica. “La globalización está en boca de todos” y el grueso de la población; la nueva clase media, sobrelleva el peso de estos problemas y por ello padece en situaciones de vulneración la incertidumbre, ansiedad y miedo. Por tanto:

“La teoría de la justicia global, tal como se suele entender este concepto en el debate contemporáneo, es sobre todo una teoría de la justicia distributiva global. Sus defensores sostienen que el marco apropiado de aplicación de los principios de la justicia social y económica, y de los derechos y deberes consiguientes de las personas respecto a la distribución equitativa de las cargas y beneficios de la vida social, es transnacional, y en último término mundial. Se considera ordinariamente que la justicia distributiva presupone una interacción social que se produce en el contexto de una asociación dotada de reglas e instituciones capaces de distribuir bienes y asignar derechos, entre cuyos miembros se da un grado de cooperación e interdependencia tal que permite hablar, en términos rawlsianos, de «una empresa cooperativa para obtener ventajas mutuas... (Peña, 2010, p. 20).

Para Amartya Sen, la justicia global se puede identificar en dos diferentes conceptos, por un lado, los grandes universalistas quienes están a favor que el ejercicio de la justicia involucre a todas las personas del mundo por igual, sin distinción de nacionalidad u otra índole, la selección de las normas y principios de la justicia deben ser para todos. Y por otro lado, están los particularistas nacionales, quienes sustentan que el dominio del ejercicio de la justicia se dé en cada país por separado. Además las relaciones internacionales deben basarse en el principio complementario de equidad internacional (Amartya Sen, 2001, p. 7) conceptúa como:

Grand universalism. The domain of the exercise of fairness is all people everywhere taken together, and the device of the original position is applied to a hypothetical exercise in the selection of rules and principles of justice

¹⁰ Poverty and Equity Data. Datos Banco Mundial. (2015). Extraído el 7 de julio de 2015, disponible en: http://datos.bancomundial.org/tema/pobreza#boxes-box-topic_cust_sec

for all, seen without distinction of nationality and other classifications. National particularism. The domain of the exercise of fairness involves each nation taken separately, to which the device of the original position is correspondingly applied, and the relations between nations are governed by a supplementary exercise involving international equity.

Para Sen ninguna de estas dos posturas logra realmente dar un entendimiento de las demandas de la justicia global, en primer lugar, desde la tesis universalista, la posición original explicada por Rawls, presenta una gran dificultad para ser aplicada en una estructura social real, pues no se tienen en cuenta la cantidad de personas en el mundo y las diferentes nacionalidades esto hace supremamente difícil implementar las reglas de la posición original. De otro lado, la concepción particularista considera que la definición de justicia global es aquella que opera entre sociedades y sociedades, no entre personas a personas, todo está basado en la caracterización de la nación.

Entonces, se hace necesaria una nueva concepción de justicia global que no sea tan irreal como el gran universalismo de la posición original, ni otra tan separatista y focalizada como el particularismo. Para Sen, la Afiliación plural es reconocer la diversidad en todos, nuestras identidades múltiples y que cada una de ellas es complementaria para alcanzar los objetivos comunes y la preocupación por la justicia global. Se precisa como necesario:

We do need, I believe, a different conception of global justice – one that is neither as unreal as the grand universalism of one comprehensive "original position" across the world, nor as separatist and unifocal as national particularism (supplemented by international relations). The starting point of this approach – I shall call it "plural affiliation" – can be the recognition of the fact that we all have multiple identities, and that each of these identities can yield concerns and demands that can significantly supplement, or seriously compete with, other concerns and demands arising from other identities (Amartya Sen, 2001, p.12).

En la justicia global existe no solo responsabilidad directa sino también indirecta por situaciones de vulneración como la discriminación y la pobreza. Esto requiere un tratamiento global. Los sistemas nacionales son ineficaces, por tanto le corresponde a la justicia internacional proveer

el oportuno acceso a la administración de justicia y de esta manera disminuir cada vez más esa brecha que nos separa. Una de las ideas principales es administrar justicia en el nombre de la humanidad, y de esta manera evitar que crímenes de esa magnitud vuelvan a perpetrarse. También se logra evidenciar la nueva noción de comunidad, pues ahora parte de un punto de vista global y no de forma nacionalista como en épocas anteriores. Lo anterior se relaciona con el concepto de la palabra “global” en inglés, la cual significa una unidad totalizante, sistémica, en donde cada parte sirve al todo, todas las naciones y los pueblos cumplen un papel importante, sirviendo al todo. De hecho, al respecto se afirma:

In fact, the idea behind the legal category of crimes against humanity was to prosecute gross human rights violations that shocked the conscience of humanity. It was grounded on the idea of administering justice in the name of humanity, therefore appealing to a notion of ‘community’ that transcended national boundaries and that was grounded on a cosmopolitan world view, which implied that the ultimate units of concern are human beings, or persons— rather than, say, family lines, tribes, or ethnic, cultural or religious communities, nations or states... Bernal-Bermudez, (2014, p. 4)

La teoría cosmopolita de la justicia global debe entenderse como la concepción de una unidad que comparte la misma moral y en la que nos encontramos todos los seres humanos. Es entendida como la protección de las libertades básicas de todos los habitantes del planeta y la justa distribución del capital. Además toma en cuenta la moral y su implementación en el mundo. Empero, existen las dificultades reales de su aplicación a la práctica, siguiendo los postulados del filósofo David Miller es extremadamente difícil implementar las teorías de la igualdad de recursos y oportunidades en el planeta. Es por eso que se hace necesario encontrar un punto medio, una teoría no-cosmopolita para los interrogantes de la justicia global y así llegar a una nueva concepción como lo planteó también Sen que involucre nuestras diferencias y las conjugue en pro de una efectiva política internacional, en donde si bien no se puede llegar a una igualdad práctica, por lo menos se logre un amplio respeto por los derechos mínimos de cada persona en situación de vulneración en el mundo, y las instituciones internacionales logren cumplir los objetivos y sean el

complemento de las jurisdicciones nacionales cuando estas no logren llenar a cabalidad el real y efectivo acceso al goce de la administración de justicia.

Las discusiones académicas con relación al problema se han venido dando en el sentido del reconocimiento de la *República Mundial* con organismos internacionales renovados que garanticen las libertades y derechos. La otra figura que se discute es la de *Estados interdependientes* Held (1997, p. 87), con la cual se daría un halito de esperanza para solucionar las diversas problemáticas de Derechos Humanos en el mundo, esta última idea en un modelo solidario y de cooperación plausible. No obstante, propuestas como la *República Mundial*, como ya se mencionó anteriormente con la teoría universalista de la justicia global, no dejan de ser una quimera en estos tiempos. De esta manera, se presume como asumible la segunda propuesta por lo gaseoso de la idea de *República Mundial*, es decir, la de los *Estados interdependientes*. La *república mundial* parte de la realización de un Estado ideal mundial donde exista la cooperación entre las naciones y la solución de conflictos entre las mismas, entendiendo como superiores los principios de solidaridad y cooperación en este modelo las fronteras son inexistentes. Los *Estados interdependientes* conciben la solidaridad y la cooperación como plausibles en la solución de los conflictos entre los Estados, pero las diferencias entre los mismos siguen existiendo y el acercamiento a una *ciudadanía cosmopolita* o mundial es más disperso porque se mantienen las soberanías incólumes

CONCLUSIONES

La justicia global es un término novedoso, esto debido al extraordinario crecimiento económico, tecnológico y la intensidad de las comunicaciones que en la actualidad hacen que nos preocupemos más por la incidencia de la economía, su distribución y nuestra participación en las vulneraciones de derechos en el mundo. Puede tomarse como una consecuencia de la globalización y la expansión de fronteras el cambio de paradigma y significado respecto al término de comunidad es bien sabido que las implicaciones de la economía global, sus disposiciones, y las consecuencias de los flujos migratorios a finales del siglo pasado y el trascurso

de este han significado un cambio en el concepto de comunidad, pues se deja a un lado el nacionalismo para dar paso a una inquietud por cuestiones internacionales. Una de las ideas principales es administrar justicia en el nombre de la humanidad, y de esta manera evitar que crímenes de esa magnitud continúen perpetrándose. También se logra evidenciar la nueva noción de comunidad, pues ahora parte de un punto de vista global y no de forma nacionalista como en épocas preliminares. Lo anterior se relaciona con el concepto de la palabra "global" en inglés, la cual significa una unidad totalizante, sistémica, en donde cada parte sirve al todo, todas las naciones y los pueblos cumplen un papel importante, sirviendo a la comunidad internacional.

Se hace necesario encontrar un punto medio entre las dos teorías más extremas respecto a la concepción de justicia global y república mundial, pues la primera resulta demasiado dificultosa para implementarla por lo irreal de la misma y la particularista es separatista y focalizada. Por lo tanto, siguiendo los postulados de Amartya Sen se hace necesario el establecimiento y la concepción de una tercera teoría en un punto intermedio, la de los estados interdependientes, en donde no se hable de la tesis cosmopolita del mundo como uno solo sin distinción de nacionalidades y con un régimen moral común, sino que se relacione y se analice la tesis anti-cosmopolita, pues con una nueva concepción de justicia global se da el reconocimiento internacional de la diversidad como complemento significativo para nuestras demandas y preocupaciones sobre los mayores casos de vulnerabilidad en el mundo. Como se pudo analizar en el texto, una de las consecuencias de la globalización fue la imposición de un orden económico y es el grueso de la población, la nueva clase media, son quienes sobrellevan el peso de estos problemas y por ello padecen en situaciones de vulneración la incertidumbre, ansiedad y miedo.

La vulnerabilidad viene desde el simple hecho de nacer, y los rasgos y los grados de ella dependen del espacio y tiempo en que se encuentren. No obstante, tal es así, que el discurso capitalista a través de la producción de bienes y del consumismo, ofrece un plus de goce como forma de responder al deseo, buscando así generar felicidad, o sea, la idea de que hay una satisfacción absoluta. Sin embargo no hay satisfacción ni goce pleno, lo que garantiza preci-

samente que esa máquina imparable compuesta por la industria, la ciencia, la tecnología y la publicidad siga sacando objetos para el consumo humano. El mercado entonces promete el objeto de deseo del sujeto, aquel que se cree que le hace falta para ser feliz, lo cual genera a su vez un «plus de goce». El derecho al acceso a la administración de justicia es un Derecho de indole fundamental y la Corte Constitucional ha desarrollado este derecho en diferentes jurisprudencias, reconociendo siempre que es un pilar para el buen funcionamiento y un principio de acción para el aparato jurisdiccional y mediante él se alcanzan lo fines esenciales del Estado Social de Derecho. Sin embargo, en la etapa de globalización en la que nos encontramos actualmente, es necesario cuestionarse sobre la justicia internacional como vía complementaria a nuestros ordenamientos internos, cómo esta puede ser una lucha contra las violaciones de Derechos Humanos y cuál es el papel que debemos tomar respecto a situaciones que se escapan de nuestra incidencia pero que siguiendo el postulado de justicia global somos participantes para la defensa de los derechos más elementales que traspasan las fronteras de las naciones.

REFERENCIAS

- Arévalo Mutiz, P. (2010). *Globalización del Derecho lus humanitatis y política ambiental en Colombia*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Bernal, H. (junio de 1999). La política en el psicoanálisis. *Affectiosocietatis*, 4, 1-10.
- Bohórquez Hernández, V. E. (2013). El *iura novit curia* en la aplicación del derecho en la decisión judicial. Estudio desde el derecho fundamental al acceso a la justicia. Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas: Mejores Trabajos de Grado.
- Castoriadis, C. (2001). *Figuras de lo pensable (encrucijadas del laberinto VI)*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.

- Chamorro Bernal, F. (1994) *La tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch Casa Editorial.
- Correa, F. (2011). Pobreza, vulnerabilidad y calidad de vida en América Latina. Retos para la bioética. *Acta Bioethica*, (17), 19-29.
- Díaz Martínez, M (2010). *Introducción al derecho procesal* (6ª ed.). Madrid: Colex.
- Diccionario de Relaciones Interculturales. (2007) Universidad Complutense
- Fernández, M. (2001). La intimidad extraña. *Revista del norte*, (12), 53-57.
- García, M. (2001). *Sociología Jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- García Villegas, M. y Santos, B. (2004). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá, Colombia: Editorial Siglo del Hombre.
- Giraldo Quintero, R. (2013). Los inmigrantes colombianos en España. De cara a sus referentes de identidad y la problemática del no reconocimiento del derecho de igualdad de las personas en movimiento. Barranquilla, Colombia. *Revista Advocatus. Número 21*, 45-78.
- Held, D. (1997). *La democracia y el orden global: Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. London, United Kingdom: Paidós.
- Kelsen H. (1957). *What is justice?* Los Ángeles, Estados Unidos: University of California Press.
- Montenegro, L. (2004). Culturas juveniles y “redes generizadas” Hacia una nueva perspectiva analítica sobre la contemporaneidad juvenil en Colombia. *Tabula Rasa*, (2), 111-143.

- Peña Echeverría, J. (2010). Los orígenes del debate sobre la justicia global. Valencia. España. *Revista de filosofía moral y política*, (43), 363-386.
- Rawls, J. (1971). Teoría de la justicia. *Revista voces y contextos*. Volumen I número II, 1-22.
- Sartre, J. (1947). *El existencialismo es un humanismo*. Buenos Aires Sur.
- Sieyes, E. (2003). ¿Qué es el tercer Estado? (M. Lorente y L. Vázquez, Trad.). Madrid. España: Alianza Editorial.
- Sen, A. (2001). *Global justice. Beyond international equity. Forum for intercultural philosophy*. Oxford: Oxford University Press Inc.

COLOMBIA: ¿UNA DEMOCRACIA CENSITARIA?

COLOMBIA: A SELECTIVE DEMOCRACY?

*Alejandro Matta Herrera**

Recibido: marzo 1 de 2016 - Aprobado: abril 22 de 2016

Forma de citar este artículo en APA:

Matta Herrera, A. (enero-junio, 2016). Colombia: ¿Una democracia censitaria? *Summa Iuris*, 4(1), 48-73.

Resumen

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el presente artículo se propone analizar si las reglas del sistema electoral colombiano se adecúan a los estándares de derechos humanos para el ejercicio de los derechos políticos previstos en el artículo 23 de la Convención Americana. Para ello, expondrá los requisitos colombianos para el ejercicio de los derechos políticos, específicamente, de los grupos significativos de personas no afiliadas a ningún partido o movimiento político; luego, describirá los estándares de derechos humanos previstos en la jurisprudencia; y finalmente *argumentará* que con base en dichos estándares, la normativa colombiana no se ajusta a ellos pues la exigencia de una garantía de seriedad por medio de una póliza de seguros genera una práctica restrictiva.

En un primer momento, la metodología que se usará será descriptiva: en este camino se realizará una enunciación de las normas nacionales e internacionales vigentes en torno a los derechos políticos. Luego, en la medida en que la jurisprudencia es la que fija el norte interpretativo de las normas que se describirán, se hará un análisis de casos con el propósito de saber, en la actualidad, cómo se deben proteger los derechos políticos por parte de los estados parte del sistema interamericano de derechos humanos. Finalmente se hará el proceso argumentativo que concluirá afirmando que las normas colombianas no se ajustan a los estándares de derechos humanos de la Corte Interamericana de derechos humanos.

Palabras clave: democracia, derechos políticos, póliza de seriedad, elección popular, inclusión.

* Abogado, especialista en derecho administrativo y constitucional.

Estudiante de la Maestría en Filosofía del Derecho (UBA). Doctorando en Derecho UBA.

Docente universitario en temas relacionados con *teoría del derecho, filosofía del derecho, epistemología, derecho constitucional, derecho administrativo y contratación estatal*.

Correo electrónico: alemattaherrera@gmail.com. Celular 305-2645755

Abstract

According to the decisions of the Inter-American Court of Human Rights, it is the propose of this article analyze whether the rules of the Colombian electoral system is appropriated to human rights standards for the exercise of political rights under article 23th of the American Convention. To do so, It will be expose the state the Colombian requirements for the exercise of political rights, specifically, of the significant groups of people not affiliated with any political party or movement; then, It will describe the standards of human rights under the Court Decisions; finally, It will be argued that based on the mention standards, Colombian law does not suit them because the requirement for a bid bond through an insurance policy creates a restrictive practice.

At first, the methodology to be used will be descriptive: in this way a statement of national and international standards regarding political rights will be held. Then, to the extent that the case is set by the interpretive north of the rules described a case analysis in order to know, at present, as must protect the political rights by the states will part. Finally, will the argumentative process that will conclude by stating that Colombian regulations do not meet the human rights standards of the Inter-American Court of Human Rights.

Keywords: Democracy, political right, reliability guarantee, Election.

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se *argumentará* que el sistema electoral colombiano no se adecúa a los estándares desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para garantizar el respeto de los derechos políticos. Para lograr este propósito, se intentará previamente construir un código común con el lector, informando sobre el significado de las denominaciones, *derecho* y *argumento* del cual se parte.

Cuando se escucha la denominación *derecho* se evocan diferentes ideas. Se puede pensar que (1) es la expresión de una pretensión subjetiva (tengo derecho a la educación); también que (2) es un conjunto de normas ordenadas de forma sistemática creadas o autorizadas por el poder público. En otras ocasiones se hace referencia a (3) la reflexión que hacen los estudiantes y profesores durante su actividad académica (Yo estudio derecho). Igualmente se puede creer que se hace referencia a (4) una *práctica social compleja en torno al uso de la fuerza*.

En sintonía con la idea que considera que la denominación *derecho* designa una práctica social compleja *en torno al uso de la fuerza*, que es la que se adopta en este artículo, el presente escrito parte de un *concepto interpretativo del derecho* (Matta, 2015). En consonancia con ello, sugiere que el carácter complejo e interpretativo se manifiesta en una práctica social integrada por varios elementos: (1) comportamientos humanos; orientados por (2) principios y reglas jurídicas respaldados en la fuerza; y que sirven como parámetros de (3) evaluación y argumentación en torno a esos principios, reglas y conductas.

Esta corriente considera que la práctica social que llamamos *derecho* consiste en comportamientos humanos causados por prácticas comunicativas *normativas* y *descriptivas*. Las prácticas comunicativas *normativas* son entendidas, en dos sentidos: como imperativas por sus participantes debido a su carácter institucionalizado, y son utilizadas para evaluar y argumentar sobre las conductas desplegadas. En síntesis, se trata de una práctica en la que son desarrolladas conductas debido a que las normas

jurídicas vigentes o efectivas son interpretadas como obligatorias por parte de las personas sujetas a ellas y como estándares de corrección de las mismas.

Como se mencionó anteriormente, esa práctica tiene como una de sus características la de ser una *actividad evaluativa y argumental*. Es evaluativa en la medida que los participantes valoran las conductas y las normas jurídicas de acuerdo con sus propias concepciones de la justicia. Para ello, acuden a la *argumentación* con el fin de establecer o convencer la pertinencia de la evaluación. En este sentido, con la expresión *argumento* se puede hacer referencia a muchas actividades algunas veces disímiles entre ellas. En este sentido, el Diccionario de la Real Academia Española informa que la palabra "argumento" puede ser definida como: (1) "razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición"; (2) "o bien para convencer a otro de aquello que se afirma o se niega". Podría agregarse que la expresión *argumento* también hace referencia a (3) la posibilidad de ofrecer un razonamiento no formal que permita establecer las premisas correctas que faciliten concluir la justicia de una decisión.

La primera acepción suele asociarse al razonamiento lógico, es decir a aquella relación formal entre las premisas y la conclusión que se obtiene de ellas, con prescindencia de su contenido: es una demostración formal. Así lo define Copi, al sostener que un razonamiento en este sentido es aquella estructura que contiene un grupo de proposiciones (premisas y conclusiones) del cual, la conclusión se deriva o deduce lógicamente de las premisas (Copi, 2010).

La segunda, se relaciona con la capacidad de convencimiento o persuasión de ciertas afirmaciones emitidas por el emisor de una proposición: no se trata de demostrar formal o materialmente una proposición, pues no contamos con todas las premisas para ello y tampoco contamos con la intersubjetividad necesaria para hacer una deducción lógica o una descripción de la realidad. Se trata de inclinar al receptor de la proposición hacia la aceptación de la misma. En este sentido, el profesor Guibourg explica que mientras en la demostración lógica del razonamiento se cuentan con las premisas completas del razonamiento, en la segunda acepción no contamos con todas ellas, por lo que en esta acepción de razonamiento,

se trata de un argumento similar al analógico, en donde se sustituyen “las premisas faltantes por otras supuestas o extrapoladas a partir de una experiencia menos pertinente” (Guibourg, 1999)

Habría que agregar que también existe posibilidad de entender la expresión *argumento* como la actividad que tiene a establecer la corrección del razonamiento jurídico a partir de una interpretación dirigida a la satisfacción de ciertos fines aceptados por un auditorio, en el caso del Estado de Derecho Constitucional, los derechos humanos.

En consecuencia, como la práctica jurídica está lejos de ser una actividad formal de demostración de conclusiones a partir de ciertas premisas, y la perspectiva ontológica y epistemológica que se asume en este artículo, estima que existen serias dudas de poder concluir una corrección en los argumentos no formales; se parte de la idea de que los participantes de dicha práctica, pretenden convencer al receptor del mensaje a partir de premisas incompletas de la pertinencia del argumento sobre las conductas y reglas jurídicas.

En este contexto, el presente artículo se sitúa, al interior de dicha práctica jurídica, como un intento por argumentar que el sistema electoral Colombiano no se ajusta a los estándares de los derechos políticos desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¿QUÉ SE ENTIENDE POR DEMOCRACIA?

La discusión sobre el significado de la denominación *democracia* es de hondo calado en la filosofía política actual (Agamben, et al., 2010). Orientaciones de distintas vertientes cuestionan el significado que tuvo la palabra en los debates que se presentaron por parte de los griegos en la época clásica (Kelsen, 2002), (Ross, 1989). De igual forma se discute acerca de la manera como transitó la denominación desde ese tiempo hasta que se inició la consolidación de lo que llamamos el Estado de Derecho desde la Revolución Francesa.

Menos pacífico ha sido el debate sobre el uso de la citada denominación en tiempos contemporáneos. Según Agamben (2010) es probable que el debate se deba a que desde sus orígenes la palabra se ha asociado a dos facetas diferentes. Por un lado al origen del poder público y por otro, al ejercicio de ese poder una vez conformado. Sin el ánimo de reducir u obviar el precitado debate, se tendrá como horizonte de sentido que el significado de la palabra *democracia* se asocia a las dos citadas facetas. Es decir, implica que el poder público tiene origen en el *demos -pueblo-*, y que una vez conformado, la forma de gobierno de ese poder público, debe ser en consuno con el mismo *demos*, esto es, participativo y deliberado por él.

Dicha estipulación pretende garantizar que por *democracia* se entienda que todos los ciudadanos, sin distinción alguna, tengan la posibilidad de participar de manera real, efectiva y en condiciones de igualdad en la deliberación y toma de decisiones. En este contexto los derechos políticos toman vital importancia debido a que fungen como pretensiones normativas dirigidas a garantizar que en efecto, la democracia como forma de gobierno y como camino para la conformación del poder público, tenga origen y aceptación por parte del pueblo. Las anteriores consideraciones, permiten entender las razones por las cuales los derechos políticos cobran especial relevancia dentro de las sociedades democráticas modernas: son vehículos normativos que garantizan que se respete lo que entendemos por democracia.

De acuerdo con lo anterior, en los países donde los derechos políticos son limitados irrazonablemente, restringidos sin causas justificadas, eliminados, o, el ejercicio de los mismos está marcado por la persecución, o alguna clase de intimidación, no podrían considerarse democráticos. Por el contrario, las organizaciones políticas en las cuales las personas participan eligiendo, siendo elegidos y haciendo uso de los mecanismos establecidos para que el pueblo pueda influir en la toma de decisiones y en general, en el ejercicio del poder, están más cerca de ser llamadas democráticas.

Sin embargo, valdría preguntarse si algunos países guardan rezagos de la *democracia censitaria*: esa democracia en la que se restringe la participación ciudadana y los derechos políticos sólo a las personas que

cumplen determinados requisitos, es decir, donde el derecho a participar en la formación y control político está asignada a algunos ciudadanos privilegiados. Para responder el anterior interrogante se tomará el caso colombiano que como es sabido, es considerado por algún sector político¹, como una de las democracias más estables en América Latina.

En este sentido, toda vez que Colombia hace parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos debe sujetar su marco institucional a los estándares de protección de los derechos políticos allí trazados. Por eso, en el presente escrito se argumentará que el sistema electoral colombiano no cumple los estándares de derechos humanos contenidos en los casos de la Corte Interamericana *Yatama vs Nicaragua*² y *Castañeda Gutman vs Estados Unidos de México*³. Las citadas jurisprudencias son relevantes en la medida en que en ellas se trata específicamente el tema de los grupos de ciudadanos sin filiación a ningún partido político y se plantean los estándares sobre derechos políticos que deben ser respetados por los sistemas electorales nacionales.

NORMATIVA COLOMBIANA: REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

La constitución colombiana de 1991 se inserta en las dinámicas contemporáneas que promueven un cambio paradigmático en el concepto del derecho (Zagrebelsky, 2005), (Holmes, 1999) (Gargarella, 1996). Como consecuencia de ello, las formulaciones prescriptivas contenidas en la Constitución dejaron de ser entendidas como proclamas políticas y empezaron a entenderse como pretensiones normativas de obligatoriedad inmediata. Esto supuso que la Constitución fuera instituida como una norma de normas y para garantizar su supremacía se establecieron acciones judiciales y de igual forma se creó un Tribunal constitucional que garantizara su supremacía (Matta, 2013).

¹ Discurso del Presidente de la República de Colombia, Virgilio Barco Vargas ante el Congreso de los Diputados. Madrid, España, 31 de mayo de 1988.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Yatama vs Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Castañeda Gutman vs Estados Unidos de México*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.doc

Entre las normas constitucionales se establecieron los *derechos políticos*. Estos, al igual que el concepto de derecho y constitución, sufrieron una honda transformación en la medida en que la Constitución Colombiana invitó a que la práctica democrática debía entenderse esencialmente como participativa, en contra posición a una esencialmente representativa. Este cambio, entendido por algunos como *copernicano*, implica que la conformación y ejercicio del poder público debe garantizar la participación directa de toda la población en los asuntos que le atañen. Estos cambios no fueron producto de un simple azar de la historia, pues se encuentran atados a unas condiciones políticas especiales y trágicas de Colombia.

Para explicar el nuevo paradigma de protección de los derechos políticos a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, es preciso recordar que ella fue producto de un intento de *reconciliación nacional*⁴ entre los distintos grupos que se disputaban descarnadamente el poder desde hace más de 60 años⁵. Muchos de estos grupos fueron marginados de la participación política por múltiples razones.

Sin pretensión de exhaustividad y a título enunciativo puede decirse que: (1) Algunos grupos fueron declarados ilegales al ser perseguidos por el grupo que detentaba el poder público a principios y mediados del siglo XX⁶; (2) Otros fueron excluidos, por medio de argucias legales, de la conformación del poder público mediante el denominado Frente Nacional⁷; (3) otro sector, integrado por diferentes perspectivas, desafortuna-

⁴ La denominación *reconciliación nacional* fue un tópico común en los discursos presidenciales del entonces Presidente Cesar Gaviria Trujillo. Así puede verse en su discurso de posesión y en el de clausura de la Asamblea Constituyente. Igual denominación fue usada el 25 de agosto de 1990 por el Diario *El Espectador*. Ese día tituló "La Constituyente, instrumento para la reconciliación"

⁵ Me refiero específicamente al recrudecimiento de la disputa social afianzada a partir de la Masacre de las Bananeras. Ver investigación de Jorge Eliécer Gaitán en Gaitán Ayala, Jorge Eliécer (1997). 1928 La masacre de las Bananeras, Editorial Cometa de Papel, Bogotá.

⁶ Por ejemplo, el partido comunista fue declarado ilegal en 1931 por el Presidente Enrique Olaya Herrera. Igual situación ocurrió durante la dictadura de Gustavo Rojas Pinilla en 1953; este último logró que se aprobara una ley anticomunista. También se cuenta con el acto legislativo número 6, firmado por Mariano Ospina Pérez y el ministro Lucio Pabón Núñez. La ley colombiana fue copiada de The subversive activities control act of 1950, impulsada por el Senador Joseph McCarthy.

⁷ El *Frente Nacional* excluyó de la participación en la conformación y ejercicio del poder público a cualquier persona que no fuera del partido liberal o conservador. Los conocidos *pactos de Sitges y Benidorm*, establecieron cláusulas que favorecían los intereses de los seguidores liberales de Alberto Lleras Camargo y los seguidores del conservador Laureano Gómez. El pacto fue sellado institucionalmente por medio del mal llamado plebiscito de 1957. Allí se introdujeron 14 artículos nuevos a la constitución de 1886. Con una votación de más del 90% se aprobó el citado Frente. En síntesis, se creó una forma de gobierno entre liberales y conservadores, donde entre ellos, se turnarían la Presidencia, se distribuirían las responsabilidades públicas y los cargos del gobierno de manera igualitaria en todas las ramas del poder público.

damente, optó por refugiarse en el campo para intentar la tomar el poder público por medio de las armas⁸; y finalmente; (4) muchos más quedaron fácticamente impedidos de participar en el poder público, debido a que la legislación que durante casi todo el siglo XX reglamentó los derechos políticos, estableció trabas que muchas veces eran imposibles de sortear⁹.

En vista de lo anterior, los grupos tradicionalmente excluidos compartían un objetivo común¹⁰: La creación de una asamblea constituyente para que por medio de la generación de una nueva constitución se les garantizaran mecanismos de participación ciudadana. Mecanismos que debían facilitar la participación en la conformación y control del poder público a los grupos diferentes a los dos tradicionales (Liberal y Conservador), por medio de nuevos movimientos o partidos políticos.

Específicamente este artículo se centra en la última razón señalada como impedimento para el ejercicio de los derechos políticos del siglo pasado, esto es, la reglamentación legal para el ejercicio de los derechos políticos para las personas que no pertenecen a ningún partido político. Como se sostuvo en párrafos anteriores, uno de los principales logros que se le asignaron emotivamente a la naciente constitución, fue facilitar la conformación de movimientos y partidos políticos, lo que permitiría que en la arena política pudiesen intervenir más voces.

Pues bien, del repaso de la normativa vigente podría concluirse que la Constitución de 1991 resolvió los problemas de participación política consagrando una amplitud importante de condiciones favorables para el ejercicio de los derechos políticos. Sin embargo, al analizarla, se pueden encontrar algunas desagradables sorpresas. La pregunta que surge es la siguiente: ¿Existe en la práctica jurídica colombiana rezagos de la democracia censitaria que caracterizó gran parte del siglo XX?

⁸ Algunos de los sectores de la ciudadanía que fueron perseguidos en la época de la violencia (1948-1958) y que fueron excluidos del Frente Nacional optaron por la lamentable y violenta vía de las armas para reclamar sus derechos políticos. Entre ellos, están las guerrillas liberales y las seminales, pare ese entonces, guerrillas comunistas.

⁹ La Constitución de 1886, siguiendo la tradición excluyente del siglo XIX estableció el voto censitario. Sólo podían votar los hombres que además de saber leer y escribir, tuvieran una determinada renta anual. Únicamente hasta el año 1957 se posibilitó el voto de las mujeres.

¹⁰ Un ejemplo se puede leer en la intervención de la Constituyente Aida Abella en su calidad de Presidente de la Junta Preparatoria de la Asamblea Constituyente. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Gaceta Constitucional* 1:7-8

De la lectura de los artículos¹¹ 40 y 107 de la Constitución Colombiana (1991) puede concluirse que de forma igualitaria todo ciudadano puede participar en la conformación y control del poder político. La formulación normativa dispuesta en el artículo 40, sin ningún condicional, dispone que cualquier ciudadano puede aspirar a ser elegido en los cargos de elección popular. Por su parte, el artículo 107 termina de ratificar que todo ciudadano, sin distinción alguna, puede participar del sistema político por medio de la fundación y organización de partidos o movimientos políticos. Al tenor de las normas referenciadas podría concluirse que los derechos políticos de los colombianos que quieren participar en la conformación del poder público están plenamente satisfechos en el sistema electoral colombiano.

De igual forma, los mecanismos de participación política en la Constitución Colombiana de 1991 fueron ampliados enormemente en comparación con la Constitución de 1886. Se establecieron como mecanismos de participación el voto, la consulta popular, el referendo, el cabildo abierto, el plebiscito, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 103). Habría que decir también que se modificó el régimen para la participación en las elecciones de las comunidades negras (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 171) e indígenas (Constitución Política de Colombia, 1991, Artículo 176, Modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 1 de 2013), asignándoles una circunscripción electoral especial. Estas disposiciones se extendieron a todos los grupos étnicos reconocidos por el Estado.

Finalmente aproximándonos al tema que convoca este artículo, se dispuso la posibilidad de que grupos significativos de personas, sin filiación a ningún partido político, participaran en las elecciones, garantizando al menos normativamente, los derechos políticos de ese sector de los colombianos (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 108).

No obstante lo anterior, una mirada realista de la práctica jurídica permitirá concluir que en Colombia se encuentran condiciones normativas que restringen la participación política a este sector de la población. La formulación normativa contenida en el *antiguo* artículo 108 concedía la

¹¹ Artículos 40 y 107, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2009, de la Constitución Nacional.

facultad para que en el caso de los grupos significativos de ciudadanos, la ley determinara los requisitos de seriedad para la inscripción de candidatos. En virtud de dicha norma se expidió la Ley 130 de 1994 que, como se analizará en los párrafos siguientes, estableció que la seriedad se garantizaría por medio de una póliza de seguros.

Se reitera que, de forma precisa, el *antiguo* artículo 108 de la Constitución (1886), disponía dos reglamentaciones normativas diferentes. En primer lugar disponía que: (1) para ser inscrito como candidato a un cargo de elección popular en representación de *un movimiento o partido político* con personería jurídica no se exigiría requisito alguno; (2) que el Congreso *estaba autorizado* para establecer por medio de una Ley, los requisitos necesarios para el caso de los candidatos que quería representar un *grupo significativo de ciudadanos, por fuera de los partidos o movimientos políticos*. Los *requisitos*¹² debían estar encaminados a *garantizar la seriedad* de las inscripciones de los mismos.

Sin embargo, y este es uno de los puntos centrales, el nuevo y vigente artículo 108, que es producto de la reforma constitucional contenida en el acto legislativo 01 de 2009, ya no contiene la facultad al Congreso para que pueda reglamentar la seriedad de la inscripción de candidatos de los grupos significativos de ciudadanos, lo que podría permitir inferir la presencia de una inconstitucionalidad sobreviniente del artículo 9º de la Ley 130 de 1994; tema sobre el cual no se profundizará en el presente artículo.

En este contexto, valdría la pena analizar, con base en los estándares de *legalidad, finalidad legítima y necesidad* propuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³, la *convencionalidad* de la reglamentación legal de los derechos políticos por parte del Estado Colombiano, para este grupo de personas.

El antiguo artículo 108, fue reglamentado por medio de la vigente *ley 130 de 1994*: Ley que intenta dar vía libre al artículo 108 constitucional estableciendo el Estatuto básico de los partidos y movimientos políticos.

¹² Como se explicará en el capítulo siguiente, no toda restricción o reglamentación constituye una violación a los derechos contenidos en la Convención Americana de los Derechos Humanos.

¹³ Corte Interamericana de derechos humanos. Caso *Castañeda Gutman vs Estados Unidos de México*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184. Párra. 174, 175, 176, 180, 181, 183, 184, 185, 186, 192, 193, 196, 197, 198, 200, 201, entre otros más.

Allí se disponen normas sobre su financiación y la de las campañas electorales. Sobre el asunto que nos atañe, esto es, el ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos que no están afiliados a ningún partido político, la Ley en su artículo 9° empieza a tambalear por el lado de la democracia censitaria.

Dicho artículo establece que la forma como se garantizará *la seriedad* de los candidatos que pretendan inscribirse en representación de un grupo significativo de ciudadanos será la de “otorgar **al momento de la inscripción una póliza de seriedad de la candidatura por la cuantía que fije el Consejo Nacional Electoral...**” (Ley 130 de 1994, art. 9).

Una primera lectura de este artículo, permite concluir que los ciudadanos que pretendan presentar su candidatura, ya sea porque no cuentan, o no quieren contar con el aval de un partido o movimiento político, lo pueden realizar por medio de la recolección de firmas y el pago de una *póliza de seriedad*. El mismo artículo también faculta al Consejo Nacional Electoral para que fije el monto de la misma. Conviene señalar que el régimen legal de los partidos políticos en Colombia se encuentra integrado en la actualidad por las Leyes 130 de 1994, 616 de 2000 y 1475 de 2011. Las normas que fueron expedidas con posterioridad a la de 1994 no han modificado el artículo 9 de la Ley 130.

El monto de la póliza de seriedad es establecido por el Consejo Nacional Electoral para los actos electorales y para cada cargo sometido a elección. Para las elecciones del año 2014, se reguló por medio de la resolución No. 0974 de 2013.

Por ejemplo, en su artículo 2° dispuso que para los candidatos que quieran representar a un grupo significativo de ciudadanos en las elecciones del Senado de la República para el periodo de 2014 a 2018, se debía pagar una póliza de aproximadamente \$230.000.000 de pesos colombianos: 390 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Dicho procedimiento también es aplicado para los demás cargos de elección popular.

Como se observa en las anteriores normas, para que estos candidatos puedan participar en la conformación del poder público sin estar afiliado a un partido político requieren tener recursos económicos que por obvias razones, no todos los ciudadanos de una comunidad pueden sufragar.

ESTÁNDARES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *YATAMA VS NICARAGUA Y CASTAÑEDA GUTMAN VS ESTADOS UNIDOS DE MÉXICO*

La República de Colombia en 1948 suscribió la conocida Carta de la OEA, que permitió la creación de la Organización de Estados Americanos. Posteriormente, representada por el Ministro de Relaciones Exteriores, participó en la quinta reunión de Consulta de Ministros de este ramo en la que se acordó la implementación de la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* en 1959. De igual forma, ratificó la competencia de la *Corte Interamericana de Derecho Humanos*, que fue creada por medio de la Convención Americana en el año 1969.

Como puede observarse, el Estado Colombiano es participe activo en el Sistema Americano de derechos humanos, y reconoce el carácter vinculante de las decisiones de la Comisión y la competencia de la Corte Interamericana para resolver sobre la violación de los derechos humanos contenidos en la Convención.

Conviene subrayar, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha encargado de delimitar las condiciones fácticas y normativas de aplicación de los Derechos contenidos en la Convención, entre ellos, los derechos políticos. En consecuencia, dicha jurisprudencia contiene los estándares que todo Estado debe garantizar para que se respeten, entre ellos, los derechos políticos. En este sentido, la Corte ha expresado algunas pautas generales que deben cumplir los Estados para garantizar los *derechos políticos* y de igual forma ha creado una guía que permita establecer si las restricción establecidas por ellos se adecuan a la Convención Americana de Derechos Humanos.

De allí, es recomendable mencionar las principales pautas generales que pretenden el cumplimiento de estos derechos y posteriormente las condiciones en que podría permitirse la restricción de los derechos políticos. En esta ocasión, debido a la similitud en la discusión normativa y fáctica, para la determinación de los estándares utilizaré las sentencias *Yatama Vs Nicaragua* y *Castañeda Gutman Vs Estados Unidos de México*.

En ambas sentencias se resalta la importancia que revisten los derechos políticos para el sistema interamericano y su relación inescindible con los estados democráticos y por ende, la pluralidad política. Allí se señala que los derechos políticos, junto con los derechos a la libertad de reunión, asociación y libertad de expresión son fundamentales para facilitar el juego democrático.

Lo anterior fue concluido del artículo 23 de la Convención Americana que, a juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pretende facilitar el juego democrático en los países. La Convención dispone que:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
 - a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, **directamente** o por medio de representantes libremente elegidos;
 - b) de votar y **ser elegidos** en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
 - c) de tener acceso, **en condiciones generales de igualdad**, a las funciones públicas de su país.
2. **La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades** a que se refiere el inciso anterior, **exclusivamente** por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Según se infiere de la lectura de los numerales 1° (condiciones generales de igualdad) y 2° (reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades) del referido artículo, la igualdad al acceso a los cargos públicos,

mediante el establecimiento de equivalentes oportunidades para todos, es un norte de interpretación del mismo. La igualdad de *oportunidades mediante acciones positivas* para acceder a cargos públicos parece ser el estándar más alto en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sobre el primer numeral, la Corte ha dispuesto que,

El sistema electoral que los Estados establezcan de acuerdo a la Convención Americana debe hacer posible la celebración de elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Hay aquí, por lo tanto, un mandato específico al Estado en relación con la modalidad que debe escoger para cumplir con su obligación general de “garantizar” el goce de los derechos establecida en el artículo 1 de la Convención, cumplimiento que, como lo dice en forma general el artículo 1.1, no debe ser discriminatorio (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Castañeda Gutman vs Estados Unidos de México*, párr. 158).

En este sentido y frente a este artículo, la Corte se ha pronunciado afirmando que la intención del numeral 2° de artículo es “evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos”; simultáneamente, plantea que el mismo numeral, otorga la facultad a los países por medio de la ley, de reglamentar el ejercicio y las oportunidades a tales derechos, *exclusivamente* en razón de la “edad, nacionalidad residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. Agrega que la reglamentación es posible “**siempre que no sean desproporcionados o irrazonables**, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Castañeda Gutman vs Estados Unidos de México*, párr. 155).

Sobre lo mencionado anteriormente, en la sentencia *Castañeda Gutman*¹⁴, retomando algunas precisiones del *caso Yatama*, se ofrece este relevante estándar:

¹⁴ Corte Interamericana de derechos humanos. *Castañeda Gutman vs Estados Unidos de México*, párr. 145.

Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la Convención que se reconocen a toda persona, **el artículo 23 de la Convención no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”**. Esto último implica la **obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos**. Como ya lo señalara este Tribunal anteriormente, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que **los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación** (Negrilla y subrayado fuera de texto) (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Castañeda Gutman vs Estados Unidos de México*, párr. 145).

Sobre el numeral segundo, se pueden agregar también las pautas establecidas en el caso *Yatama*. En él, la Corte manifestó la necesidad de crear **“condiciones y mecanismos óptimos”** (Corte Interamericana de derechos humanos. Caso *Yatama vs Nicaragua*, párr. 195), por parte de los Estados, para que los derechos políticos sean *ejercidos de forma real*, basados en el respeto al principio de igualdad y no discriminación.

Se tiene entonces dos calificaciones relevantes para este artículo, por parte de la Corte: El numeral primero procura *la igualdad* en el acceso a los cargos públicos elegidos por voto popular. El numeral segundo parece disponer que se pueden reglamentar los derechos políticos con dos horizontes de sentido: (1) encaminada a generar oportunidades reales para el acceso igualitario a los cargos públicos y (2) en principio, exclusivamente por las categorías arriba señaladas como condiciones habilitantes y siempre que no sean desproporcionadas o irrazonables.

En conclusión, de las referidas sentencias se infiere que como pautas generales del artículo 23, se pueden establecer varias expresiones normativas. (1) En primer lugar la igualdad en el ejercicio de los derechos de los ciudadanos de un Estado de participar en las decisiones públicas eligiendo representantes o siendo elegido; (2) Luego, la obligación del estado de garantizar de forma positiva que las oportunidades para participar en la contienda sean en condiciones de igualdad; (3) que la regulación se debe

dirigir, *prima facie*, a las categorías allí señaladas, “edad, nacionalidad residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”

Si bien es cierto que una interpretación del artículo 23 no debe escindir los contenidos normativos del mismo, por el momento, es prudente concentrarnos en el segundo numeral pues tiene mucha relación con el tema abordado: el acceso en Colombia a los cargos de elección popular por parte de los grupos significativos de personas que no pertenecen a ningún partido político.

Continuemos con dos preguntas: ¿Pueden los Estados reglamentar los derechos políticos por fuera de las categorías previstas en numeral 2 del artículo 23?, si lo hace ¿Debe ser para establecer restricciones o para facilitar el ejercicio de los derechos políticos?

Según la Corte el término “exclusivamente” no puede ser interpretado como una limitación al establecimiento de restricciones en razón a otras categorías que no se encuentran enunciadas dentro del artículo. En efecto, en el caso *Castañeda Gutman* la Corte, al momento de evaluar la conducta del Estado Mexicano, indicó que: “no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado **solamente** las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana” (Negrilla y subrayado fuera de texto) (Corte Interamericana de derechos humanos. *Castañeda Gutman vs Estados Unidos de México*, párr. 161).

Con esto, la Corte parece querer decir que el párrafo no está limitado a las categorías allí enunciadas. Sin embargo, estableció que si se pretende extender a otras cuestiones es porque “tiene como propósito único evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos” (Corte Interamericana de derechos humanos. *Castañeda Gutman vs Estados Unidos de México*, párr. 155).

De acuerdo con lo anterior, sostiene la Corte que los Estados Miembros del sistema interamericano pueden, debido a que los derechos allí contenidos no son absolutos, regular y restringir el ejercicio de los derechos políticos. No obstante dicha afirmación, manifestó que la facultad de

restringir derechos no es discrecional y que debe reunir los requisitos de *legalidad, finalidad legítima y necesidad* (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Castañeda Gutman vs Estados Unidos de México*, párr. 174).

Para continuar con el análisis de la jurisprudencia es clave indicar que, así como la Corte da las pautas que deben respetar los estados para garantizar los derechos políticos, también establece guías que sirven para determinar cuándo las restricciones a los derechos políticos se adecúan a la Convención Americana de Derechos Humanos, que son las que ocupan el sentido de este artículo.

Por tanto, la Corte Interamericana ha afirmado que algunas formulaciones normativas que disponen derechos no pueden ser limitados o restringidos bajo ninguna condición, por ejemplo, el derecho a no ser objeto de tortura o de penas crueles, tratos inhumanos o degradantes. Sin embargo, también afirma la Corte que los derechos humanos no son absolutos, dejando un margen a los Estados para que estos puedan restringirlos o regularlos. No obstante, sostiene que la medida no debe limitar un derecho más allá de lo permitido por la Convención.

En consecuencia, es posible que el Estado regule y restrinja los derechos políticos incluso a situaciones más allá de las previstas en el numeral 2 del artículo 23 siempre y cuando cumpla las condiciones y requisitos de *legalidad, finalidad legítima y necesidad*.

Frente a la *legalidad de la medida restrictiva* (principio de legalidad), en el caso *Castañeda Gutman*, la Corte precisa que se debe examinar si la medida que pretende limitar el ejercicio de los derechos políticos, cumple con el requisito de legalidad. Esto es: “que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Castañeda Gutman vs Estados Unidos de México*, párr. 176).

Hay que mencionar además lo expuesto en el caso *Yatama* pues allí la Corte advirtió que “La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones” (Corte Interamericana de derechos humanos. *Castañeda Gutman vs Estados Unidos de México*, párr. 176). Debe ser una ley clara, que no dé cabida a ambigüedades y que por el contrario sea comprensible parte de los ciudadanos.

Ahora, sobre la *finalidad de la medida restrictiva*, en el caso *Castañeda Gutman*, la Corte requiere que los Estados invoquen para justificar las restricciones a los derechos políticos, las razones que son permitidas por la Convención Americana. Como ejemplo propone las “previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos (por ejemplo las finalidades de protección del **orden o salud públicas**, de los artículos 12.3, 13.2.b y 15, entre otras), o bien, en las normas que establecen finalidades generales legítimas (por ejemplo, “**los derechos y libertades de las demás personas**”, o “**las justas exigencias del bien común**, en una sociedad democrática”, ambas en el artículo 32)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Castañeda Gutman vs Estados Unidos de México*, párr. 180).

Sobre este punto, la opinión consultiva OC-5/85 ha sostenido sobre el bien común que: “el bien común es un concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, **cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre** y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”. Continúa afirmando que “en tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que **se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas** y se preserve y promueva **la plena realización de los derechos de la persona humana**”¹⁵ (Negrilla y subrayado fuera de texto) (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC- 5/85).

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC- 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Emitida el 23 de junio de 2005. Serie a No. 05. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf, párr. 66.

Lo dicho por la opinión consultiva mencionada sugiere que por la expresión “bien común” se entienda aquellas situaciones que deben presentarse en la práctica social democrática que facilita a sus participantes desarrollar, en la mayor medida posible, sus planes de vida individuales y colectivos en el contexto de las premisas que le dan sustento a la democracia, entre ellas, los derechos humanos.

Finalmente, acerca de la *necesidad de la medida restrictiva*, recuerda la Corte en la precitada sentencia de Castañeda Gutman, que no basta con que la medida que regula o restringe los derechos políticos se justifique desde la Convención sino que debe comprobarse que es *necesaria* para una *sociedad democrática*, lo que impone que haya *proporcionalidad en la medida restrictiva*.

Para establecer si una medida cumple esta condición es preciso, según la Corte, que se realice un examen que permita establecer que la medida: “a) satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo; b) es la que restringe en menor grado el derecho protegido; y c) se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Castañeda Gutman vs Estados Unidos de México*, párr.186).

También se pronunció al respecto en *Yatama* señalando que “Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo con los principios de la democracia representativa” (Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Yatama vs Nicaragua*, párr. 207).

ANÁLISIS DEL CASO COLOMBIANO

Sea lo primero advertir que el caso *Castañeda Gutman* es relevante para el presente trabajo en la medida en que está asociado al tema que nos ocupa, esto es, la participación y acceso a los cargos públicos de los ciudadanos por fuera de los partidos. En el caso *Yatama*, se habla de los ciudadanos por fuera de los partidos pero que pertenecen a una comunidad indígena. Dicha condición supone, en consecuencia, que respecto a la cuestión normativa es más favorable el primer estándar señalado.

En el caso Colombiano es claro, según lo explicado precedentemente, que la restricción no cumple la **condición de legalidad**. En este sentido, es imperioso recordar que la formulación normativa contenida en el artículo 108 fue modificada. El vigente artículo 108 de Constitución ya no dispone que el Estado por medio de la Ley pueda regular la inscripción de candidatos independientes estableciendo pólizas de seriedad. Lo anterior supone que existe una *inconstitucionalidad sobreviniente*¹⁶ pues la norma que antes permitía la reglamentación ha desaparecido de las normas constitucionales. En consecuencia, la Ley 130 de 1994 que de forma precisa establece las condiciones de la restricción y delegó de forma expresa a una entidad administrativa para que estableciera el monto, ha perdido sus fundamentos normativos.

Por su parte, sobre la *finalidad de la medida*, la Ley sostiene que tiene como propósito garantizar que las propuestas de los candidatos cumplan un mínimo de seriedad con los electores. De igual forma, busca que el *Fondo Nacional de la Financiación Política*, no sea vea disminuido por propuestas que no alcancen el umbral requerido para ello. Es decir, se busca garantizar el financiamiento integral del sistema electoral por parte del Estado.

Al respecto, es prudente recordar que la financiación pública de los partidos y movimientos políticos busca que no se aumente su vulnerabilidad ante la posibilidad de que sean capturados por parte de intereses corporativos y privados, garantizando así que funjan como vehículos para expresar los interés y preferencias de la comunidad que lo conforman y apoyan, fortaleciendo así el carácter democrático de los partidos y movimiento políticos, y por ende, de la organización estatal. Lo anterior, permitiría sostener que la medida se propone garantizar el fortalecimiento de la democracia. Como concluirá el lector, esta es la única pauta interamericana que cumple el establecimiento de la póliza de seriedad.

¹⁶ Sobre el concepto de **inconstitucionalidad sobreviniente** ver las sentencias de constitucionalidad: Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-681 de 2003. (M. P. Conjuez Dra. Ligia Galvis Ortiz: 6 de agosto de 2003).
Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C- 027 de 1993. (M. P. Simón Rodríguez Rodríguez: 5 de febrero de 1993).
Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-143 de 1993. (M. P. José Gregorio Hernández Galindo: 20 de abril de 1993).

Finalmente, sobre la *necesidad de la medida* es donde se ciernen mayores dudas. Empecemos el análisis con el siguiente párrafo de la sentencia *Castañeda Gutman*:

Las candidaturas independientes pueden regularse de manera que faciliten y amplíen el acceso al derecho a ser votado, pero también puede ocurrir que para inscribir candidaturas independientes se establezcan requisitos mayores que los establecidos para nominar a un candidato por un partido político. **El sólo hecho de permitir candidaturas independientes no significa que se trate del medio menos restrictivo para regular el derecho a ser votado.** Lo esencial es que cualquiera de los dos sistemas que **sea elegido haga accesible y garantice el derecho y la oportunidad a ser votado previsto en la Convención en condiciones de igualdad** (Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Castañeda Gutman vs Estados Unidos de México*, párr. 201).

Específicamente sobre el tema que ocupa el artículo, la Corte estima que las pólizas de seriedad son formas de reglamentar el ejercicio del derecho a ser elegido. Sin embargo, dice, y esto es importante, que

considera que no hay una posibilidad de hacer una valoración en abstracto respecto de si el sistema que permite las candidaturas independientes es o no una alternativa menos restrictiva de regular el derecho a ser votado que otro que no lo permite. Ello **dependerá de diversas circunstancias**, especialmente, de cómo se regulen los aspectos mencionados anteriormente de las candidaturas independientes o de la regulación de las candidaturas presentadas por partidos (Corte Interamericana de derechos humanos. *Castañeda Gutman vs Estados Unidos de México*, párr. 200).

Como se concluye de lo anterior, de forma abstracta no se puede establecer si un sistema de participación exclusivo de partidos o de candidaturas independientes es más o menos cercano a los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte sostuvo que para determinar la convencionalidad de una medida restrictiva era menester estudiar las condiciones concretas de cada país. Al respecto, rememoremos que es posible afirmar que el conflicto armado colombiano se ahondó por la exclusión de la participación de los asuntos políticos a movimientos de ciudadanos que no compartían los postulados de los partidos tradicionales. Como se recordó, es un tópico común en Colombia asociar el bipartidismo, la exclusión de voces divergentes y el conflicto armado.

Como se afirmó anteriormente, la Constitución de 1991 se expidió con el propósito de incluir a esos sectores: el pluralismo político fue el norte trazado como herramienta de paz. El pacto de paz que representa la Constitución se funda en la posibilidad de participación de sectores tradicionalmente excluidos de las dinámicas políticas tradicionales. En este sentido, puede cuestionarse la necesidad de la póliza de seriedad, pues ha constituido un obstáculo para la inclusión de movimientos tradicionalmente excluidos y asociados al origen del conflicto armado. Parece una respuesta desproporcionada y poco necesaria ante los pactos celebrados para dar origen a la Constitución.

Ahora, sobre un punto también relevante, es prudente recordar que Colombia es uno de los países con el índice de *Gini*¹⁷ más alto de Suramérica. La distancia entre ricos y pobres es abismal. Dicha situación constituye un obstáculo enorme para el ejercicio de los derechos políticos de esas zonas marginadas económicamente, pues no pueden sufragar el costo de campañas políticas, los hace vulnerables a las presiones de los grupos de poder y no pueden plantarse como sujetos políticos autónomos.

Retomando lo afirmado por la Corte, se puede plantear que en una sociedad en estas condiciones, antes de establecer medidas restrictivas para el ejercicio de los derechos políticos, debe promover medidas jurídicas positivas que equilibre la desigualdad material en el acceso a los cargos públicos.

Ante esta situación la práctica constitucional no deja de ser paradójica; porque siendo la Constitución un pacto de inclusión para la paz, creó un requisito que va en contravía de los problemas de la exclusión partidista. De igual forma, siendo una constitución que invita a la igualdad en el acceso a los cargos público, veda del ejercicio de los derechos políticos a las personas sin recursos económicos. ¿Será, desde esta perspectiva, Colombia una democracia censitaria?

¹⁷ Mediante el índice de Gini se mide el grado de igualdad o desigualdad en la distribución de los recursos de un país: Siendo 0 un indicador de equidad absoluta y 1 el de desigualdad absoluta.

En el año 1990 Colombia tenía un índice de Gini de 0,47. Para el año 2010, aumentó a 0,51. En el año 2011 fue de 0,548 y en el 2012 fue de 0,539. Información disponible en: <http://www.dane.gov.co>

REFERENCIAS

- Agamben, G. (2010). Nota preliminar sobre el concepto de la democracia. En G. Agamben, A. Badiou, D. Bensaid, W. Brown, J. Nancy, J. Ranciere, Ross, K., & Zizek, S., *Democracia, ¿En qué estado?*. Buenos Aires. Editorial Prometeo.
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991). Artículos 40, 103, 107, 108, 171, 176. 2da Ed. Legis.
- Constitución Política de Colombia [Const.]. (1886).
- Copi, I. (2010). *Introducción a la lógica*. Buenos Aires: Eudeba.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-681 de 2003. (M. P. Conjuez Ligia Galvis Ortiz: 6 de agosto de 2003).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 027 de 1993. (M. P. Simón Rodríguez Rodríguez: 5 de febrero de 1993).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-143 de 1993. (M. P. José Gregorio Hernández Galindo: 20 de abril de 1993).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Yatama vs Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Castañeda Gutman vs Estados Unidos de México*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.doc

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC- 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Emitida el 23 de junio de 2005. Serie a No. 05. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf
- Gargarella, R. (1996). *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel.
- Guibourg, R. (1999). El concepto de razonabilidad y el árbol argumental. En R. Guibourg, *Pensar en las normas*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Holmes, S. (1999). El precompromiso y la paradoja de la democracia. En J. Elster, & R. Slagstad. *Constitucionalismo y Democracia* (pp. 217-262). México: Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Kelsen, H. (1920/2002). *Esencia y valor de la Democracia*. Granada: Comares.
- Ley 130 de 1994 [Congreso de la República de Colombia]. *Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana*. Enero 18 de 1994. [En línea] Disponible en el link alojado en la página de internet: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=330>
- Matta H, A. (diciembre de 2013). Aproximación a la metaética de la Corte Constitucional Colombiana: Influencia de la filosofía práctica de corte aristotélico en su jurisprudencia constitucional. *Pensamiento jurídico: Algunas debates actuales sobre los derechos*, (38), 31-63.
- Matta H, A. (2015). El concepto interpretativo del derecho. (T. d. SALMOIRÁN, Trad.) *Pensamiento jurídico*, 83-103.
- Medina, M. (1989). Bases urbanas de la violencia en Colombia. *Historia Crítica*, 1, 20-32.

Real Academia Española. (2001) *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición.

Resolución 0974 de 2013 [Consejo Nacional Electoral-Colombia]. *Por medio de la cual se fija el valor de las pólizas de seriedad de candidaturas que deben otorgar los grupos significativos de ciudadanos y los movimientos sociales que inscriban candidatos a las elecciones a congreso de la República para el periodo 2014-2018*. Marzo 19 de 2013 [En línea] Disponible en el link alojado en la página de internet: <http://www.cne.gov.co/CNE/RESOLUCIONES-GENERALES-2013.page>

Ross, A. (1989). *¿Por qué democracia?* Madrid: Editorial Centro de Estudios Constitucionales.

Ross, A. (2005). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires: EUDEBA.

Zagrebelsky, G. (2005). *Derecho Dúctil* (6ª ed.). (M. Gascón, Trad.) Madrid: Editorial Trotta.

ESTUDIOS ORGANIZACIONALES Y SU POSICIONAMIENTO EN AMÉRICA LATINA: ACERCAMIENTO TEÓRICO- METODOLÓGICO Y DESAFÍOS LATINOAMERICANOS

ORGANIZATIONAL STUDIES AND ITS POSITION IN LATIN AMERICA: THEORETICAL AND METHODOLOGICAL APPROACH AND LATIN AMERICAN CHALLENGES

*Mario Javier Naranjo Otálvaro**

Recibido: marzo 8 de 2016 - **Aprobado:** mayo 3 de 2016

Forma de citar este artículo en APA:

Naranjo Otálvaro, M. J. (enero-junio, 2016). Estudios organizacionales y su posicionamiento en América Latina: acercamiento teórico-metodológico y desafíos latinoamericanos. *Summa Iuris*, 4(1), 74-91.

Resumen

El artículo inicia con un acercamiento a los Estudios Organizacionales (EO), en el que se pretende rescatar sus orígenes y aspectos teórico-metodológicos que generalmente guían este tipo de estudios y contribuyen a comprender la complejidad de los mismos; logrando establecer una relación entre los EO con la categoría "discurso", la cual se encuentra presente de manera latente en algunos autores latinoamericanos para referirse y desarrollar análisis desde una perspectiva crítica sobre las organizaciones.

El mismo presenta una reflexión a algunas de las producciones latinoamericanas sobre los EO y procura identificar el papel de la región en la dinámica mundial, la que a través de algunos planteamientos de la sociología latinoamericana, trata de desentrañar los elementos que articulan su discurso sobre el tema, con los de producción de conocimiento a nivel mundial.

* Sociólogo, Especialista en Administración Pública, Magister en Educación, aspirante a Doctorado en estudios organizacionales en la Universidad Autónoma Metropolitana de México, UAM. Profesor universitario, Institución Universitaria Pascual Bravo, como docente ocasional en el área de Ciencias Sociales. Grupo de investigación GIEN adscrito a la Facultad de Ingeniería de la Institución Universitaria Pascual Bravo. Correo electrónico: m.naranjo@pascualbravo.edu.co

La metodología empleada fue de tipo reflexivo aplicando el método de revisión bibliográfica; una de estas reflexiones permite profundizar en la cantidad de producciones intelectuales sobre los EO y en la posición asumida por estudiosos latinoamericanos que actualmente se interesan por el tema, y las bases teóricas y metodológicas sobre las que sustentan sus análisis; los cuales, parecen no basarse en los mismos marcos de referencia con los que son analizados los fenómenos organizacionales en otras latitudes, sino que consideraban características políticas, económicas, y significados propios de las relaciones sociales latinoamericanas.

Se rescatan algunos desafíos que deben ser considerados en el posicionamiento y desarrollo de esta nueva cultura académica e investigativa sobre EO que recién inicia en América Latina.

Palabras clave: Estudios Organizacionales, Latinoamérica, discurso, crítica, conocimiento.

Abstract

The article begins with an approach to Organizational Studies (OS) that aims to uncover the origins and the theoretical-methodological aspects that generally guide this type of study and to help in understanding the complexity thereof. This study will attempt to establish a relationship between OS and the category commonly referred to as “speech,” which is latently present in some Latin American authors in order to refer to and to develop analysts from a critical perspective on organizations.

The article will reflect on a few Latin American productions regarding OS and will seek to identify the Latin American role in the global dynamic. This will be accomplished by looking at some Latin American approaches in sociology to try and unravel the elements that articulate the Latin American “speech” within the worldwide output on this subject.

The methodology used was to reflect on and to review the extant literature regarding the subject. One of the results of those reflections gives us a deeper insight into the amount of intellectual productions on OS and the current positions taken by Latin American scholars currently working in this field, and the theoretical and methodological basis on which they base their analysis. These positions appear not to be based on the same frame of reference within which organizational phenomena are analyzed elsewhere, but rather reflect political and economic characteristics that are significant within Latin American social relations.

There is some challenging work ahead that must be taken into consideration due to the positioning and development of this new academic culture and research on OS that has recently begun to emerge in Latin America.

Keywords: Organizational Studies, Latin America, discourse, critical, knowledge.

ASPECTOS CENTRALES DE LOS ESTUDIOS ORGANIZACIONALES

Las diversas corrientes de pensamiento que se han desarrollado desde finales del siglo XIX, permiten identificar que no es posible una definición unívoca sobre los EO (De la Rosa y Contreras, 2013), sin embargo, dichos puntos de vista muestran claramente que en esencia, los EO constituyen relaciones sociales sobre las cuales es factible reseñar bases teóricas, metodológicas, y campos de análisis.

Los orígenes de los EO se remontan a la década de 1960 en Gran Bretaña, y surgen a raíz de la imposibilidad por parte la Teoría de las Organizaciones (TO) de dar respuesta teórica a los problemas enfrentados por la gran empresa moderna como la productividad, su estructura, estrategia, mercado, competencia, desarrollo tecnológico; entre otros. Cabe destacar que la TO se basa en el positivismo y los métodos cuantitativos, para descubrir leyes a través de la cuantificación de los análisis. Esta corriente de pensamiento, concibe al sujeto como un medio desligado de la organización para el logro de los objetivos organizacionales; en donde el individuo asume un rol instrumental, reduciéndolo a un mero recurso.

En consecuencia, un elemento clave en dicha ruptura consiste en la concepción antropocéntrica que asumen los EO, otorgándole al sujeto un papel preponderante al mismo tiempo que se produce un viraje en el método, que adquiere un carácter cualitativo interpretativo. Este nuevo campo de conocimiento, que invierte la forma de concebir al sujeto, pues en adelante la organización será vista como un instrumento de la persona; se tornará radicalmente multirracional, centrado en el entendimiento del comportamiento humano que lleva a la construcción empírica de la organización.

En esta vía, la visión de las organizaciones desarrollada por los EO, de acuerdo a los académicos latinoamericanos De la Rosa y Contreras (2007), apunta a que:

“Se antepone lo local a lo universal, lo particular a lo general, lo relativo a lo absoluto, el caos al orden, la ambigüedad a la claridad, la multirracionalidad a la unirracionalidad, la acción al determinismo, la confrontación al

consenso, lo subjetivo a lo objetivo, lo cualitativo a lo cuantitativo, la comprensión a la explicación, la duda a la afirmación y la interpretación diversa a la aseveración" (p. 37).

En este sentido, los sujetos crean las organizaciones, pero al mismo tiempo todo su ciclo biológico se desarrolla dentro de ellas; sus intereses sociales dependen de la organización en la cual están insertos, al igual que los sentidos atribuidos a las acciones humanas. En términos biológicos, las personas y las organizaciones mantienen una relación simbiótica.

Las organizaciones, además de ser omnipresentes, son construcciones sociales dinámicas, que modernamente se asocian con el paradigma constructivista (Gonzales, 2013, p. 48). Con base en esta posición, Berger y Luckmann (2008) parten de que los individuos crean la sociedad, es decir, que las microsituaciones llevadas a una dimensión macro-social son las que le dan forma y contenido a las organizaciones y a las sociedades.

Este punto de vista, en contraposición al positivismo y al funcionalismo¹, permite inferir que las organizaciones no son entidades supraindividuales, sino que son las personas quienes a través de su interacción construyen y modifican las diversas realidades sociales. La organización trasciende su componente físico o empírico, y permite el advenimiento de la intersubjetividad que incentiva la creación de significados sobre el mundo de la vida, mediante el cual se comparte una realidad común susceptible de ser estudiada objetivamente a través de la comprensión.

Entre tanto, la posición metodológica empleada en el anterior paradigma teórico sobre los EO, es el denominado método comprensivo, el cual se centra en entender el significado de la acción social y la intersubjetividad para tratar de explicar un determinado fenómeno a través de la multicausalidad que lo origina y las posibles consecuencias que deriven de éste (Weber, 1992).

¹ El positivismo y el funcionalismo fueron referentes teóricos de los estudios de las organizaciones, fundamentalmente a principios del siglo XX, desarrollados por la disciplina sociológica a finales del siglo XIX y principios siglo del XX, como fundamento teórico y metodológico para estudiar las sociedades clásicas. Estos paradigmas favorecían la estructura y el sistema por encima del sujeto, concibiéndolo como un elemento productivo de carácter objetivo que compartía los fines con los de la organización. No obstante, este referente fue replanteado por el constructivismo y las teorías comprensivas, en las que el sujeto y la intersubjetividad desempeñan un papel protagónico en los EO.

Con base en lo anterior, una herramienta indispensable para emplear el método comprensivo es el "tipo ideal". Este es una categoría conceptual construida por el investigador y dispuesta a ser reconstruida dependiendo del tiempo y el lugar en el que se aplique. Este constructo conceptual no está presente de manera empírico – concreto en la realidad, sino que es una abstracción mental que ayuda a comprender los fenómenos, y permite hacer ejercicios relacionales entre el tipo ideal y la realidad para encontrar divergencias y similitudes.

Uno de los tipos ideales más representativos en la disciplina sociológica, y que se encuentra presente en la teoría y estudios sobre las organizaciones, es el de la burocracia, propuesto por Max Weber. A partir de este tipo ideal, se considera que la organización empieza a desarrollarse adecuadamente, en tanto se ajuste a un conjunto de características que contribuyan a que haya un alto grado de organización y eficiencia.

Dichas pautas están constituidas por leyes y normas establecidas, formas de comunicación asertivas, clara división de roles y funciones laborales, acceso a cargos por méritos, estructuras jerarquizadas con autoridades bien establecidas y diferenciadas, así como rutinas y procedimientos bien definidos. Todo lo anterior, genera que la organización sea contemplada como el medio formal racional para lograr el control efectivo de los seres humanos (Weber, 1992).

Ahora bien, la comprensión como método de carácter cualitativo, facilita el estudio de fenómenos particulares, evitando la generación de leyes causales de nivel universal, y busca interpretar y explicar la naturaleza multicausal del fenómeno organizacional en su desarrollo y efectos. Por esta razón, una mirada desde el movimiento de la contingencia ² abre la posibilidad de incorporar nuevos elementos de análisis a los EO.

Desde esta posición surgen divergencias puesto que todas las organizaciones son diferentes y cuentan con sus propias singularidades, lo que sugiere que no hay una única y superior manera de hacer las cosas que se

² Movimiento que fundamenta la teoría de la organización y que tiene dentro de sus más importantes exponentes a Joan Woodward, a D. S Pugh, a Tom Burns y G. M. Stalker; y a Paul Lawrence; y a Lorsch.

superponga, o descarte otras posibilidades, sino que cada organización tendría su propia forma teórica y metodológica de ser abordada, e incluso podría ser estudiada desde varias perspectivas.

En esta línea, los conocimientos sobre las organizaciones no son susceptibles de universalizarse, sus fenómenos no dependen de una sola variable, sus tensiones o cambios no desencadenan los mismos efectos, no apuntan hacia la misma dirección ni tampoco se relacionan entre sí de la misma manera: lo único común entre las organizaciones es la diferencia y diversidad, de ahí su complejidad.

Estos asuntos sobre la contingencia de las organizaciones, si bien se basan en elementos científicos para realizar sus estudios, deben evitar el determinismo, como por ejemplo parece suceder con los métodos estadísticos (Crozier, & Friedberg, 1990); por lo cual se recomienda emplear otros recursos complementarios, que bien podrían ser estudios de caso, que permitan comprender e interpretar el fenómeno organizacional desde la óptica cualitativa particular de los fenómenos estudiados.

Otras sugerencias críticas sobre la contingencia consisten en: primero, no considerar el ambiente de la organización como un elemento determinante, pues los sujetos al interior de la misma podrían desarrollar estrategias de respuesta variada, que evidencia no sólo la influencia del ambiente sobre los componentes organizacionales sino de estos sobre el mismo ambiente; en segundo lugar, si bien la objetivación estructural de la organización es crucial para su estudio, no se puede negar que son construcciones humanas autónomas, y por lo tanto, dinámicas (Crozier & Friedberg, 1990) y constantemente cambiantes.

En este esfuerzo por esbozar algunos elementos teóricos y metodológicos útiles para el estudio de las organizaciones, debe ser considerado el aporte realizado por la teoría de la ambigüedad. Esta posición consiste en tener presente el bajo nivel de claridad e incertidumbre sobre la realidad en sus acepciones de pasado, presente, y especialmente, el impacto de la acción o decisión humana en el devenir de la organización, en su futuro.

Así, la ambigüedad se refiere a los múltiples y diversos significados atribuidos a las decisiones o acciones propias o ajenas que implican en la dinámica de una determinada organización y en su relación con el entorno. Por tanto, este tema de la ambigüedad ayuda a comprender el alto nivel de complejidad que subyace a los EO, pues sus objetivos, causas, efectos, relaciones y todo lo que debe considerarse en su estudio es de carácter ambiguo.

Este acercamiento general a los EO, permite concluir que estos constituyen un área de conocimiento que tiene como propósito comprender las formas en que se organizan y cristalizan las relaciones sociales, teniendo presente que los productos de las relaciones, procesos y realidades sociales son significativamente contingentes y ambiguos; y que se centran en los individuos al interior de la organización, con la pretensión de comprender los fenómenos organizacionales antes que solucionarlos.

No obstante, gracias a la contingencia y multicausalidad propias de los EO, estos se centran no sólo en el interior de las organizaciones, sino que también procuran considerar los aspectos endógenos que contribuyen a estructurar y modificar la estructura organizacional, así como también, aportan elementos de valor para su comprensión; además, es importante tener en cuenta la relación entre lo externo e interno, las tensiones y el equilibrio dinámico que hay entre la organización y su entorno (Gonzales, 2013, p. 50).

En este contexto, del mismo modo en que cambia la sociedad, cambian también las organizaciones, y por tanto se presentan nuevas formas de organización social. La literatura al respecto indica que la modernización y posmodernización organizacional viene atravesando un proceso transitorio desde mecanicistas hasta orgánicas; conceptos estos introducidos por Burns y Stalker dentro del denominado movimiento de la contingencia en el que hacen una clasificación de organizaciones NO aptas para el cambio (mecanicistas); y otras aptas para el cambio (orgánicas); ambas con características disímiles en su estructura organizacional, pero cuyo fundamento central se soporta en un concepto de adaptación ambiental, donde unas tienen una mayor capacidad de adaptación que otras; en el que los ambientes dejan de ser relativamente estáticos y simples, y gra-

cias a procesos de gran complejidad relacionados con las organizaciones, estas pasan a intensificar sus potencialidades y promover el cambio, haciendo de las organizaciones objetos de estudio cada vez más dinámicos, turbulentos y complejos.

Así, las estructuras organizacionales tradicionalmente burocráticas se tornan jerárquicas, altamente especializadas, segmentadas y normativas para favorecer la inter-diferenciación de las partes y la optimización en la consecución de los fines de los sujetos y las organizaciones *per se*; asimismo, estas estructuras organizacionales están siendo replanteadas y discutidas en el ámbito internacional, ya que las nuevas dinámicas permiten interpretar que dichas estructuras organizacionales están perdiendo su componente dinámico-sincrónico con los factores endógenos y exógenos, y no motivan o satisfacen las expectativas de los sujetos que las conforman; destacando la flexibilidad y disposición al cambio con las cuales cuentan las organizaciones.

Así, es pertinente traer a colación el aporte de Heydebrand (1989) referente a la dinámica actual de las organizaciones:

“Las nuevas organizaciones son pequeñas o son pequeñas subunidades dentro de organizaciones más grandes. Su producción o el servicio que brindan están informatizados o mediatizados por el uso de computadoras. Su personal lo constituyen especialistas, profesionales y expertos que trabajan en una estructura orgánica, descentralizada de equipos por proyectos, fuerzas de tareas y grupos relativamente autónomos. Se hace poco hincapié en una división formal del trabajo y en la jerarquía administrativa, por lo que las funciones técnicas y administrativas, hasta cierto punto, se superponen. Su estructura organizacional flojamente acoplada a menudo se reorganiza y es centrífuga. Estas condiciones requieren nuevos métodos para fomentar la cohesión social, tales como las relaciones interpersonales informales, normas y prácticas cianicas, y la creación de una cultura corporativa. En suma, las nuevas formas organizacionales son posburocráticas en el sentido de que se apartan de la racionalidad formal, de una jerarquía establecida y de la división del trabajo, de la especificación formal de procedimientos de relaciones de trabajo que estén más allá de los programas de cómputo y de las normas rígidas de interacción formal” (p. 337).

Es necesario destacar que los EO se caracterizan por su componente inclusivo, pues buscan incorporar diferentes disciplinas y campos teóricos en el estudio de las organizaciones, razón por la cual, es posible identificar que hay gran variedad de objetos de estudio, entre los cuales, de acuerdo a los aportes de De la Rosa y Contreras (2007), se puede afirmar que entre los más sobresalientes a nivel mundial se encuentra los estudios sobre la cultura en las organizaciones y su análisis transcultural, el nuevo institucionalismo, las teorías de la ambigüedad organizativa, el análisis estratégico y poder en las organizaciones, la ecología organizacional, la antropología de las organizaciones, las organizaciones posmodernas y el cambio organizacional, entre otros.

Los EO a pesar de tener su objeto de estudios claramente identificado y delimitado, no se restringen a los anteriores temas y parece tener un campo de acción cada vez de mayor envergadura, encaminados al análisis y estudio de fenómenos organizacionales en su amplia diversidad, pues las interrelaciones organizacionales con el sistema mundo permiten la incorporación de temas sobre fenómenos sociales, culturales, políticos y económicos, cada vez más particulares y especializados (Ramírez Vargas & De la Rosa, 2011).

EL DISCURSO: UNA CATEGORÍA DE ANÁLISIS PROBLEMATIZADORA EN LOS EO

Un aporte realizado por Diego Gonzales (2013) se refiere a la conservación de un discurso propio en los EO, que persiste a pesar de las diferentes perspectivas desde las cuales éstos son asumidos en todo el mundo y la flexibilidad de los enfoques metodológicos y teóricos que privilegian las particularidades.

Este autor sugiere además, que los fundamentos de los EO conservan una sustancia intelectual y geográfica, que contribuyen a la configuración de un discurso dominante; en este sentido, metafóricamente es concebida la organización como un sistema de dominación, es decir, en términos weberianos, que mediante esta se detenta la probabilidad de encontrar

obediencia respecto a un mandato específico dentro de un grupo determinado a través de los significados socioculturales atribuidos, en este caso, a las organizaciones (Weber, 1992).

De acuerdo con el propósito de este artículo, es preciso desarrollar la idea de discurso, pues este es un aspecto clave en los EO que ha contribuido a su difusión y aceptación, pero que si se considera desde una óptica crítica es un elemento que ineludiblemente podría obstaculizar las posibilidades de aplicarlo objetivamente a diferentes problemáticas sobre las organizaciones, en especial considerando las singularidades organizacionales y contextuales de América Latina.

Así, la definición de “discurso” considerada para este análisis debe diferenciarse del lenguaje cotidiano, pues este se refiere a discursos públicos o al lenguaje oral empleado en alguna determinada sociedad o cultura (Van Dijk, 2011). Otro uso muy difundido del término puede identificarse principalmente en los medios de comunicación y en las ciencias sociales cuando se habla, por ejemplo, del “discurso del neoliberalismo”; en este caso, el término “discurso” no se refiere únicamente al uso que hacen del lenguaje los pensadores o políticos, sino también a los planteamientos, y filosofías que aquellos sujetos sociales sustentan y divulgan.

En su forma más cristalina, el análisis del discurso debe ser crítico, y propone un estudio científico en el que se abordan aspectos concernientes a la lingüística y la semiótica del acto comunicativo; el discurso se concibe como una práctica social que sugiere una relación directa entre un suceso discursivo particular y las situaciones, instituciones, funciones y estructuras sociales que lo enmarcan (Van Dijk, 2005).

Para este caso, el acto discursivo referente a las organizaciones es un hecho concreto y constitutivo de los EO, que se configura como un mecanismo que ha sido empleado eficazmente por la institucionalidad y algunos países hegemónicos en procura de establecer situaciones y objetos de conocimiento generales. En este sentido, el interés por su análisis no estaría en constituirse como práctica social, sino más bien, en la contribución del discurso para la consecución de determinados fines.

Asimismo, Pardo (2007) considera que es de suma importancia la identificación del discurso dominante y demás nichos discursivos en todo análisis sobre el conocimiento. Esto permite estudiar la reproducción discursiva de dominación y sus consecuencias sociales. Además, este autor argumenta que explicar las formas de poder social implica comprender las formas de control de los recursos simbólicos, por ejemplo, el conocimiento.

Ahora, retomando el componente comprensivo de los EO, cabe decir que el sentido que el discurso le da a la realidad social permite su comprensión y estudio; y es a partir del discurso que los sujetos reflexionan y se constituyen las representaciones sociales, los modos de vivir, las prácticas, la cultura y la sociedad.

Este acercamiento a los elementos clave de los EO, permite concluir que la teoría organizacional busca proponer un debate y establecer pautas acerca de las organizaciones con base en un contexto socio-histórico particular: la segunda mitad del siglo XX en Norte América y Europa. Así, los EO, sobretodo en su componente teórico, se consolidan desde sus orígenes como una práctica intelectualmente fijada, que se propone dinamizar la estructura simbólica y los recursos institucionales hegemónicos, para legitimar las afirmaciones de conocimiento y proyectos políticos que derivan de ellos (Gonzales-Miranda & Gentilin, 2013).

LOS EO EN AMÉRICA LATINA: ACTUALIDAD Y DESAFÍOS

De acuerdo con una investigación realizada en el año 2012 sobre la producción intelectual a nivel mundial en el área de los EO, básicamente reflejada en publicaciones bibliográficas, da cuenta de que entre Europa y Norte América suman el 89,4% del total dicha producción (Gonzales-Miranda, 2013).

Esto revela una nueva tendencia de relaciones centro-periferia, pues el resto del mundo está muy distante de dicha producción de conocimiento: Asia, por ejemplo, aporta el 5,38%, Oceanía el 4,36% y, finalmente, casi invisibles, se encuentran Latinoamérica y África que contribuyen con el

0,19% y 0,08% respectivamente. Esta dinámica de construcción cognoscitiva supremamente desigual podría sugerir que es casi nulo el interés de los estudiosos latinoamericanos por el tema de las organizaciones.

Sin embargo, entrando en detalles sobre la producción en América Latina se encuentra que Brasil (con 21 producciones), México (con 12), Argentina (con 7), Ecuador y Perú (con 1 producción cada uno), son los únicos países que aportan significativamente en el estudio de las organizaciones. En esta línea, los temas que despiertan mayor interés sobre los EO son: la teoría crítica y posmodernismo, el aprendizaje y el conocimiento organizacional, la cultura organizacional, el nuevo institucionalismo y la sociología de las organizaciones; por su parte, los temas que generan menos interés son el cambio organizacional y el poder.

Asimismo, se hallan iniciativas latinoamericanas por conformar redes académicas como es el caso de la Red Mexicana de Investigadores en Estudios Organizacionales (REMINEO) y la Red de Posgrados de Investigación Latinos en Administración y Estudios Organizacionales (RED PILARES), que convergen en el propósito de motivar y dinamizar la investigación, movilidad académica y divulgación del conocimiento sobre los EO desarrollados en o sobre América Latina. Además, este campo de conocimiento está siendo incorporado en el pensum de los estudios superiores de algunas universidades, lo cual contribuye a generar conciencia y reflexionar sobre el estado actual de estudios relacionados con las organizaciones en América Latina.

Lo anterior permite desmitificar la idea según la cual en Latinoamérica no se está investigando sobre el tema, sino que ayuda a comprender el esfuerzo que desde hace aproximadamente tres lustros se está gestando por fomentar el estudio de las organizaciones. Además, se busca el reconocimiento de las revistas de mayor relevancia en el ámbito internacional que permita difundir masivamente los resultados y las diversas realidades organizacionales que podrían encontrarse en Latinoamérica; los estudiosos locales se están percatando de que esta área de conocimiento detenta suprema diversidad de análisis, susceptibles de ser investigados, pero ¿desde qué perspectivas se están desarrollando los EO?

Todo indica que se está creando escuela. A pesar de que, en apariencia, las lógicas dominantes sobre los EO, sus fundamentos teóricos, metódicos y discursivos, son componentes nacidos y desarrollados exitosamente en EEUU y Europa; América Latina, como ha sido su inveterada costumbre, aprende de sus experiencias relativamente traumáticas basadas en la articulación de paradigmas extranjeros sin fundamentos dialógicos y de manera acrítica, como por ejemplo el socialismo o teorías de desarrollo económico como el neoliberalismo, que en algún momento incluyó en sus iniciativas políticas y proyectos de sociedad.

América Latina debe ser -y lo está siendo- contextualizada, comprendida y considerada en su componente histórico-cultural específico, desentrañando así su mayúsculo protagonismo en el sistema mundo, y dejando atrás la idea según la cual su papel era periférico y subordinado a las poderosas centralidades, sus prácticas y discursos.

Conocer el *ser* latinoamericano para desarrollar estudios en el área de las organizaciones es una labor indispensable de todo investigador interesado en el tema; asimismo, es imperativo tener conciencia de que el conocimiento no es universal ni absoluto, sino relativo. Los contextos económicos, políticos y sociales endógenos de América Latina, sumado a la forma cómo estos se relacionan con los de EEUU, Europa y demás partes del mundo, deben ser considerados en todo EO que pretenda desarrollar un conocimiento sobre las organizaciones locales.

No es en vano, pues, que los pocos estudios desarrollados en América Latina sobre las organizaciones sean básicamente desde una postura socio-crítica. Este recurso, el de la perspectiva crítica, implica al menos dos elementos: evaluación y conocimiento (Gonzales, 2013).

La evaluación o sentencia, es generalmente negativa y centrada en algunos aspectos de la abstracción o de la praxis. Por su parte, el elemento relacionado con el conocimiento es más fructífero, pues consiste en una investigación teórica o práctica de alguna temática llevada a cabo por expertos en el tema. Por tanto, se considera que los EO en América Latina

son críticos, pues con base en los conocimientos sobre las organizaciones generan juicios de valor y reflexiones sobre los componentes de esta área del conocimiento.

Por lo tanto, el recurso de la crítica en las organizaciones latinoamericanas favorece generar conocimiento con base en acciones sociales y discurso propios; superando el discurso dominante y “el uso de la razón como mecanismo de hegemonía y dominación, la mistificación del progreso, la ciencia y la tecnología; la destrucción del medio ambiente; la promesa incumplida de emancipación humana, y la exclusión social generada sistemáticamente” (Gonzales, 2013).

Por otro lado, un desafío actual al que se enfrentan los EO en América Latina consiste en “la falta de elementos históricos específicos que impiden otorgar un sentido más dinámico al mismo concepto de organización” (Ibarra, 2006, p. 89); por lo que se limita la perspectiva del desarrollo cultural de las organizaciones y no permiten identificar los niveles socio-históricos de organización en América Latina.

Otro desafío consiste en darle trascendencia a los EO, su importancia en la sociedad actual es indispensable para comprender los complejos procesos sociales que actualmente se presentan en Latinoamérica. Se debe, por tanto, empezar a aplicar estrategias políticas y toma de decisiones de carácter vinculante que contribuyan a optimizar los esfuerzos y dar sentido y significado a las organizaciones en Latinoamérica.

Considerar los asuntos anteriores en los EO podría contribuir a superar el concepto “colonialidad del saber” desarrollado por la sociología latinoamericana (Dussel, 1995) (Quijano, 1997), el cual hace referencia a la creación simbólica del mundo y su posterior dominación a partir del prestigio y de la imposición de saberes europeos que posibilitan obediencia y explotación. La colonialidad, no solo de saberes, sino también de creencias e incluso de poderes son algunos de los elementos que esta corriente de pensamiento sociológica considera que fueron necesarios para el proceso de invisibilización del “Otro” no europeo y diferente a los

estándares universales sobre los que se regía el mundo, porque la cosmovisión y saberes, en este caso latinoamericanos, no encajaban en aquellos esquemas filosóficos, organizativos, mentales y prácticos.

CONCLUSIONES

El futuro de los EO en Latinoamérica deja de ser poco claro, y se vislumbra la construcción de propuestas y estudios que permitan pensar y actuar desde un paradigma propio de la región; pues, a pesar de la incipiente cantidad de publicaciones y estudios referidos a las organizaciones con que cuenta América Latina, sobresale que actualmente hay un número considerable de autores, universidades y grupos de investigación que vienen interviniendo en este campo de manera decidida, fomentando así el desarrollo de esta importante área del conocimiento en la región latinoamericana. Estos esfuerzos por darle importancia a los EO son indispensables en la coyuntura histórica actual, así como la producción simbólica, discursiva y material sobre el tema.

El método comprensivo es una singular estrategia para la investigación científica que, junto con el recurso de la crítica, posibilitan desentrañar las realidades de las organizaciones latinoamericanas, rescatando su diversidad y riqueza, y facilitando la comprensión asertiva de las realidades locales sobre las organizaciones y la forma en que estas se relacionan con las de otras latitudes, propiciándose un diálogo crítico de saberes que enriquece las realidades organizacionales.

Se vislumbra el surgimiento de un nuevo fenómeno: la creación de un nicho discursivo alternativo sobre las organizaciones, propio de América Latina. Este discurso contrahegemónico se argumenta en los estudios desarrollados por autores latinoamericanos como Ayuzabet De la Rosa & Magali Pérez (2014) sobre las ecoaldeas en México, en el que son vistas como un tipo de organización particular en el contexto mexicano y que propone elementos para su comprensión, estudio y articulación con el resto del mundo.

Asimismo, se tiene como referencia el estudio sobre “políticas públicas y organización indígena: una perspectiva organizacional identitaria” realizado por Pilar Barradas (2013), que estudia la relación entre políticas públicas y las formas autóctonas de organización indígena en México; también en los estudios y reflexiones de Eduardo Ibarra (2011) sobre los EO en Latinoamérica, y que reflexiona sobre sus crisis, características epistemológicas y potencialidades, solo por mencionar algunos de aquellos estudios que son desarrollados desde una óptica propia, y que son al mismo tiempo, un llamado de atención a continuar con esta iniciativa de digno reconocimiento.

REFERENCIAS

- Barradas, P. (2013). “Políticas públicas y organización indígena: Una perspectiva Organizacional de la política pública”. En De la Rosa, A; Contreras, J (Ed). *Hacia la perspectiva organizacional de la política pública: Recortes y orientaciones iniciales* (pp. 111-142). Ciudad de México, México. Ed. Fontamara.
- Berger, P., & Luckmann, T. (2008). *La construcción social de la realidad*. Argentina: Amorrortu.
- Crozier, M., & Friedberg, E. (1990). *El actor y el sistema: las restricciones de la acción colectiva*. México: Alianza Editorial Mexicana.
- De la Rosa Alburquerque, A., & Manrique, J. C. C. (2007). El partido político: entre la ciencia política y los estudios organizacionales. *Polis. Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial*, 3(2), 17–68.
- De la Rosa, A., & Contreras, J. (2013). *Hacia la perspectiva organizacional de la política pública: Recortes y orientaciones iniciales*. México: Ed. Fontamara.

- De la Rosa, A., & Contreras, J. C (2013) Hacia la perspectiva organizacional de la política pública. Recortes y orientaciones iniciales. *Revista Internacional de Organizaciones*, (15), 143-148.
- De la Rosa, A., & Pérez, M. (2014). Introducción a la ecoaldea en el campo de estudio de las organizaciones: reflexiones preliminares. Organizaciones e instituciones: tradición, desarrollo y multiculturalidad. En Guillermo Ramírez (Presidencia), *Organizaciones e Instituciones: tradición, desarrollo y multiculturalidad*. Simposio llevado a cabo en el XII Congreso Internacional de Análisis Organizacional, Cancún, México.
- Dussel, E. (1995). *La invención de las Américas*. Nueva York: Ed. Continuum.
- Gonzales-Miranda, D. (2013) Panorama del estudio de las organizaciones. Una caracterización del campo organizacional con base en tres ejes temáticos (2000-2013). *Análisis Organizacional*, 1(5), 1-28.
- González-Miranda, D. (2014). Los Estudios Organizacionales. Un campo de conocimiento comprensivo para el estudio de las organizaciones: A comprehensive field of knowledge for research concerning organizations. *Innovar: Revista de Ciencias Administrativas y Sociales*, 24(54), 43–58.
- Heydebrand, W. (1989). New Organizational Forms. *Work and Occupations*, 16(3), 323-357.
- Ramírez G.; De la Rosa, A. (2011). *Estudios Organizacionales y Administración. Contrastes y complementariedades: caminando hacia el estabón perdido*. Revista electrónica Forum doctoral. Edición especial N. 3. Ene-Abr 2011. PP. 7-51.

- Martínez, G. Vargas, G y de la Rosa, A. (2011). Estudios organizacionales y administración. Contrastes y complementariedades: caminando hacia el eslabón perdido. *Revista Fórum Doctoral*, (3), 7–51.
- Ibarra, E. (2006). ¿Estudios Organizacionales en América Latina?: Transitiendo del centro hacia las orillas. En E. De la Garza Toledo (Ed.), *Teorías sociales y estudios del trabajo: nuevos enfoques* (pp. 88-107). Barcelona, España: UAM y Anthropos.
- Pardo, N. G. (2007). *Cómo hacer análisis crítico del discurso. Una perspectiva latinoamericana*. Santiago de Chile: Frasis editores.
- Quijano, A. (1998). Colonialidad del poder, cultura y conocimiento en América Latina. *Anuario Mariateguiano*, 9(9), 13-122.
- Van Dijk, T. (2005). Ideología y análisis del discurso. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, 10(29), 9-36.
- Van Dijk, T. A. (2011). *Discourse Studies*. England: SAGE.
- Velásquez, B., De la Rosa, A., & Contreras, J. (2013). Políticas públicas de fomento a las organizaciones civiles: una aproximación organizacional. En A. de la Rosa y J. C. Contreras (Eds), *Hacia la perspectiva organizacional de la política: recortes y orientaciones iniciales* (pp. 77-110). Ciudad de México, México: Ed. Fontamara.
- Weber, M. (1992). *Economía y sociedad. Ensayo de sociología comprensiva*. México: Fondo de Cultura Económica.

EL DELITO DE PÁNICO ECONÓMICO A LA LUZ DE LA PRIVATIZACIÓN DE EMPRESAS PÚBLICAS

THE CRIME OF ECONOMIC PANIC SEEN FROM THE PRIVATIZATION OF PUBLIC ENTERPRISES

*Laura Andrea Acosta Zárate**
*Ricardo Hernán Medina Rico***

Recibido: febrero 29 de 2016 - **Aprobado:** mayo 2 de 2016

Forma de citar este artículo en APA:

Acosta Zárate, L. A. y Medina Rico, R. H. (enero-junio, 2016). El delito de pánico económico a la luz de la privatización de empresas públicas. *Summa Iuris*, 4(1), 92-110.

Resumen

El presente texto busca analizar las posibles consecuencias jurídicas que puede acarrear la comunicación de un funcionario público de intervenir o de privatizar una empresa pública, trayendo como resultado una importante baja en las acciones de propiedad tanto del Estado como de los particulares. Se estudiará la problemática de la privatización en la República de Colombia y las consecuencias de su difícil implementación. También se pretende analizar el delito de pánico económico contemplado en el ordenamiento jurídico colombiano y a partir de ello revisar dogmáticamente si lo llevado a cabo por los servidores públicos puede enmarcarse en la conducta punible en mención. Todo lo anterior se

* Abogada de la Universidad del Rosario con profundización en Derecho Penal de la misma Universidad. Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Candidata a Magister en Sistema de Justicia Penal de las Universidades de Lérida, Jaume I de Castellón, Rovira e Virgili y Alicante (España). Ganadora del Concurso Nacional Universitario de Técnicas de Juicio Oral en el Sistema Acusatorio Organizado por el Departamento de Justicia de la Embajada de los Estados Unidos de América (DOJ) y la agencia USAID (versión 2013 – 2014). Autora de Textos Académicos, Profesora Universitaria y Conferencista Invitada. Trabaja en las Fiscalías Delegadas ante la Corte Suprema de Justicia. Las posiciones expresadas en el trabajo son opiniones personales que no comprometen a institución alguna. Correo electrónico: lauraacostazarate@gmail.com

** Abogado de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Penal y en Derecho Administrativo de la misma Universidad. Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Salamanca (España) Magíster en Justicia Criminal de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Autor de textos académicos, Profesor Universitario y conferencista invitado. Ha sido abogado litigante, tutor del equipo de técnicas de juicio oral de la Universidad del Rosario y joven investigador en Derecho Penal en la misma Institución. Actualmente es Secretario Académico de Pregrado en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: ricardo.medina@urosario.edu.co

revisará a partir de preceptos que han generado debate entre los estudiosos del Derecho Penal Económico, en tanto se preguntan si estos hechos comportan responsabilidad penal o si son una conducta jurídicamente tolerada.

Palabras Clave: pánico económico, delitos financieros y económicos, acciones, privatización, empresas públicas.

Abstract

This paper seeks to analyze the possible legal consequences of that communication of a public official to intervene or to privatize a public company, resulting in a significant drop in the shares owned both the state and individuals. The privatization issue in the Republic of Colombia and the consequences of its implementation will study hard. It also aims to analyze the economic panic offense referred to in the Colombian legal system and from dogmatically this review if carried out by public servants can be framed in the criminal offense in question. All this will be reviewed from precepts that have generated debate among scholars of the Economic Criminal Law, while wonder if these facts entail criminal liability or whether they are legally conduct tolerated.

Keywords: Economic Panic, Financial and Economic Crimes, Actions, Privatization, Public Enterprises.

INTRODUCCIÓN

La pugna entre la privatización de las empresas públicas no ha sido un asunto reciente, de hecho grandes movimientos políticos y sociales se han constituido conforme a esta situación con el fin de impedir que se cristalice tal idea. Hasta hace un par de décadas, esta problemática se veía reflejada principalmente frente a temas económicos, societarios, financieros y como se enunció previamente, de índole política; no obstante, recientemente este tipo de estrategias financieras han generado un eco de carácter penal gracias a los diferentes tipos que rigen estas actuaciones.

A lo largo de este texto se hará un breve recorrido frente a la problemática generada en torno a la privatización en Colombia, su incidencia en la economía y en especial, se hará énfasis en las principales consecuencias de tinte penal que han surgido en torno a este hecho. Por lo anterior, se analizará en primer lugar el concepto de privatización y de la problemática que ha suscitado en Colombia. En segundo término se analizará la conducta del pánico económico desde la perspectiva de un funcionario que anuncie una privatización. En un tercer lugar, se esgrimen unas conclusiones al respecto.

Debe señalarse que implicaciones similares podría conllevar la expropiación de empresas privadas para volverlas públicas, por lo cual puede ser leído el presente texto en ambas vías pero se realizará el análisis desde la órbita de las comunicaciones de funcionarios de privatizar una empresa estatal, ya que conceptos como expropiación y extinción de dominio requieren un estudio aparte.

¿QUÉ ES LA PRIVATIZACIÓN Y POR QUÉ EN COLOMBIA SE HA CONVERTIDO EN UN PROBLEMA?

Brevemente debe hacerse alusión al concepto en mención, teniendo en cuenta la importancia que tiene frente al contenido de este documento. En primer lugar, debe mencionarse que la palabra privatizar significa para la Real Academia de la Lengua Española (2001) “Transferir una empresa o actividad pública al sector privado” (p. 1246). Por otro lado, el concepto de

privatización de manera concreta lo expone la Gran Enciclopedia Ilustrada Círculo (1993) como el “traspaso de bienes del sector público al sector privado” (p. 3339).

Ahora bien, si se busca una definición en el ordenamiento jurídico positivo colombiano, la Ley 226 de 1995 en su artículo 1º, aunque no hace una enunciación expresa del concepto, sí se refiere a este en los siguientes términos:

“Art. 1 enajenación, total o parcial a favor de particulares, de acciones o bonos obligatoriamente convertibles en acciones, de propiedad del Estado y, en general, a su participación en el capital social de cualquier empresa”.

En este sentido, no es solo aquel mecanismo mediante el cual un sector de la economía administrada por el Estado, pasa a manos de una empresa privada, sino que además es la forma idónea para mejorar la eficiencia y la competitividad de la empresa. Como señala Witker y Varela (2003, p.34):

La privatización comprende un conjunto de decisiones que van más allá de la transferencia de la propiedad o del control de actividades públicas al sector privado de la economía, y que incluye la desregularización o eliminación de las trabas legales que impiden la entrada en el mercado de nuevas empresas, la no discriminación y la supresión de mercados protegidos.

Siendo la privatización una herramienta que impulsa la economía y el desarrollo de una empresa pública, sigue presentándose una problemática en torno a este tipo de operación, toda vez que el Estado como administrador está en el deber de proporcionar a sus administrados los bienes y servicios de primera necesidad, sin que estos impliquen un costo exagerado o adicional para quienes necesitan de ellos. Este es tal vez el cuestionamiento de mayor incidencia que se le hace a la privatización de las empresas públicas, pues con la transferencia de estas a manos privadas, los precios pueden llegar a ser tan exorbitantes que aun conservando su calidad de urgencia y necesidad, sean inalcanzables para algunos debido a sus altos precios.

ANÁLISIS DE LA CONDUCTA DEL FUNCIONARIO A LA LUZ DEL DELITO DE PÁNICO ECONÓMICO

Corolario de lo anterior, es posible efectuar el análisis que desde un inicio se ha planteado en este texto y el cual tiene por fin solucionar el cuestionamiento frente a la configuración del pánico económico al margen de la privatización de las empresas públicas.

Para esto es necesario estudiar en primer lugar el tipo penal citado y cómo estas actuaciones logran adecuarse en el mismo; con tal fin, se hará un recorrido por cada uno de los elementos tanto objetivos como subjetivos del delito, enunciando una salvedad respecto de uno de los elementos subjetivos.

Lo primero que puede señalarse del delito de pánico económico es porqué toma su nombre. Para Cabanellas (1983, p. 66):

En el terreno de los negocios y de la banca, por pánicos se conocen las reacciones que por falsos rumores o por excesivos recelos se producen en los establecimientos de crédito, cuando la clientela, perdida la confianza en los mismo y temiendo por sus depósitos y cuentas, se vuelva apresurada y exigente para retirar esos valores, creando a veces el auténtico desequilibrio al no bastar las reservas ordinarias para satisfacer a los sobresaltados depositantes

El delito de pánico económico se encuentra previsto en el ordenamiento penal colombiano en el artículo 302 de la Ley 599 de 2000, el cual reza:

Artículo 302. Pánico económico. El que divulgue al público o reproduzca en un medio o en un sistema de comunicación público información falsa o inexacta que pueda afectar la confianza de los clientes, usuarios, inversionistas o accionistas de una institución vigilada o controlada por la Superintendencia Bancaria o por la Superintendencia de Valores o en un Fondo de Valores, o cualquier otro esquema de inversión colectiva legalmente constituido incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En las mismas penas incurrirá el que utilice iguales medios con el fin de provocar o estimular el retiro del país de capitales nacionales o extranjeros o la desvinculación colectiva de personal que labore en empresa industrial, agropecuaria o de servicios.

La pena se aumentará hasta en la mitad, si como consecuencia de las conductas anteriores se produjere alguno de los resultados previstos.

Tal y como puede evidenciarse, del texto normativo se desprenden varios ingredientes que la dogmática ha enmarcado como elementos de la tipicidad; es así como dentro de la norma, se hace referencia tanto a los sujetos como a los objetos y por supuesto a la conducta; aunado a ello, se hace imperativo dilucidar de qué forma cada uno de estos logra enmarcarse en el escenario que ha sido previsto como objeto de estudio, es decir, dentro de la privatización de las empresas privadas como origen del delito de pánico económico. Veamos:

SUJETOS

Sujeto Activo

Al momento de redactar el tipo penal, el legislador fue amplio en estimar que aquel que podía incurrir en esta conducta delictiva, fuese cualquier individuo sin ningún tipo de calificación o de condición.

Al respecto Roxin (2008, p. 304) ha expresado que:

Al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado. Así p.ej., en el 303, un tipo estructurado de modo especialmente sencillo (“el que... dañe o destruya una cosa ajena”), el vocablo “el que” caracteriza al sujeto activo, (...). Según que cualquiera pueda ser autor de un delito (como ocurre en los tipos que comienza con “el que”) o que la autoría esté limitada a determinadas grupos de personas.

En este sentido es claro que sin importar su calidad, cualquier sujeto puede incurrir en esta conducta. Pese a que en principio podría pensarse que la conducta ejecutada por el funcionario público generaría una connotación mucho mayor, la norma no prevé consecuencia alguna distinta a la ya enunciada cuando sea cometida por individuos con tales calidades.

Sujeto Pasivo

El concepto de sujeto pasivo, según Velásquez (2007, pp. 270-271) es “el titular del bien jurídico protegido en cada caso concreto y que puede resultar o no perjudicado con la conducta del sujeto activo”.

Se ha dicho que para los casos en que se desarrollen los tipos penales consagrados en el Título X del Código Penal colombiano, se está atentando directamente contra el Estado, será este entonces el que asuma el rol de sujeto pasivo dentro de la conducta de pánico económico.

En palabras de Hernández (2001, pp. 148-149):

El sujeto pasivo de ésta, como de las demás conductas incluidas en el título X, del Código Penal, ‘Delitos contra el orden económico y social’, lo constituye el Estado, a cargo de quien se encuentra la dirección general de la economía y la obligación de preservar el orden económico y social, como lo precisa el artículo 334 de la Constitución Política. Con todo, es aceptado que nos encontramos frente a tipos penales pluriofensivos, esto es, que atentan contra varios intereses jurídicos tutelados, lesionándose simultáneamente diversos sujetos pasivos que mantienen todos la posibilidad de intentar la indemnización de los perjuicios que se les ha irrogado con el punible, a través de la constitución de la parte civil, como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia en fallo del 28 de agosto de 1989, con ponencia del magistrado Édgar Saavedra Rojas.

Al respecto es importante resaltar que, en el caso de la privatización de empresas públicas, tal y como se mencionó anteriormente, se crea una sensación de miedo en los accionistas, inversionistas, usuarios o clientes, quienes ante el riesgo de poseer una parte de una empresa “monopolizada” retirarán sus partes dentro de la empresa, generándole al Estado un grave daño.

OBJETOS

Objeto Jurídico

Al constatar la ubicación del tipo en el Código Penal, es posible ver que este se encuentra en el Título X el cual busca tutelar el Orden Económico y Social, por tanto, será este el bien jurídico protegido por el legislador a través de este delito.

Martínez-Buján Pérez, traído a colación por Castro & Ramírez (2010, p. 91) señalan con respecto a este bien jurídico que “el orden socio económico es el bien jurídico mediato tutelado a través de los delitos económicos en sentido estricto, es decir, su ratio legis, pero que el bien jurídico inmediato debe ser analizado según la categoría delictiva concreta”

En cuanto a las consideraciones de este bien jurídico, puede entenderse tanto en sentido estricto como en sentido amplio. Bernate (2006, p. 21) recogiendo lo expresado por Bajo Fernández explica:

En sentido estricto, el derecho penal económico se ocupa de proteger la intervención del Estado en la Economía. Una vez se adopta por parte de un Estado el modelo económico a aplicar, pudiendo ir desde un modelo intervencionista hasta un modelo liberal, el Derecho Penal Económico -en este primer sentido- será el encargado de sancionar las conductas que atenten contra esa intervención del Estado en la economía.

En sentido amplio: En virtud de este concepto, el orden económico protegido por las normas penales ya no es solamente el modelo económico configurado por la Constitución, sino que el radio de custodia tutelado por el derecho criminal abarca todos los fenómenos de producción, distribución, oferta y demanda de bienes y servicios, siempre y cuando haya una afectación patrimonial.

Objeto Material

En primer lugar debe reseñarse qué es el objeto material de un delito. En este punto Berdugo Gómez de la Torre, et al. (2010, p. 2010) han señalado que:

El objeto material sobre el que recae físicamente la acción típica es el objeto del delito. No hay que confundir, por tanto, lo que es el objeto de la acción con el objeto jurídico del delito. En el delito de hurto el objeto jurídico es la propiedad, mientras que el objeto material de la acción es el bien mueble -la billetera, el dinero- apropiado contra la voluntad de su dueño por el sujeto activo.

Tal y como se desprende del tipo penal, el objeto material que se ve afectado con la conducta delictiva es, según Hernández (2013, p. 193):

La confianza de los clientes, usuarios, inversionistas o accionistas de las empresas vigiladas o controladas por la Superintendencia bancaria o por la Superintendencia de Valores, (Fusionadas hoy en la Superintendencia Financiera de Colombia, Decreto 4327 de 2005) o por los Fondos de Valores o por cualquiera otro esquema de inversión legalmente constituida, al igual que los capitales nacionales y extranjeros y los empleados de las empresas industriales y agropecuarias

Sin duda la privatización de las empresas públicas, por las razones anteriormente expuestas, genera desconfianza en sus usuarios, clientes, trabajadores, inversionistas y accionistas.

CONDUCTA

El delito de pánico económico prevé varias conductas a través de las cuales puede materializarse; en este orden de ideas, estaremos ante esta conducta reprochable cuando se divulgue al público, se reproduzca información falsa o inexacta o cuando se utilice esta para generar desconfianza en los clientes, usuarios, inversionistas o accionistas de una entidad vigilado o controlada por la Superintendencia Financiera o cualquier otro esquema de inversión.

Al respecto Abushihab y Ballesteros, en el libro Coordinado por Castro (2011, p. 111) afirmaron:

De acuerdo a lo anterior, este primer verbo rector o conducta, supone la acción de *divulgar* acompañada reiteramos del vocablo *públicamente*, luego debe entonces contarse con un grado de popularización o generalización de la información. Por otro lado y como un segundo verbo o actividad, consagra el tipo penal la acción *reproducir*, acompañada del contexto gramatical *en un medio o en un sistema de comunicación público*, obsérvese como nue-

vamente se refiere el tipo penal a una comunicación al público, es decir con efectos en la comunidad o miembros de la sociedad, luego tal información debe ser siempre encaminada o dirigida a tocar o alcanzar un número plural de personas

En el mismo sentido se sancionará a quien utilizando la misma estrategia, busque el retiro de capitales nacionales o extranjeros del país o la desvinculación en masa de personal que haga parte de una empresa industrial, agropecuaria o de servicios. En este aspecto señalan los mismos autores (Abushihab y Ballesteros) que:

También protege este tipo penal a los sujetos atrás mencionados que hagan parte de un *fondo de valores o cualquier otro esquema de inversión colectiva legalmente constituido*. En este sentido es preciso mencionar que el Decreto 2175 de 2007, unificó o incluyó mejor, en lo que se denomina *cartera colectiva*, tanto los fondos de valores como los esquemas de inversión colectiva. Pune igualmente el tipo de pánico económico, *el que utilice iguales medios con el fin de provocar o estimular el retiro del país de capitales nacionales o extranjeros o la desvinculación colectiva de personal que labore en empresa industrial, agropecuaria o de servicios*. En este aparte del tipo penal nuevamente nos encontramos ante un elemento subjetivo inmerso en la conducta, consistente en ese fin o intención adicional a la mera actuación descrita en el tipo penal, es decir, que mediante la divulgación o reproducción pública de información falsa o inexacta pretenda conseguirse el retiro del país de capitales nacionales o extranjeros o la desvinculación colectiva de personal que labore en empresa industrial, agropecuaria o de servicios. Este dolo especial, en nuestro sentir se justifica por la protección que para el orden y torrente económico posee la inversión en el país, trátase de capitales extranjeros o nacionales, y en el segundo supuesto por cuanto el talento humano y la mano de obra es indispensable en las compañías o empresas de los sectores que se encuentran protegidos por el tipo penal de pánico económico, máxime si se tiene en cuenta que los sectores empresariales que protege el tipo penal, concretamente en la conservación de quienes son el motor de las mismas (mano de obra), resulta de especial interés para el sistema económico nacional (2011, p. 114).

Ahora bien, es importante resaltar lo expresado por Hernández (2013, p. 190) quien señala que:

Conforme a la descripción utilizada, se trata de un tipo penal de peligro abstracto en el que el legislador no espera que el resultado dañino se produzca, sino que en razón a la gravedad del comportamiento anticipa la punibilidad,

técnica legislativa que se ha venido usando recurrentemente en los delitos contra el orden económico social. Como lo señalan algunos autores, se trata del castigo de tentativas o de perjuicios potenciales, todo ello con el propósito de evitar en lo posible estos odiosos comportamientos que quebrantan la confianza de la comunidad y que generan en la misma perjuicios de incalculables consecuencias.

También señala el mismo autor que:

Para que el tipo penal se concrete, es necesario que la divulgación o la reproducción de la información, que de suyo debe ser falsa o inexacta, se efectúe utilizando un medio o sistema de comunicación de carácter público, por ejemplo un periódico, un noticiero radial o de televisión y, desde luego el internet, al cual tiene acceso cualquier ciudadano (Hernández, 2013, p. 190).

Desde un enfoque de la privatización de la empresa pública, es claro que cualquier reproducción, noticia o información falsa o no verídica por parte de un individuo, puede configurar cualquiera de los dos escenarios planteados, pues logra encuadrarse en ese sentimiento de horror ante una condición que puede cambiar por completo la estructura y funcionamiento de la empresa.

Una empresa pública, la cual cuenta con un capital mixto (en la mayoría de los casos), tiene una solidez privilegiada, pues desde la perspectiva de un Estado Social de Derecho, este deberá propender por mantener en pie este tipo de instituciones, de tal forma que logre proveer a sus asociados los mínimos vitales necesarios, a través de una herramienta idónea para seguir interviniendo en la economía de una manera controlada.

La desvinculación tanto de accionistas, inversionistas, usuarios, clientes, como de los mismos trabajadores o del capital aportado a este tipo de empresas, puede representar la quiebra inmediata o por lo menos un riesgo muy grave.

ELEMENTOS NORMATIVOS

Son muchos los elementos normativos que prevé este tipo penal, sin embargo no todos son de relevancia para el objeto de estudio, razón por la cual, se hará alusión a algunos de ellos.

En primer lugar, es necesario hacer referencia al concepto de *acción*. Según la Gran Enciclopedia de la Economía, esta figura se define de la siguiente manera:

Valor mobiliario que representa cada una de las partes alícuotas en que se divide el capital de una sociedad anónima o en comandita por acciones. Podrán estar representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta y, en cualquier caso, podrán ser nominativas o al portador, pero revestirán necesariamente la forma nominativa mientras no haya sido enteramente desembolsado su importe, cuando su transmisibilidad esté sujeta a restricciones, cuando lleven aparejadas prestaciones accesorias o cuando así lo exijan disposiciones especiales.

Sin lugar a dudas este es uno de los elementos de mayor importancia a la luz de la privatización de la empresas públicas, pues esta transacción (en su mayoría) se efectúa a través de la compra y venta de acciones; pero además, tratándose de empresas de servicios públicos, el valor de las acciones está sujeto a la estabilidad que pueda ofrecer la misma. En este sentido, ante el surgimiento de información falsa, incorrecta o no corroborada, puede ocasionarse -como es este caso- el desplome del valor de estas cuotas ante el intempestivo interés de los socios en desvincularse de la empresa.

Aunque no fue previsto en el artículo 302 de la Ley 599 de 2000 como uno de los elementos normativos, es necesario estudiar el concepto de *empresa pública*, teniendo en cuenta el objeto de estudio; en este sentido, en palabras de la doctora María Amparo Salvador Armendáriz, se entiende por empresa pública:

Así, existirá una empresa allí donde exista una organización dotada de recursos -capital y trabajo- que produzca y/o distribuya bienes y/o servicios de carácter eminentemente económico. (...)

Por lo que se refiere a las empresas públicas con forma de sociedad mercantil, el ordenamiento público (en concreto el TRLGP) ha venido haciendo referencia al porcentaje de participación pública en el capital social (más de 51 por ciento) como criterio determinante de la aplicación del régimen jurídico presupuestario al que quedan sometidas dichas sociedades mercantiles (2000, p. 118).

De igual forma, es necesario hacer referencia a la normatividad colombiana, puntualmente al Código de Comercio, como marco de regulación de las empresas y de la participación del capital del Estado en las sociedades. Veamos:

Frente al concepto de empresa, el legislador dispuso:

ARTÍCULO 25. EMPRESA–CONCEPTO. Se entenderá por empresa toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios. Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.

En el mismo sentido, el Título VII de este mismo Código se ocupa de definir el concepto de aportes Estatales o de capital público, el cual reviste gran importancia dentro de la problemática analizada, es así como se indica:

ARTÍCULO 467. APORTE ESTATAL Y APORTE DE CAPITAL PÚBLICO-DEFINICIÓN. Para los efectos del presente Título, se entienden por aportes estatales los que hacen la Nación o las entidades territoriales o los organismos descentralizados de las mismas personas. Cuando el aporte lo haga una sociedad de economía mixta, se entiende que hay aporte de capital público en el mismo porcentaje o proporción en que la sociedad aportante tiene, a su vez, capital público o estatal dentro de su capital social.

Un ingrediente normativo adicional es aquel que condiciona la calidad que deben tener las empresas previstas en este tipo penal. Al tenor de lo descrito en el texto normativo, las empresas o industrias que se pueden ver afectadas con el delito de pánico económico, deben estar vigiladas o controladas por la Superintendencia Financiera; en este sentido, es necesario establecer que:

La Superintendencia Financiera de Colombia (SFC) tiene como misión preservar la confianza pública de los ciudadanos y la estabilidad del sistema financiero, mantener la integridad, eficiencia y transparencia del mercado de valores y demás activos financieros, de igual manera, **velar por el respeto de los consumidores financieros**. Así, ejerce la inspección, vigilancia y control de quienes realizan la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo o inversión de recursos recibidos (captados) del público.

Habiendo culminado con el análisis de los elementos objetivos del tipo, es imperativo hacer alusión a los elementos subjetivos en donde se evidenciará una problemática mayor, en especial en lo que atañe al caso estudiado, pues fue esta quizá, la razón por la cual no obtuvo el eco jurídico esperado.

Al hacer el análisis de los elementos subjetivos, se debe determinar si la conducta en cuestión está llamada a configurarse mediante una modalidad dolosa, culposa o preterintencional de conformidad con los artículos 22 y 23 del estatuto penal.

Para el caso del delito de pánico económico, la doctrina ha sido unánime en enunciar que la conducta debe ser cometida con dolo, es decir, el agente debe conocer y querer el resultado que no es otro que el de divulgar o reproducir información falsa o inexacta, generando desconfianza en los usuarios, clientes, inversionistas o accionistas de las empresas ya estudiadas. En otras palabras, el sujeto activo de esta conducta debe tener la intención de alterar la confianza de quienes hacen parte de estos modelos de inversión a través de la reproducción de información que no responde a la realidad.

En el momento en el que un agente divulga o reproduce información sobre la privatización de una empresa privada, sin duda alguna cuenta con un propósito particular: generar la desconfianza por parte de los inversionistas, accionistas o trabajadores de las empresas públicas para que estos posteriormente tomen decisiones que llegan a desestabilizar la estructura de la misma.

Un comunicado que indique este tipo de transición puede producir la renuncia masiva de los trabajadores de la empresa; esto, teniendo en cuenta que los privilegios otorgados a los empleados de las empresas públicas son eventualmente mucho más beneficiosos que los entregados por particulares.

Frente a los inversionistas, accionistas, usuarios y clientes de estas empresas, son muchas las consecuencias que se desprenden de la privatización de las empresas públicas.

Lo anterior evidencia el grave riesgo para aquellos que económicamente cuentan con una parte en este tipo de empresas y por tanto el peligro generado a través de comunicados, información o pronunciamientos falsos o inexactos respecto de la privatización de las empresas públicas, concluyendo entonces, que las afirmaciones emitidas en torno a la privatización de empresas públicas, en especial de empresas prestadoras de servicios públicos, configura el delito de pánico económico, pues enmarca cada uno de los elementos objetivos y subjetivos previstos en el texto normativo.

No obstante, surge una problemática adicional, ¿si en efecto el divulgar o emitir información falsa o inexacta respecto de la privatización de empresas privadas configura el delito de pánico económico, por qué podría absolverse penalmente al funcionario?

La respuesta a este cuestionamiento lleva a plantear una posible variación de los elementos que configuran la conducta reprochable, en especial frente al elemento subjetivo, es decir, respecto del dolo.

Pues bien, pese a que nunca pueda corroborarse la ocurrencia de la privatización o de las comunicaciones por las cuales se va a intervenir la empresa estatal, dentro de los presupuestos previstos en el artículo 302 del Código Penal se encuentra el elemento subjetivo estudiado con anterioridad, el dolo. Esto lleva a sugerir que la conducta al no tener la intencionalidad de causar el pánico económico sería desplegada bajo la

modalidad culposa, lo que abriría la puerta a considerar la configuración de este delito bajo esta modalidad que hoy por hoy no tiene previsión en el ordenamiento jurídico colombiano.

En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, en sentencia 32174 del 2 de septiembre de 2009, con ponencia del doctor Yesid Ramírez Bastidas, advirtió:

Se ha tenido la teoría de la imputación objetiva del resultado como el instrumento teórico idóneo para explicar la relación que debe mediar entre la acción y el resultado, entre otros, en los delitos culposos. Reemplaza una relación de causalidad sobre bases exclusivamente naturales, introduciendo consideraciones jurídicas, siguiendo las pautas marcadas por la teoría de la relevancia. En este marco, la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente, para la atribución del resultado. Conforme a estos postulados, comprobada la necesaria causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar si la acción del autor ha creado o incrementado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado y si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro -jurídicamente desaprobado- creado por la acción. (Énfasis suplido).

CONCLUSIONES

Finalmente, es importante sintetizar una serie de conclusiones que se pueden desprender de este estudio: en primer lugar, hay que resaltar que es posible la configuración del delito de pánico económico a la luz de la privatización de las empresas públicas, lo anterior teniendo en cuenta que esta transición, tal y como se enunció a lo largo de este trabajo, representa un grave deterioro en la confianza tanto de los usuarios, clientes, inversionistas y accionantes, como en los trabajadores que hacen parte de cada una de ellas, lo que sin duda puede generar el retiro masivo de unos y otros.

En segundo lugar, es necesario mencionar que a pesar de tener declaraciones de un servidor público que puedan desencadenar un pánico económico, si no hay forma de determinar el dolo de su actuar llevaría a que se afirme que su modalidad sea culposa y por ende quede impune,

pues pese a que este pudo prever las consecuencias de sus afirmaciones, decidió emitirlas, creando un riesgo jurídicamente desaprobado, que como quedó evidenciado, generó consecuencias nefastas para la ciudad. Ahora bien, es preciso señalar que el tipo penal no contempla su comisión bajo la modalidad culposa por lo cual, a la luz del derecho penal vigente, la conducta es atípica.

Pánico económico también podría conllevar el anuncio de volver pública una empresa de aportes privados, esto es, expropiar, extinguir el dominio o transferir recursos privados en públicos bajo cualquier tipo de justificación (ya sea políticos o sociales). Ahora bien, si no existe el elemento subjetivo doloso del delito bajo estudio tampoco podría imputarse el tipo penal en cuestión.

Por último, debe señalarse que el tipo penal de pánico económico busca proteger de manera efectiva y anticipada el bien jurídico del orden económico y social, previendo daños que podrían afectar a todos los ciudadanos y buscando retrotraer las barreras de protección jurídicas hasta un lugar razonable de punición. Ahora bien, siendo un delito de peligro, requiere una efectiva demostración del dolo del agente, ya que su inexistencia genera la atipicidad del actuar del funcionario en los eventos de la privatización o cualquier otra injerencia del estado en la economía local, nacional e internacional.

REFERENCIAS

Berdugo Gómez de la Torre, I., y otros (2004). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: Ediciones Experiencia.

Bernate Ochoa, F. (2006). *Estudios de Derecho Penal Económico*. Bogotá: Editorial Ibañez.

Cabanellas, G. (1989) *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta.

- Castro Cuenca, C. G. (2011). *Manual de Derecho Penal Parte Especial. Universidad del Rosario*. Bogotá: Editorial Temis.
- Castro Cuenca, C. G., & Ramírez Barbosa, P. A. (2010). *Derecho Penal Económico, Parte General*. Bogotá: Editorial Ibañez.
- Círculo de Lectores. (1993). *Gran Enciclopedia Ilustrada Círculo*. Bogotá D.C.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia No. 32174 de 2009. (M. P. Yesid Ramírez Bastidas: septiembre 2 de 2009).
- Cuervo, A. (1997). *La privatización de la empresa pública*. Primera edición. Madrid, España: Ediciones Encuentro.
- Decreto 4327 de 2005 [Ministerio de Hacienda y Crédito Público]. Por el cual se fusiona la Superintendencia Bancaria de Colombia en la Superintendencia de Valores y se modifica su estructura.
- Gran Enciclopedia de Economía. Recuperada de <http://www.economia48.com/spa/d/accion/accion.htm>.
- Hernández Quintero, H. (1996). *El Delito de Pánico Económico*. Bogotá D.C.: Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Hernández Quintero, H. (2001). *El Delito de Pánico Económico en el nuevo Código Penal*. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 22(73), 135-165
- Hernández Quintero, H. (2013). *Los Delitos Económicos en la Actividad Financiera*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.
- Luzón Peña, D. M. (2012). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Madrid : Tirant Lo Blanch.

Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición.

Roxin, C. (2008). *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito*. Madrid: Editorial Civitas y Thomson Reuters.

Salvador Armendáriz, M A. (2000). *Banca Pública y Mercado. Implicaciones jurídico-públicas de la paridad de trato*. Madrid: Ed. Ministerio de Administraciones Públicas.

Superintendencia Financiera. (2016). Recuperado de

<https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?IServicio=Publicaciones&ITipo=publicaciones&IFuncion=loadContenidoPublicacion&id=11291>

Velásquez, F. (2007). *Manual de Derecho Penal parte General*. Medellín: Librería Jurídica Comlibros.

Witker, J y Varela, A. (2003) *Derecho de la Competencia Económica en México*: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: EFICACIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN SANTA ROSA DE CABAL, RISARALDA (2010 – 2011)¹

THE RIGHTS OF THE PERSONS WITH DISABILITY: EFFECTIVENESS OF THE ACTION OF GUARDIANSHIP IN SANTA ROSA DE CABAL, RISARALDA (2010 –2011)

*Alexander Antonio Rodríguez Valencia**

Recibido: abril 12 de 2016 - **Aprobado:** mayo 12 de 2016

Forma de citar este artículo en APA:

Rodríguez Valencia, A. A. (enero-junio, 2016). Los derechos de las personas con discapacidad: eficacia de la acción de tutela en Santa Rosa de Cabal, Risaralda (2010 – 2011). *Summa Iuris*, 4(1), 111-126.

Resumen

En Colombia, la acción de tutela es el mecanismo de protección para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad en temas como salud, trabajo y educación, con el propósito de avanzar hacia una igualdad real y efectiva, además de lograr su inclusión en una sociedad generalmente excluyente. Sin embargo, en la práctica jurídica, la eficacia de esta herramienta constitucional aún presenta algunos obstáculos.

Al respecto, el objetivo del artículo está enfocado en dos (2) sentidos: primero, resaltar la importancia de la acción de tutela en el Estado constitucional contemporáneo; y segundo, determinar su eficacia en la realidad social, específicamente de las personas con discapacidad en el municipio de Santa Rosa de Cabal (Risaralda). La metodología es deductiva, siguiendo patrones descriptivos y analíticos.

¹ Artículo académico originado en el trabajo de investigación titulado “Estudio y Análisis Jurídico de las Acciones de Tutela para proteger los derechos de las Personas con Discapacidad en Santa Rosa de Cabal durante los años 2010-2011”, como requisito de grado para obtener el título de Abogado.

* Abogado, Universidad Libre de Pereira. Candidato a Magister en Derecho Público, Universidad de Caldas. Especialista en Pedagogía para la Docencia Universitaria, Fundación Universitaria del Área Andina. Especialista en Investigación Criminal, Dirección Nacional de Escuelas de la Policía Nacional. Integrante de la Línea de Investigación en Justicia Constitucional y Contencioso Administrativa de la Maestría en Derecho Público. Desde hace catorce (14) años labora en la Dirección de Inteligencia de la Policía Nacional de Colombia, actualmente en la Regional de Inteligencia Policial No. 3 – Eje Cafetero, con sede en la ciudad de Pereira (Risaralda). Correo electrónico: alexander.rodriguez1982@hotmail.com

Palabras clave: Acción de Tutela, Eficacia, Igualdad, Inclusión, Personas con Discapacidad.

Abstract

In Colombia, the action of guardianship is the protection mechanism for the defense of the rights of the persons with disability in topics as health, work and education, with the intention of advancing towards a real and effective equality, besides achieving their inclusion in a generally exclusive society. However, in the juridical practice, the effectiveness of this constitutional tool even presents some obstacles.

In this regard, the objective of the article is focused in two (2) ways: first, to highlight the importance of the action of guardianship in the contemporary Constitutional State; and second, to determine its effectiveness in the social reality, specifically of the persons with disability in the municipality of Santa Rosa de Cabal (Risaralda). The methodology is deductive, following descriptive and analytical bosses.

Keywords: Action of Guardianship – Effectiveness – Equality – Inclusion – Persons with Disability.

INTRODUCCIÓN

Los derechos de las personas con discapacidad es un tema que ha ganado espacio en el escenario de la comunidad internacional, a partir de la promulgación de instrumentos vinculantes para la defensa de sus derechos y libertades fundamentales que, si bien han sido reconocidos en la mayoría de las Constituciones de los Estados democráticos, éstos no han sido del todo efectivos, especialmente en igualdad material.

El principal obstáculo que deben sopesar las personas con discapacidad, respecto a la efectividad de sus derechos y libertades fundamentales, está asociado a un asunto de inclusión social, es decir, a una cultura que es incapaz de aceptar la diferencia. A esto se suman las dificultades para su exigibilidad en la justicia constitucional, situación que pone en entredicho la eficacia de mecanismos de protección como la acción de tutela. En este sentido, el objetivo de este artículo tiene dos (2) enfoques: el primero, resaltar la importancia de la acción de tutela en el Estado constitucional contemporáneo y para ello es necesario efectuar un recorrido teórico por el fenómeno de Constitucionalización del Derecho, que impactó en los sistemas jurídicos de tendencia democrática; y luego el tema de derechos fundamentales, ahora con especial protagonismo en la vida social.

El segundo, determinar la eficacia de la acción de tutela y para ello es esencial adelantar una aproximación al concepto de discapacidad y después al de la acción de tutela para finalmente realizar un análisis sobre la eficacia de este mecanismo de protección constitucional en la realidad de las personas con discapacidad en el municipio de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), específicamente, de los niños.

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

En los últimos lustros, la dinámica mundial respecto a la protección de derechos humanos fundamentales ha incidido especialmente sobre los ordenamientos jurídicos de carácter democrático, a partir del auge de la denominada *Constitucionalización del Derecho*, fenómeno que comprende “un proceso al término del cual el Derecho es impregnado, saturado o embebido por la Constitución” (Comanducci, 2003, p. 83).

En el ámbito colombiano, tal como lo sostiene Monroy (2012), “no puede afirmarse que se trate de un hecho reciente, sino por el contrario, podemos rastrear el origen de este fenómeno en Colombia, incluso desde la reforma de la Constitución de 1910” (p. 108), el cual se inició con la tendencia de consagrar expresamente en el texto constitucional la supremacía de sus normas sobre las de orden legal.

Para Rivera (2010) –refiriéndose a la fuerza normativa de la Constitución–, ésta “ha evolucionado de una forma sorprendente; ha pasado de ser orgánica y total en la regulación estatal para situarse en el centro del debate político y ser dadora de derechos” (p. 224), y esa es la razón por la que hoy se habla de *Estado Constitucional y Democrático de Derecho* para significar la evolución de los derechos en lo normativo. En otras palabras, la *primacía constitucional* del texto fundamental se sustenta en la prevalencia de las disposiciones constitucionales frente a situaciones hipotéticas de incompatibilidad entre estas y la ley o cualquier otra norma jurídica. Para alcanzar este propósito, se crea un sistema de control de constitucionalidad, a cargo de la Corte Constitucional, que se convertirá en la principal protagonista de este fenómeno.

En el escenario práctico de los derechos de las personas con discapacidad, este enfoque de *Constitucionalización del Derecho* implicó una transformación en la forma de interpretar las normas de derecho interno o supra legales respecto a esta población, y en esa medida el reconocimiento de sus derechos se sustenta en la prevalencia de las disposiciones constitucionales sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico.

DERECHOS FUNDAMENTALES

Bajo este escenario interpretativo, que además sirvió de base para el fortalecimiento del *Estado Constitucional y Democrático de Derecho*, los derechos fundamentales – hasta entonces un catálogo taxativo de derechos, sin ninguna exigibilidad y cuya materialización dependía de la voluntad política de los gobiernos de turno – extienden su obligatoriedad a las autoridades y los particulares con funciones públicas.

Sin embargo, en un contexto de justicia rogada como Colombia, no es posible concebir un ambiente de materialización de derechos humanos fundamentales, sin que en el orden jurídico constitucional existan mecanismos internos de protección, pues basta con imaginar tal escenario, donde las vulneraciones son palmarias, recurrentes y, algunas veces, sistemáticas, para descartar de plano la existencia misma del Estado.

Además, cabe indagarse ¿qué son las normas de derecho fundamental? y ¿cuáles normas de un determinado orden jurídico o una determinada Constitución son normas de derecho fundamental? Para Alexy (2007) “las normas de derecho fundamental son aquellas que se expresan mediante disposiciones iusfundamentales, y (...) son exclusivamente los enunciados contenidos en el texto de la Ley Fundamental” (p. 45). Como son un catálogo especial de derechos, esa connotación también alberga unos derechos de protección. Para Alexy (2007), “habrán de entenderse aquí los derechos del titular de derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros” (p. 398). Ese deber, que está en cabeza del Estado, comprende la protección con normas de derecho penal, civil, procesal y administrativo.

Lo común de esta gran variedad de formas posibles, según Alexy (2007), es que:

Los derechos de protección son derechos subjetivos constitucionales frente al Estado para que éste realice acciones positivas fácticas o normativas que tienen como objeto la delimitación de las esferas de sujetos jurídicos de igual jerarquía, así como la exigibilidad judicial (p. 399).

Tareas que son del orden jurídico del Estado de Derecho.

APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

Superada esta primera distinción teórica sobre normas de derecho fundamental –sin que esto implique un estudio en profundidad– es pertinente realizar una aproximación al concepto de discapacidad y segui-

damente abarcar el tema de la acción de tutela, y después verificar en la realidad social la eficacia de este mecanismo constitucional para proteger los derechos de las personas con discapacidad en Santa Rosa de Cabal.

Siguiendo esta vía, si bien la discapacidad es un tema relativamente nuevo –que data desde finales del siglo pasado– es todavía incomprendido. Para Barboza (2014), “hablar de discapacidad implica precisar el significado del término para evitar que en el contexto social se siga asociando con ‘incapacidad’” (p. 5), generando que los Estados y los particulares cometan graves violaciones a los derechos de esta población.

Según la Organización Mundial de la Salud (2001), la discapacidad es un término genérico que comprende déficit en las funciones corporales, al igual que limitación en la actividad o restricción en la participación, pero todo esto sólo es consecuencia de la interacción de estas condiciones particulares del individuo con los factores familiares, sociales y laborales que lo rodean, es decir, se trata de un problema de inclusión social.

Así mismo, el trato que han recibido las personas con discapacidad, a través de la historia, ha tenido distintas concepciones, resumidas en tres (3) modelos que coexisten en la sociedad y afectan directamente la forma de asumir la discapacidad. Para Palacios (2008), estas formas de ver la discapacidad se sintetizan en tres (3) modelos: asistencialista o de prescindencia, médico-rehabilitador y social.

En el modelo asistencialista, la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la sociedad, es improductiva y es una carga para sus familiares cercanos y la comunidad. En el modelo médico-rehabilitador, la diversidad funcional es enfermedad, es decir, la persona con discapacidad es una enferma y su aporte a la sociedad estará condicionado por sus posibilidades de cura, rehabilitación o normalización.

En el modelo social, por el contrario, se otorga un nuevo enfoque al concepto de discapacidad, esta vez como el resultado de la interacción entre la diversidad funcional de una persona y las barreras de su entorno,

es decir, no está centrado en la discapacidad, sino en la concepción social de la misma. En otros términos, la discapacidad es la incapacidad de algunas personas para aceptar la diferencia.

Lo anterior guarda coherencia con Shakespeare (2013), al indicar que “bajo este modelo, la discapacidad es una construcción social relacionada con la opresión social, el discurso cultural y las barreras en la sociedad”, lo cual reafirma la tesis que la discapacidad no es enfermedad, ni mucho menos es óbice para justificar la exclusión social que por años han padecido las personas con discapacidad en el mundo.

Igualmente, en la ruta por la reivindicación de sus derechos fundamentales, las personas con discapacidad han sido parte de la agenda prioritaria de los gobiernos y la comunidad internacional, asociados en la Organización de Naciones Unidas (ONU) y la Organización de Estados Americanos (OEA), a partir de procesos que han culminado en la promulgación de instrumentos vinculantes para los Estados Parte.

En este sentido, la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (2006) se erige como la norma más relevante en el contexto internacional para la protección de las personas con discapacidad con obligaciones explícitas para los gobiernos democráticos del mundo, abordando la discapacidad como un problema de inclusión social suscitado por barreras especialmente actitudinales.

El instrumento también consagra un conjunto de garantías mínimas que los Estados están en la obligación de adoptar en sus territorios. Al respecto, temas como salud, educación y trabajo, entre otros, hacen parte del texto que fue adoptado en Colombia con la Ley 1346 de 2009 y que, sin duda alguna, constituye un primer avance respecto a la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Es de resaltar que estos esfuerzos no han quedado exclusivamente en el papel o la voluntad política de los gobiernos de turno, pues además de los avances que trae la propia Constitución de 1991, también el legislador

ha dado un amplio reconocimiento a esta población con la promulgación de normas que pretenden un trato especial. En una visión más amplia, también ha cumplido un rol importantísimo la Corte Constitucional.

ACCIÓN DE TUTELA

En este punto convergen los temas sobre normas iusfundamentales y discapacidad con el mecanismo interno de protección invocado, esto es la acción de tutela, entendida como una herramienta de defensa judicial, establecida por la Constitución de 1991, principalmente para la defensa de los derechos fundamentales cuando éstos han sido vulnerados por las autoridades o los particulares en ejercicio de funciones públicas.

Sobre el particular, y con la finalidad de resaltar el alcance de este mecanismo en el ordenamiento constitucional colombiano, Hernández (1999) sostiene que:

La tutela ha cambiado la visión que del Derecho tienen no sólo los ciudadanos sino los abogados y los jueces mismos. En conjunto ha despertado una nueva sensibilidad no sólo por la problemática de los Derechos Humanos, sino por la Constitución misma, como conjunto de normas fundamentales de la vida social y como sustento de la organización colectiva. La Constitución, por la vía de la tutela, ha descendido al fervor ciudadano y se ha convertido en un elemento integrante de la cultura popular (p. 164)

En este proceso, según Carrillo y Patarroyo (2009), “la Corte Constitucional se percibe como una institución que media y traduce las exigencias de la sociedad civil frente al Estado” (p. 66), resultando importante la actitud del tribunal para acercarse o alejarse de las demandas de la comunidad, además de su consecuente impacto social con el nivel de activismo judicial con fallos eminentemente jurídico-políticos.

García y Uprimny (2004) describen el papel que ha ejercido la Corte Constitucional para la protección de los derechos fundamentales:

El tribunal ha sido vigoroso en su protección de los derechos de las personas y las minorías, así como su intención por controlar los abusos de las autoridades y de los poderosos. La labor de la Corte ha sido entonces no sólo enorme, por el número de sentencias y la variedad de temas que ha

abordado, sino que en cierta forma ha sorprendido a la sociedad colombiana por su orientación progresista. Esto explica que el tribunal haya ganado un cierto aprecio y prestigio en sectores y grupos sociales que son muy críticos frente a los otros aparatos del Estado, pero que ven en las decisiones de la Corte una de las pocas posibilidades reales de encontrar protección a sus derechos (p. 463).

Bajo esta dinámica, la Corte ha defendido los intereses de las minorías en Colombia, trazando una línea jurisprudencial que en muchos casos ha generado precedente constitucional obligatorio para las entidades del Estado, y por eso la acción de tutela es el mecanismo de protección por excelencia que acerca al ciudadano a la administración de justicia y provee en la reivindicación de sus derechos fundamentales.

Con este trabajo de revisión de tutelas, la Corte ha abordado, en profundidad, las situaciones que enfrentan las personas con discapacidad, asociadas a escenarios de discriminación que, si bien no está siempre acompañada de acciones hostiles, es producto de la ignorancia, de los prejuicios, de la simple negligencia, de lástima, vergüenza o de la incomodidad que genera el encuentro con personas diferentes.

En esa misma línea argumentativa, la Corte ha sostenido que históricamente:

Las personas con discapacidad han enfrentado distintas barreras que les han impedido el goce efectivo de sus derechos, que van desde barreras culturales que perpetúan los prejuicios, hasta barreras físicas y legales que limitan la movilidad, la interacción social y su efectiva participación. Tales barreras condenan a las personas con discapacidad a la vulneración de su dignidad y son en realidad el ingrediente principal para la perpetuación de los factores de discriminación que las condenan al paternalismo y la marginalidad (Corte Constitucional. Sentencia T-397 de 2004).

Lo anterior deja entrever que no se trata de un fenómeno nuevo, originado en un tema de inclusión, que enfrenta a las personas con discapacidad a barreras culturales, físicas y legales que restringen el goce efectivo de sus derechos fundamentales, específicamente su participación activa en los procesos de desarrollo social, lo cual va en detrimento de su dignidad humana y perpetúa los factores de discriminación.

En dicha providencia se anota, principalmente, que:

En la mayor parte de los casos, la base de estas reacciones hacia la persona con discapacidad la proporciona una determinada representación social y cultural sobre la «normalidad» corporal, mental y funcional, de la cual las personas con discapacidad se apartan en mayor o menor medida (...) También el ideal de normalidad predominante en nuestra sociedad tiene un componente central de carácter meramente estético, es decir, relacionado con la mayor o menor «apariencia de normalidad» que proyecte un individuo, la cual contribuirá en gran parte a la mayor o menor discriminación a la que dicho individuo estará sujeto (Corte Constitucional. Sentencia T-397 de 2004).

Esto reafirma, una vez más, que la discapacidad no es un tema relacionado con limitaciones o minusvalías, tal como se buscó visualizar en los modelos asistencialista y rehabilitador, sino que el fondo del asunto está ligado a un aspecto meramente cultural, es decir, a la forma de concebir lo que es “normal” en la persona, y en consecuencia, excluir todo aquello que no esté dentro de esos márgenes de normalidad.

EFICACIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN SANTA ROSA DE CABAL

Ahora bien, hasta aquí se ha efectuado un recorrido teórico sobre constitucionalización del derecho, derechos fundamentales, discapacidad y acción de tutela. No obstante, la producción de conocimiento es insuficiente si sólo se recurre a la consulta de algunas fuentes primarias o secundarias, sin contrastar tal información con la realidad social, que deber ser el fin último hacia el cual debe dirigirse el estudio del Derecho.

Al respecto, entre los años 2011 y 2012 se realizó un trabajo de investigación, dirigido por la Magíster Carolina Rodríguez Bejarano, docente e investigadora en Derechos Humanos de la Universidad Libre de Pereira, el cual tuvo como objetivo general “Analizar y estudiar las Acciones de Tutela presentadas a los Jueces de Santa Rosa de Cabal por personas con discapacidad durante los años 2010 – 2011”.

Aprobado el anteproyecto por el Centro de Investigaciones Sociojurídicas de ese claustro universitario y enfocar el trabajo de recolección de información hacia los niños en situación discapacidad, se encontraron algunos elementos que caracterizaron la redacción del informe de investigación y que cuestionaron la eficacia de la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales de esa población.

Desde esta óptica, y para brindar mejor organización al artículo, a continuación se presentarán tres (3) aspectos que se visualizaron en el trabajo de investigación:

1) Exigencia de formalismos meramente procesales: este fue un aspecto bastante notorio durante las labores de recolección de información efectuadas, con preeminencia de un caso especial donde, si bien el juez constitucional reconoce la patología gravísima que afecta al menor, niega las pretensiones porque la agente oficiosa del niño desconoce el tema que se debate en la acción de tutela.

Al respecto, indica textualmente la sentencia de tutela:

Se deduce del material probatorio que la patología que afecta al menor es de gran complejidad y de no atenderse con urgencia puede presentar hemorragias y otras enfermedades. En este caso, la agente oficiosa no ha presentado ninguna petición donde dice que tiene adscrito al menor, y la entidad accionada que él mismo no figura en ninguna de sus bases de datos y por tanto no ha negado ningún derecho al menor. El derecho se encuentra superado en razón al desconocimiento de la agente oficiosa sobre el tema que se debate en esta acción de tutela, la cual es considerada improcedente por carencia de objeto o sustracción de materia, es decir no existe una orden para impartir ni un perjuicio para evitar (Sentencia 029 de mayo 6 de 2011).

Lo reprochable de este caso no es que se hubiesen negado las pretensiones de la acción, sino que la persona afectada es un sujeto de especial protección y, en ese sentido, ha debido el juez ejercitar su poder oficioso para determinar la entidad responsable de brindar la atención en salud del niño, más cuando se trataba de una enfermedad catastrófica que demanda una atención prioritaria y especial.

2) Excesiva rigurosidad en la aplicación del principio de inmediatez: la Corte ha definido una línea argumentativa para que los jueces de instancia puedan negar las pretensiones de tutela por extemporaneidad, pues lo que se busca es que la acción se ejercite dentro de un plazo razonable, prudencial y oportuno. No obstante, condiciona tal efecto a las circunstancias particulares de la situación a definir.

El caso es que la madre de una niña instaura una acción de tutela porque entre la orden del médico que remite a su hija para valoración por neurología pediátrica y la asignación efectiva de su cita transcurre un poco más de seis (6) meses. Sin embargo, la progenitora provoca el mecanismo de amparo casi cinco (5) meses después, argumentando que su hija no puede esperar hasta esa fecha.

La decisión del juez –Sentencia 0481 de noviembre 11 de 2011– declara la improcedencia de la acción de tutela porque la agente oficiosa de la menor colocó la acción en forma extemporánea. Al respecto, podría fácilmente deducirse que hubo negligencia de la progenitora para incoar la acción faltando poco más de un mes para la cita. Sin embargo, tal juicio no consultó el interés superior del niño.

Y esto encuentra justificación, no en la simple valoración que realiza el juez constitucional sobre el hecho que la agente oficiosa considerara que su hija no puede esperar hasta esa fecha, sino porque debió evaluar la situación fáctica particular para encontrar que la niña, a raíz del vértigo que padece, ingresó varias veces a urgencias del hospital local, donde no podían tratar su enfermedad.

3) Interés de mercado de las entidades accionadas: en el 90% de las sentencias del periodo 2010-2011, el juez de instancia ordenó que la entidad accionada repitiera contra el FOSYGA, observando un interés de mercado, considerando que el actual Sistema General de Seguridad Social en Salud no está ponderando los derechos del paciente en relación con los deberes y obligaciones de las EPS.

Al respecto, se observó que los agentes oficiosos de los niños recurrían al juez constitucional por dos (2) motivos: el primero, porque las entidades accionadas negaban la prestación de servicios asistenciales no

incluidos en el POS; y el segundo, porque esas instituciones inducían a los usuarios para recurrir a la tutela y en su contestación solicitaban al juez el recobro del servicio al FOSYGA.

En otros eventos, el juez ordenaba a la Secretaría de Salud del Departamento de Risaralda el pago de los servicios no incluidos en el POS. En últimas, las EPS son el gran retroceso que tuvo la Ley 100 de 1991, una especie de intermediarios que sólo obtienen ganancias expresadas en billones de pesos, mientras la mayoría de los usuarios recurren a la tutela para que éstas continúen lucrándose.

Adicional a lo anterior, los trámites para el cumplimiento de las sentencias de tutela ubican a los usuarios del sistema de salud en una posición que afecta otros derechos fundamentales y, en el caso de los niños, acceder al tratamiento integral requiere muchas veces acudir nuevamente al juez constitucional para que aperture un proceso incidental de desacato que, en la práctica, es poco efectivo.

CONCLUSIONES

La Constitucionalización del Derecho marcó un giro sustancial para interpretar y aplicar el Derecho, pues el contenido de la ley pasa al plano subordinado de la Constitución. En otras palabras, ahora el sistema jurídico de los Estados democráticos está orientado por los principios y valores constitucionales y, por lo tanto, las demás normas del ordenamiento deben sujetarse a los preceptos contenidos en el Estatuto Superior.

A partir de esta dinámica, la aplicación de las normas de derecho fundamental adquiere un sentido connatural para los operadores jurídicos, bajo la investidura de jueces constitucionales, toda vez que empiezan a reconocer derechos fundamentales a sectores marginados de la sociedad, como son las personas con discapacidad, con una amplísima protección constitucional y, en consecuencia, ahora sujetos de derechos.

La acción de tutela, en consecuencia, que resulta incorporada en el texto de la Carta Política de 1991, se convierte en la herramienta judicial más innovadora, accesible y contundente de la historia constitucional contemporánea, y que durante más de 24 años ha acercado al ciudadano del común a la administración de justicia para la garantía y protección de sus derechos humanos fundamentales.

En el contexto práctico, y a partir del trabajo de investigación efectuado en Santa Rosa de Cabal, esta herramienta resultó cuestionada por la exigencia de formalismos meramente procesales de algunos jueces, en otros por la excesiva rigurosidad en la aplicación del principio de inmediatez y finalmente, por el interés de mercado de las entidades accionadas, sumado a los trámites que implica su efectivo cumplimiento.

Lo anterior, en un escenario de vulneración de derechos de los niños, adquiere una doble connotación: por un lado, su condición propia de niños, que los hace sujetos de una especial protección constitucional, y de otra parte, por su evidente situación de vulnerabilidad, más cuando su desarrollo físico y mental está acompañado de alguna discapacidad, que por obvias razones los ubica en un estado de debilidad manifiesta.

Si bien es innegable el papel que han cumplido los jueces de Santa Rosa de Cabal (Risaralda) en la tutela de los derechos fundamentales de los niños en situación de discapacidad, en algunas sentencias –que fueron objeto de estudio durante el trabajo de investigación efectuado– se observó que el Juez de Tutela se apartó de los principios constitucionales que orientan la protección y el interés superior del niño.

Finalmente, las observaciones realizadas permiten inferir que la salud en Santa Rosa de Cabal continúa la dinámica del Sistema General de Seguridad Social, es decir, que se trata más de un negocio para las empresas prestadoras que un derecho fundamental, en la medida que al requerirse un servicio de salud no incluido en el POS, la persona afectada debe, por regla general, recurrir a la acción de tutela.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª Ed. en español). Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Barboza, M. (2014). Acceso de las personas con discapacidad a los servicios públicos: derecho impostergable con base en el control difuso de convencionalidad. *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, 14(32), pp. 5-32.
- Carrillo, D. y Patarroyo, S. (2009). La acción de tutela: exigibilidad antirracista en educación superior. *Revista Vía Iuris*, (8), 65-75.
- Comanducci, P. (2003). Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico. En M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 81-91). Madrid: Editorial Trotta.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1346 de 2009. Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Diario Oficial N°. 47.427 de julio 31.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-397 de abril 29 de 2004. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Colombia. Rama Judicial. Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Rosa de Cabal. Sentencia 029 del 06 de mayo de 2011.
- Colombia. Rama Judicial. Juzgado Segundo Civil Municipal de Santa Rosa de Cabal. Sentencia 0481 del 11 de noviembre de 2011.
- García, M. y Uprimny, R. (2004). *Emancipación social y violencia*. Bogotá: Editorial Norma.

- Hernández, A. (1999). Incidencia de la acción de tutela en la justicia contencioso administrativa colombiana. *Revista Derecho del Estado*, (7), 163-172.
- Monroy, V. (2012). La Constitucionalización del Derecho Económico en Colombia [Edición Especial]. *Revista Advocatus*, (18), 107-116.
- Organización de Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo*.
- Organización Mundial de la Salud. (2001). *Clasificación Internacional del funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud*. Ginebra.
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Grupo Editorial CINCA.
- Rivera, M. (enero / junio, 2010). Jurisdicción Constitucional: Ecos del Argumento Contramayoritario. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (22), 223-260. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n22/n22a8.pdf>
- Shakespeare, T. (2013). The Social Model of Disability. En L. J. Davis (Ed.), *The Disability Studies Reader, chapter 16* (4ª ed.). Nueva York: Routledge.

DISPOSITIVOS JURÍDICOS QUE PUGNAN LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA Y CHILE¹

LEGAL DEVICES WHO STRUGGLE UNFAIR TERMS IN COLOMBIA AND CHILE

*Claudia Patricia García Rivera**
*Amanda Gallego Blandón***

Recibido: marzo 31 de 2016 - **Aprobado:** abril 25 de 2016

Forma de citar este artículo en APA:

García Rivera, C. P. y Gallego Blandón, A. (enero-junio, 2016). Dispositivos jurídicos que pugnan las cláusulas abusivas en Colombia y Chile. *Summa Iuris*, 4(1), 127-153.

Resumen

Los acuerdos comerciales celebrados entre países permiten crecimiento en sus economías, de allí la importancia de tener en cuenta el desarrollo económico de cada país en juego en el momento de las negociaciones, así también el régimen jurídico que cada uno posee internamente para darle cabal cumplimiento al TLC suscrito. El presente artículo se desarrolla bajo una metodología deductiva, ya que las conclusiones son el resultado de las premisas planteadas, para el efecto se realizó una exhaustiva búsqueda de aquellas normativas internas presentes, tanto en Colombia como de Chile, para contrarrestar la presencia de cláusulas abusivas; éstas pueden ser tan lesivas en un tratado que son capaces de romper el equilibrio contractual que debe reinar en una negociación entre Estados negociadores.

Por lo anterior, principalmente se concluirá en la necesidad de una normativa especial, para un control preventivo, que no solo advierta sobre la existencia de este tipo de cláusulas y sus efectos, sino que reprima su estipulación siendo finalmente el legislador el llamado a ejercer ese control.

¹ Este artículo es el resultado de una investigación terminada en Colombia, desde una perspectiva analítica, interpretativa y crítica, correspondiente a la tesis mediante la cual se obtuvo el título de Magister en Derecho, titulada: "Defensa frente a las cláusulas abusivas en el TLC de Colombia con Chile". La investigación se realizó bajo la dirección de la doctora Gallego Blandón.

* Claudia Patricia García Rivera abogada Magister en Derecho de la Universidad de Medellín, docente de la Corporación Politécnica Marco Fidel Suárez (Bello-Antioquia) Correo electrónico: claudiapatriciag70@gmail.com

** Amanda Gallego Blandón, Licenciada en Idiomas, Abogada, con tres especializaciones y Maestría en Derecho Procesal, aspirante a doctora, funcionaria pública y docente de cátedra. Correo electrónico: amandagallegoblandon@hotmail.com

Palabras clave: TLC, Negociación, Economía, Normativa, Igualdad.

Abstract

Trade agreements between countries, allows a given growth in their economies, hence it is so important, by the time negotiations take into account the economic development of each country involved, and also the status that each one possesses internally to give full effect to the FTA have been signed. In this article an exhaustive search of those internal regulations present in both Colombia and Chile, was undertaken to counter the presence of unfair terms, they can be as damaging to a treaty, able to break the contractual balance that should prevail in negotiations between negotiating States.

Therefore, mainly it is completed in the need for special regulations for preventive control, that not only warn about the existence of such conditions and its effects, but that represses its provision finally be the legislator called to exercise that control.

Keywords: TLC, negotiations, economics, law, equality.

INTRODUCCIÓN

Es de trascendental importancia, para la celebración de acuerdos comerciales con otros Estados, tener en cuenta el grado de desarrollo de sus economías; el crecimiento que ellas muestren es pieza fundamental en las negociaciones que se esgrimen dentro de un tratado, esto es determinante para un mayor predominio de las condiciones, también lo es la normativa que cada uno de los países negociadores sustente dentro de su régimen jurídico, el mismo tratado manda la armonización de las legislaciones de cada Estado parte necesarias para el buen desarrollo del mismo

(ACE-24,1993) por esta circunstancia, la Convención de Viena de 1969, prohíbe a los países signatarios, excusarse en sus propias legislaciones por el incumplimiento del acuerdo.

Bajo la metodología deductiva, las conclusiones son el resultado de las premisas planteadas; este trabajo se hizo realizando una exhaustiva búsqueda, con el fin de determinar los diferentes mecanismos jurídicos que pudieran existir, tanto en Colombia como en Chile, para contrarrestar la presencia de cláusulas abusivas y, en consecuencia, su eficacia. Cabe señalar que el vigor que deben contemplar estos estatutos, tiene que ser significativo, ya que conforme al derecho internacional, cada país debe apoyarse en su sistema legislativo para el perfeccionamiento de un acuerdo. En este apartado se elaboró un esbozo, teniendo en cuenta la doctrina actual sobre la configuración de estipulaciones abusivas, cómo suelen presentarse y por ende, sus efectos. Ya en el rastreo sobre la normativa vigente en cada Estado, referido a la estipulación injusta, se pudieron conciliar disposiciones normativas, por el lado de Colombia, tales como, la ley 142 de 1994, ley 1328 de 2009 y ley 1480 de 2011. Chile contempla en su régimen jurídico la ley 19.496 de 1997 y la ley 19.955 de 2004; la importancia del estudio de estos estamentos en este trabajo es que se describen en ellos conductas que según su aplicación son consideradas abusivas por sus respectivos legisladores, las cuales son acogidas por los jueces para ser empleadas en forma extensiva a todos los contratos. También se pudo advertir que estas prescripciones se encuentran en los

códigos civil y comercial de cada Estado, lo que lleva a concluir y a modo de resultado, que ambos países carecen de un sistema normativo especial que regule o controle postulados abusivos.

ASPECTOS NORMATIVOS

El Acuerdo de Libre Comercio (ACE-24, 1993) suscrito por Colombia y Chile consiste en un acuerdo de complementación económica para el establecimiento de un espacio económico “ampliado” entre estos dos países; se suscribió el 6 de diciembre de 1993 con el fin de promover una activa participación en la economía mundial y se ha ido prorrogando, encontrándose vigente desde el 6 de mayo de 2009. El anterior tratado, se creó en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración, ALADI, organismo intergubernamental que, continua el proceso iniciado por la ALALC, en el año 1960, y cuyo propósito es el de promover la expansión de la integración de la región, a fin de asegurar su desarrollo económico y social, a su vez tiene como objetivo final el establecimiento de un mercado común. Este acuerdo (ACE-24), fue incorporado al orden interno colombiano mediante decreto reglamentario 2717 de 1993, modificado posteriormente por el decreto 1741 de 1994 y ampliado por los decretos 2172 de 1995, 2181 de 1996, 2178 de 1997 y 617 de 2002. Posteriormente y con el fin de darle continuidad al acuerdo, Colombia suscribió el 27 de noviembre del 2006 en Santiago de Chile el Acuerdo de Libre Comercio aprobado por la ley 1189 de 2008 del 28 abril, y ratificado mediante Sentencia C-031 por la Corte Constitucional, el 27 de enero de 2009. Función que ejerce este órgano, conocido como el control de constitucionalidad, consistente en confrontar las disposiciones del instrumento internacional y, a su vez, las de la ley aprobatoria con la totalidad de los preceptos constitucionales, a fin de determinar si se ajustan o no al Texto Fundamental. En ese orden de ideas, se diría que el ACE-24, es una oportunidad que le abre las puertas a Colombia para un eventual crecimiento económico; las ventajas que se desprendan de allí, dependen en gran medida de los planteamientos que se hayan hecho en las negociaciones. En un acuerdo de libre comercio se ofrecen o se imponen condiciones, lo que hace necesario acompañar los acuerdos de políticas internas de crecimiento, de adecuación logística y una rigurosa normativa que permita proteger, apoyar y defender los intereses de los industriales, comerciantes y consumidores.

Orguloso Martínez (2005) plantea que es por ello que los TLC deben contener normas y procedimientos tendientes a garantizar que los flujos de bienes, servicios e inversiones entre los países que se suscriben a dichos tratados, se realicen sin restricciones injustificadas y en condiciones transparentes y predecibles. De ahí, la necesidad de un sistema normativo integrado, especial, que regule y controle aquellos inconvenientes que se puedan suscitar en un proceso comercial. No obstante, se han presentado escritores que contrarían esta aseveración; es el caso de Robledo (2006):

El debate sobre el verdadero significado del “libre comercio” puede y debe liberarse con el apoyo de la experiencia nacional y extranjera más reciente, pues esa política no es nueva, dado que viene aplicándose con consecuencias desastrosas desde hace años en América y el mundo. En el caso de Colombia, y de acuerdo con lo ya mencionado, ha sido la orientación de los cuatro últimos gobiernos, a partir de 1990, con el de César Gaviria Trujillo, periodo en el cual la economía nacional sufrió la peor crisis de la historia, con pérdidas irreparables para la industria y el agro y con el consecuente retroceso, también sin antecedentes, de todos los indicadores sociales (p. 23).

Marquardt (2009), en su libro *Historia Universal del Estado*, deja ver que el fenómeno de la globalización es relativamente nuevo, ya que desde la década de los 90, ha ido de boca en boca dicho término como la expresión clave para caracterizar el inicio del nuevo milenio, dándose una transformación de identidades, produciendo la del ciudadano mundial al lado del ciudadano nacional. Desde este ángulo, explicaba el autor, que el manejo uniforme del desarrollo económico mundial ha dado como resultado práctico, un abuso desenvuelto del poder de negociación de empresas multinacionales contra otros Estados, desconociendo el trato especial y diferenciado, para corregir las asimetrías de los aparatos productivos, quedando el trato especial y diferenciado sometido a la capacidad de negociación del receptor o, lo que es aún peor, a la discrecionalidad de los países desarrollados. Continúa diciendo, en una preocupante pero clara alocución, sugiriendo la limitación de nuevos poderes intermediarios:

Si nuevos actores políticos con un poder de factor considerable y recursos financieros formidables, pero sin legitimación democrática; especialmente grandes empresas y bancos internacionales, abusan de este poder más allá de su función sirviente en un estilo agresivo, corruptor, neo feudal y autocrático y se divierte con juegos de azar con el bienestar colectivo, no

es entendible que el Estado no las discipline eficientemente. En el nombre superior del bien común, hay que eliminar el déficit ideológico, sumiso o estructural en la eficacia de las materias legislativas tradicionales del tipo anti cartelista y de control del mercado (Marquardt, 2009, p.86).

Otros autores, como Gual Acosta (2008), se pronuncian frente a la variante posición del mundo lo que sugiere un cambio en las instituciones jurídicas:

Es así como la globalización y los TLC han traído consigo la masificación de los contratos, los cuales tienen consecuentes efectos en el que el acuerdo de voluntades creador de derechos y obligaciones, ha cedido a una adhesión casi inconsciente, donde la voluntad de las partes y la misma declaración o exteriorización quedan en la sombra, traduciéndose éstos en “contratos mecánicos”. (...) Servicios que tradicionalmente prestó el Estado, como la salud o servicios públicos, cuya ineficacia justificó su traslado a manos de los particulares, hoy se desarrollan masivamente mediante contratos de adhesión, donde la discusión de su clausulado no existe, correspondiéndole al Estado velar por el texto del mismo, ante la imposibilidad del contratante de hacerlo (p. 23).

Las modalidades de la contratación en masa, explica Rezzónico (1987), han generado una serie de tendencias contractuales, como formularios, contratos cuyo clausulado es íntegramente predispuerto, cláusulas individualmente consideradas que se redactan previamente y son impuestas por una parte a la otra. Como quiera que quien acepte las condiciones necesita el bien o los servicios, quedando sometido al dictado unilateral del predisponente. Sin embargo, Kemelmajer de Carlucci (2008) planteaba la necesidad de la contratación en masa, por el gran crecimiento de la población mundial y el intercambio de bienes y servicios, así también, la distribución y producción actual obligan a una contratación uniforme, la realidad exige condiciones negócias generales y no particularizadas. Tenemos en consecuencia, que los contratos de adhesión han cobrado fuerza, trayendo consigo un sinnúmero de cláusulas predeterminadas que atentan contra el equilibrio contractual y económico de aquel a quien se adhiere. Al respecto Ripert (1935), manifiesta:

El contrato de adhesión da la apariencia de ser un contrato respetable, para lo que dice: ... este tipo de contratos, tiene un carácter de generalidad y permanencia, en el cual el oferente parece exponer ampliamente a todos

los posibles adherentes todas las condiciones bajo las cuales entiende contratar, con lo que la posibilidad de error y de dolo disminuye. (...) quien no es experto en derecho, la persona común, siente cierta paralización ante un todo pre formulado, suficientemente coherente, con texto impreso y entregado a veces en el ámbito de aparente legalidad totalizante de una compañía ponderosa: se imagina al adherente, mucho más que preguntando o negociando, sometiéndose con un tímido “amén” (como se citó en Rezzónico, 1987, p.458).

Rezzónico (1987) afirma que el contrato es un acuerdo de voluntades en donde ambas partes imponen sus condiciones, sin que éstas puedan causar en ningún momento desigualdad o detrimento en los intereses que surgen; si bien es cierto que el contrato de adhesión surge para plagar una necesidad social que en su momento fáctico llegó a presentarse, también es cierto que esto no puede incidir en que sea violatorio de derechos y obligaciones. Y así lo manifiesta cuando identifica en su texto algunos factores que denomina “de disimulo”, tras los cuales puede encubrirse cierta clase de intención perversa, que trate de intimidar a una de las partes contratantes, en lo que se puede llamar cláusulas abusivas tácitas. En tales circunstancias, se hace necesario entrar a dilucidar en un contexto contractual, algunos tipos de cláusulas abusivas, expresas o tácitas, que se presentan en las legislaciones actuales y que representan según Laguardo Giraldo (2003), una amenaza, no solo jurídica sino también social, pues se requiere que éstas sean señaladas y reconocidas como aquellas predisposiciones contractuales no negociadas, que violan la equidad natural y generan un desequilibrio manifiesto entre las obligaciones, cargas y derechos de las partes. La normativa colombiana, consagra una definición legal sobre lo que puede ser entendido como cláusula abusiva.

ARTÍCULO 42. CONCEPTO (...). Son cláusulas abusivas aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos. Para establecer la naturaleza y magnitud del desequilibrio, serán relevantes todas las condiciones particulares de la transacción particular que se analiza (Ley 1480 de 2011).

Se diría que las cláusulas abusivas representan una ventaja para quien las impone y una desventaja para quien de buena fe contrata, al no poder desistir de ellas, pudiendo ser éstas advertidas, pero cuando son

ambiguas se prestan para confundir, se corre el riesgo de que su carga prestacional se haga más onerosa, haciendo casi imposible el cumplimiento de la obligación. Se ha dicho que son los contratos de adhesión, aquellos con más susceptibilidad hacia la predisposición de cláusulas abusivas, y que la doctrina ha identificado a algunas como factores de disimulo, teniéndose como cláusulas abusivas tácitas que infieren en esos contratos, aunque no estén expresamente estipuladas; pueden ocultarse clausulados violatorios de la voluntad privada, así las puntualiza Rezzónico: "Las cláusulas oscuras de las que se ha dicho que están destinadas a plasmar un reglamento ventajoso y sin lagunas para el pre disponente; a las que Brox llama 'redactores ingeniosos', 'oscuridad habilidosa'" (1987, p.360). Obsérvese por ejemplo, expone el autor, cuando se presenta en un tipo de contrato un conjunto de cláusulas en extenso contenido, con textos impresos en varias páginas, creando la imposibilidad de lectura en un tráfico de masa que se caracteriza precisamente por su rapidez, que tienden a acomodar los medios jurídicos para el logro de sus propósitos, es el ejemplo de los contratos bancarios, los cuales se identifican por ser contratos técnicos. También, es importante tener en cuenta los factores psicológicos e intelectuales concurrentes, a los que hay que agregar el tiempo en que se realiza la operación, ya que mientras el estipulante tiene la iniciativa y puede por tanto recurrir a sus asesores, el adherente por lo común tendrá que decidir en unos pocos minutos, quizá segundos. A la inferioridad intelectual unida al problema de la debida comprensión, se añade generalmente un considerable señorío económico. Otro factor a tenerse en cuenta, sería el imperio de la letra impresa, el solo hecho de que una cláusula figure impresa en un contrato (adhesión), crea para quien contrata la percepción de su licitud y lo amilana para atacarlo, a veces inclusive, para requerir una opinión autorizada. Complementario a esto, la influencia del lugar o ámbito de imposición de las condiciones generales, más aún, la persuasión de un sujeto entrenado para ello, frente a otro que está desarmado intelectualmente.

Para concluir, podemos decir que no es necesario que una cláusula que amenaza con lesionar el interés de las partes, se encuentre expresamente estipulada en el contrato, también la actitud de alguno de ellos, los lugares escogidos para contratar, la desigualdad intelectual, la ligereza del tiempo, la ambigüedad del texto y lo extenso del mismo, son ya un lla-

mado de alerta. Así mismo, Gual Acosta (2008) ha manifestado que no es posible realizar un listado en forma taxativa de las cláusulas abusivas, por cuanto una disposición puede ser arbitraria, en tanto lesione los intereses de los contratantes, empero, estando estipulada en el contrato mismo y al no producir ningún tipo de daño entre quienes consintieron en ella, no tiene objeto calificarla como tal.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN COLOMBIA Y CHILE

Dada la necesidad de buscar mercados libres, donde un potencial sujeto, denominado parte débil, puede resultar afectado en la relación contractual que se presente frente a otro sujeto que es la parte fuerte, Colombia presenta un régimen legal frente a las cláusulas abusivas que se caracteriza por su fragmentación y dispersión, lo que resulta insuficiente para regular en forma satisfactoria contenidos contractuales que se tornen nocivos o que vayan en detrimento del interés de una de las partes en el contrato.

- 1) La Ley 142 de 1994, de Servicios Públicos Domiciliarios, llamada también ley de intervención económica, mediante la cual se estableció el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía rural y distribución de gas combustible y cuya finalidad se centraliza en garantizar los recursos suficientes para lograr una amplia cobertura, con menores costos y menores tarifas para la obtención de una buena calidad de la prestación de los servicios. Es presentada como la primera reglamentación colombiana sobre condiciones generales de contratación, específicamente acerca de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos; ella regula la libre adherencia de aquellos que deseen prestar dichos servicios, ejercer el control sobre quienes prestan los mismos en condiciones de monopolio, evitando abusos de parte de aquellos en los que se configura la posición dominante. Establece las obligaciones de las entidades ya sean públicas o privadas, que presten los servicios públicos domiciliarios, determina que el servicio debe prestarse sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al

usuario o a terceros. El artículo 133, enuncia veinticinco prácticas que son tomadas como abusivas, en las situaciones que a continuación se describen, se presume legalmente el abuso de posición dominante; la finalidad de esta enumeración es la de servir de guía tanto a las entidades prestadoras del servicio como al usuario; es entendida como mecanismo de defensa, la importancia de esta normativa en el presente trabajo es que las conductas descritas son acogidas por los jueces para ser aplicadas extensivamente en todos los contratos:

Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa; -Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de éste o a fuerza mayor o caso fortuito; -Las que condicionan al consentimiento de la empresa de servicios públicos el ejercicio de cualquier derecho contractual o legal del suscriptor o usuario; -Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite. -Las que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y las que lo obligan a comprar sólo a ciertos proveedores. Pero se podrá impedir, con permiso expreso de la comisión, que quien adquiera un bien o servicio a una empresa de servicio público a una tarifa que sólo se concede a una clase de suscriptor o usuarios, o con subsidios, lo revenda a quienes normalmente habrían recibido una tarifa o un subsidio distinto; -Las que imponen al suscriptor o usuario una renuncia anticipada a cualquiera de los derechos que el contrato le concede; -Las que autorizan a la empresa o a un delegado suyo a proceder en nombre del suscriptor o usuario para que pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario. -Las que obligan al suscriptor o usuario a preparar documentos de cualquier clase, con el objeto de que este tenga que asumir la carga de una prueba que, de otra forma, no le correspondería. -Las que sujetan a término o a condición no previsto en la ley el uso de los recursos o de las acciones que tiene el suscriptor o usuario; o le permiten a la empresa hacer oponibles a estos, ciertas excepciones que, de otra forma, le serían inoponibles; o impiden al suscriptor o usuario utilizar remedios judiciales que la ley pondría a su alcance. -Las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables compondores las controversias que surjan entre ellos. -Las que confieren

a la empresa la facultad de elegir el lugar en el que el arbitramento o la amigable composición han de tener lugar, o escoger el factor territorial que ha de determinar la competencia del juez que conozca de las controversias. -Las que confieren a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones, o para la aceptación de una oferta. -Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando en los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa; -Las que presumen cualquier manifestación de voluntad en el suscriptor o usuario, a no ser que: a) Se dé al suscriptor o usuario un plazo prudencial para manifestarse en forma explícita, y b) Se imponga a la empresa la obligación de hacer saber al suscriptor o usuario el significado que se atribuiría a su silencio, cuando comience el plazo aludido; -Las que permiten presumir que la empresa ha realizado un acto que la ley o el contrato consideren indispensable para determinar el alcance o la exigibilidad de las obligaciones y derechos del suscriptor o usuario; y las que la eximan de realizar tal acto; salvo en cuanto esta Ley autorice lo contrario. -Las que permiten a la empresa, en el evento de terminación anticipada del contrato por parte del suscriptor o usuario, exigir a éste: Una compensación excesivamente alta por el uso de una cosa o de un derecho recibido en desarrollo del contrato, b) Una compensación excesivamente alta por los gastos realizados por la empresa para adelantar el contrato. c) Que asuma la carga de la prueba respecto al monto real de los daños que ha podido sufrir la empresa, si la compensación pactada resulta excesiva. -Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa. -Las que limiten la obligación de la empresa a hacer efectivas las garantías de la calidad de sus servicios y de los bienes que entrega; y las que trasladan al suscriptor o usuario una parte cualquiera de los costos y gastos necesarios para hacer efectiva esa garantía; y las que limitan el plazo previsto (Ley 142 de 1994).

En las empresas prestadoras de los servicios públicos -conocidas como sujeto activo de la relación contractual- recae la obligación de informar en forma continua y detallada a la población en general, sobre la predisposición que comprenden sus contratos.

- 2) La legislación colombiana observa la Ley 1328 de 2009, régimen de protección al consumidor financiero, donde se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones; en ésta se da el reconocimiento de principios y reglas aplicables a las relaciones, que se surtan entre las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia y el consumidor financiero.

Esta ley fija obligaciones especiales de las entidades vigiladas, entre otras, suministrar al público información en relación con el defensor del consumidor financiero, los mecanismos y derechos que se tiene para su defensa, bajo el carácter que toda comunicación se preste en forma clara, transparente, que permita al cliente, usuario o cliente potencial adquirir el conocimiento, por lo tanto, la razonabilidad suficiente para la aceptación o rechazo inmediato de los servicios ofrecidos. Se establece como obligación por parte de las entidades vigiladas, abstenerse de incurrir en conductas que conlleven abusos contractuales o convenir cláusulas que afecten el equilibrio, prohibiéndose la imposición; a quien es la otra parte, la aceptación o rechazo del contrato sin la libre negociación, sin el discernimiento del mismo, ya que sería violatorio de los principios de igualdad y libertad contractual, que tanto promulgan doctrinantes como Porthier (1993, como se citó en Rezzónico, 1987): “El contrato, es una convención por la cual una o más personas se obligan hacia otra o varias más a dar, hacer o no hacer alguna cosa” (p.528). Es así como en el contrato debe quedar plasmada la voluntad de las partes, con fundamento en la libre discusión previa del mismo. El profesor Diez-Picazo (1996) manifiesta: “El presupuesto ideológico de la igualdad de los contratantes no pasa de ser una quimera. El contrato no es ya una regla de conducta, es obra común de ambas partes” (p.620). El Título V de la Ley 1328 de 2009 reglamenta las condiciones uniformes que se pueden presentar en los contratos de adhesión, elaborados en forma unilateral por las entidades vigiladas; por eso el artículo 11 hizo la prohibición de utilizar este tipo de conductas, sin embargo, deja al arbitrio de la Superintendencia Financiera Colombiana el reconocimiento de lo abusivo de las mismas. Seguidamente, se define lo que puede considerarse como prácticas abusivas por parte de las entidades vigiladas; especificación que al momento de darle aplicación resulta relevante, teniendo en cuenta que su reparo se deja a merced de quien propiamente incurre en ellas.

Artículo 12. *Prácticas abusivas*. Se consideran prácticas abusivas por parte de las entidades vigiladas las siguientes:

- a) El condicionamiento al consumidor financiero por parte de la entidad vigilada de que este acceda a la adquisición de uno o más productos o servicios que presta directamente o por medio de otras instituciones vigiladas a

través de su red de oficinas, o realice inversiones o similares, para el otorgamiento de otro u otros de sus productos y servicios, y que no son necesarias para su natural prestación.

b) El iniciar o renovar un servicio sin solicitud o autorización expresa del consumidor.

c) La inversión de la carga de la prueba en caso de fraudes en contra de consumidor financiero.

d) Las demás que establezca de manera previa y general la Superintendencia Financiera de Colombia.

Parágrafo. Las prácticas abusivas están prohibidas a partir de la entrada en vigencia de la presente norma y serán sancionables conforme lo dispone la Superintendencia Financiera de Colombia y la ley (Ley 1328 de 2009).

Explicaba Gual Acosta (2008) que las cláusulas que afectan el equilibrio contractual y el interés de las partes en el contrato, pretenden ser subsanadas por las normas que aparecen a continuación, indicando que la sanción por el menoscabo producido debería ser la nulidad, pues, así lo expresan las normas en de los códigos Civil (art. 1519, 1523, 1741 y 1742), y de Comercio de Colombia (art. 899 y 902), las cuales coinciden en establecer que la sanción que recaerá sobre un negocio jurídico con objeto ilícito por violar normas imperativas, es la nulidad. El Código de Comercio colombiano contempla la indemnización de perjuicios, por quien en el ejercicio de sus derechos y en forma abusiva y desproporcionada le haya ocasionado daño a otro (art. 831), y prohíbe de igual forma, el enriquecimiento sin causa de una de las dos partes en el contrato a expensas del empobrecimiento de la otra (Código de Comercio, art. 830). Según Kemelmajer de Carlucci (2008), en los casos de cláusulas ambiguas, éstas deberán interpretarse a favor de la parte de menor poder contractual, esto es, en contra de quien redactó el contrato, ya que normalmente quien predispone las condiciones generales es el sujeto que ostenta poder económico. Haciéndose necesario, como lo ordena el artículo 1624 del código Civil Colombiano, inciso 2°, desentrañar la intención de las partes consignada en la convención, en aplicación de los criterios específicos de interpretación, para descubrir su objeto y finalidad y así precisar la igualdad de las partes contratantes.

Es así como Gual Acosta (2008) expresa que las normas de orden público no pueden ser derogadas por acuerdos privados y en consecuencia, el pre disponente no podrá hacer valer estipulaciones abusivas que violen disposiciones de este orden; se entiende que como acto de autonomía privada nació y existió, pero carece de objeto lícito al contrariar una norma imperativa “como sería el caso de las normas imperativas, la moral o buenas costumbres y la buena fe” (p. 24). Observando la normativa colombiana, artículo 1603 del Código Civil: Buena fe en la ejecución de los contratos. “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”. Y los artículos 863, 871 del código de Comercio de Colombia hacen referencia a lo que la doctrina denomina *buena fe objetiva*. Según Laguado Giraldo (2003), “Los contratos deben ejecutarse de modo que las partes cumplan no sólo con aquello a que expresamente se han obligado, sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza del contrato o que por ley pertenecen a él” (p. 48). La jurisprudencia también se ha permitido darle reconocimiento a la buena fe, refiriéndose a ella como las nuevas tendencias que marcan la interpretación del moderno derecho de los contratos. Dicho principio es entendido, en términos amplios:

Una exigencia de honestidad, confianza, rectitud, decoro y credibilidad que otorga la palabra dada, a la cual deben someterse las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares entre sí y ante éstas, la cual se presume, y constituye un soporte esencial del sistema jurídico; de igual manera, cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a luz del principio de la buena fe, de tal suerte que las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma. La buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos (Corte Constitucional, Sentencia C- 131 de 2004).

Bien lo dice Ortega (2008):

Bajo ese entendido la buena fe exige una actuación recta y honrada; es una fuente de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso particular, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella (p.117).

- 3) En Colombia, el anterior estatuto del consumidor (Decreto 3466 de 1982), tuvo varios intentos de reforma, con el fin de establecer una legislación avanzada en el tema del consumidor que resultase más acorde con las nuevas tendencias contractuales. Por eso, la Ley 1480 de 2011, cuyo objetivo es el de promover y garantizar el ejercicio pleno y efectivo de los derechos de los consumidores, presentó grandes modificaciones, tales como, el deber de actuar de buena fe frente a los productores, proveedores y autoridades públicas, el derecho a recibir información, derecho a la información de los niños, niñas y adolescentes, prohibiciones de ventas atadas, entre otras. También, brinda al consumidor protección contractual frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión, y exhibe un listado de prohibiciones. En este sentido, no se podrán pactar cláusulas abusivas como aquellas que limiten la responsabilidad del productor de sus obligaciones respecto del bien o que se trasladen a un tercero ajeno al contrato, las que faculten al productor para terminar unilateralmente el contrato, las que impliquen la renuncia de los derechos del consumidor. Las cláusulas abusivas serán ineficaces sin que sea necesario probarlas. No obstante, la declaratoria de nulidad o ineficacia de estos postulados no afectará la totalidad del contrato, siempre y cuando éste pueda subsistir sin las estipulaciones objeto de declaración. En este caso, el juez deberá aclarar qué obligaciones y derechos permanecen dentro del contrato. Así, también se prohíbe todo tipo de estipulación contractual que implique la renovación automática de un servicio o producto, sin que el consumidor haya aceptado expresamente dicho ofrecimiento. De igual forma, se prohíbe al productor o prestador del servicio habilitar o modificar unilateralmente las condiciones del contrato o desligarse de sus obligaciones, sin que el consumidor acepte expresamente la modificación. Sin embargo, al referirse a la protección del consumidor en el comercio electrónico, deja muy claro que su protección sólo tendría aplicación en el ámbito nacional y con provee-

dores y expendedores pertenecientes al mismo, quedando por fuera el comercio electrónico que se efectúa a diario por consumidores nacionales con proveedores de otros países, haciendo de lado el mercado global que se expande a la par con las tecnologías. Paralelamente, se puede observar en el régimen jurídico de Chile sobre cláusulas abusivas, lo siguiente: la Ley 19.496 de 1997 fue modificada por la Ley 19.955 de 2004, sobre protección de los derechos de los consumidores y que se dio por la necesidad de regular las relaciones surgidas entre los consumidores y proveedores, teniendo a estos últimos como aquellos que desarrollan actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o prestación de servicios, así mismo, habilita para la constitución de organizaciones en la defensa de los derechos de los usuarios, que sintiéndose lesionados por el actuar desproporcionado de los proveedores, desean fomentar la defensa de los derechos de los consumidores, ya sea para prevenir o para resarcir los daños causados, entre cuyas funciones se encuentra el de difundir, orientar y educar sobre el conocimiento de esta ley y los derechos que ella provee para su protección. No obstante, es escaso el listado de cláusulas abusivas que contempla:

Art. 16: No producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: a) otorguen a una de las partes la facultad de dejar sin efecto o modificar a su solo arbitrio el contrato o de suspender unilateralmente su ejecución, salvo cuando ella se conceda al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, por muestrario, usando medios audiovisuales, u otras análogas, y sin perjuicio de las excepciones que las leyes contemplen; b) establezcan incrementos de precio por servicios, accesorios, financiamiento o recargos, salvo que dichos incrementos correspondan a prestaciones adicionales que sean susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso y estén consignadas por separado en forma específica; c) pongan de cargo del consumidor los efectos de deficiencias, omisiones o errores administrativos, cuando ellos no le sean imputables; d) inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; e) contengan limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio, y f) incluyan espacios en blanco, que no hayan sido llenados o inutilizados antes de que se suscriba el contrato. Si en estos contratos se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado

más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos. Todo ello de conformidad con las reglas del Código Orgánico de Tribunales.

Art. 17: Los contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la presente ley deberán estar escritos de modo legible y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico. Las cláusulas que no cumplan con dichos requisitos no producirán efecto alguno respecto del consumidor. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí. (Ley 19.955 de 2004).

De la lectura de estos artículos, se puede decir que no se cumple con su finalidad, que debe ser la de servir de guía tanto al proveedor como al usuario cuando se produce una relación contractual, pues no consiente un análisis profundo sobre el beneficio o no que aportaría su aceptación; siendo de real importancia el conocimiento que los adherentes deban tener en cuanto al contenido y alcance de las condiciones a las cuales quedan sujetos al consentir en el contrato. Cuando se habla de la prohibición de invertir la carga de la prueba, tanto la legislación chilena como la colombiana coinciden en tal reparación, teniendo en cuenta que la normativa chilena no es específica en la situación en que se pueda presentar, pero sí determina al sujeto sobre el cual puede recaer la conducta o sufrir el perjuicio; situación contraria presenta la legislación colombiana, que solo enuncia el hecho de considerarla nociva. En ambas, se prohíbe la modificación unilateral del contrato y sus condiciones. En la legislación chilena esto solo le es permitido al comprador en las modalidades de venta por correo, a domicilio, muestrario o medios audiovisuales. En Colombia, esta situación no es permitida a las empresas cuando ellas para su modificación solo tienen en cuenta sus propios intereses. En cuanto a las cláusulas restrictivas de responsabilidad en la legislación chilena, la conducta es sancionada siempre y cuando la limitación de la responsabilidad sea absoluta, privando con ello, al consumidor del resarcimiento de su derecho frente a deficiencias que afectan la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio. La normativa colombiana contempla las dos situaciones, cual sería, la exoneración o la limitación de la responsabilidad por parte de la empresa en detrimento de los intereses del suscriptor o usuario. Sin embargo, la legislación chilena exige claridad en los escritos

que se refieren a los contratos de adhesión, con la penalidad de que el clausulado que incurriera en el error no surtirá efectos para las partes, por lo tanto el Código Civil de legislación colombiana en el artículo 1624, manifiesta que la interpretación de las cláusulas ambiguas se entenderán en contra de quien la hubiera estipulado, siempre y cuando la falta de claridad provenga de una explicación que haya debido darse. Es importante resaltar que la Ley 19.496 de 1997, modificada por la Ley 19.955 de 2004 de la legislación chilena, hace referencia a aquellos sujetos que realizan actividades de producción, fabricación, importación, entre otros (Pizarro Wilson, 2004). Por lo tanto, tiene algún tipo de identidad con el sujeto activo que determina la Ley 142 de 1994 de la legislación colombiana, en la que se presenta como tal a la empresa o empresario y cuyo sujeto pasivo se configura en ambas legislaciones en el consumidor, usuario o suscriptor. Procurando con ello propender la libre competencia, ejercer el control sobre la posición dominante que pueden tener los sujetos activos a los que se hace referencia, y garantizar los derechos de quienes pueden ser vulnerados por ellos. La Ley 19.955 de 2004 modificó parcialmente el artículo 16 con un nuevo literal, que puede ser susceptible de aplicación de las cláusulas abusivas, como es la buena fe objetiva, que sirve de parámetro para determinar el perjuicio sufrido por el consumidor y el desequilibrio en los derechos y obligaciones para las partes que se deriven del contrato; permitiendo de esta manera que se pueda escrutar otros dispositivos extremos, distintos a los ya enunciados:

15) En el artículo 16.- (...) c) Agregase en el inciso primero la siguiente letra g), nueva:

"g) En contra de las exigencias de la buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato. Para ello se atenderá a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. Se presumirá que dichas cláusulas se encuentran ajustadas a exigencias de la buena fe, si los contratos a que pertenecen han sido revisados y autorizados por un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales." (Ley 19.955 de 2004).

Esta situación difiere de la legislación colombiana, por cuanto la buena fe objetiva promulgada en ella es de raigambre Constitucional, esculpida en la Constitución de Colombia de 1991 en su artículo 83, como un

precepto moral; es decir, ordena una actuación conforme a la lealtad, al cumplimiento de lo prometido, es un principio que irradia los ordenamientos normativos y que orienta las construcciones e interpretaciones jurídicas: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas” (art. 83). No obstante, se presenta en el Código Civil Colombiano una consagración legal; en múltiples artículos se reconoce la buena fe como un principio relevante en las relaciones jurídicas, como lo son: el artículo 109 numeral 5, los artículos 764, 768, art. 769. La presunción de buena fe: “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros, la mala fe deberá probarse” artículo 1603, entre otros.

Chile, por su parte, emana además la buena fe en el artículo 1546 del Código Civil:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obliga no sólo o lo que en ellas se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

En su normativa contempla como principio general del derecho, lo estatuido en el artículo 706 del Código Civil chileno:

La buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraude y de todo otro vicio. /Así en los títulos traslativos de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto contrato.

Y el artículo 1.455 *Inc. 2*: “La persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizado de los perjuicios en que la buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato”, del mismo estatuto chileno; hacen relación a la buena fe subjetiva.

El Código de Comercio de Colombia en sus artículos 105, 502, 529, 622, 820, 835 y 871, consagra la buena fe como fundamento aplicable para la celebración y ejecución de los contratos, en virtud del cual se obli-

ga a las partes de la relación contractual al cumplimiento de lo pactado expresamente y a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos según la ley, la costumbre o la equidad natural.

El Código de Comercio de Chile consagra la buena fe en los artículos 42, 43, 44, al referirse a la prohibición de utilizar los bienes sociales en beneficio propio; debe observarse el deber de lealtad de los directores de las sociedades anónimas de no competir con la sociedad que administran, esto es, de no realizar la misma actividad económica, desarrollada por la sociedad en la que cumplen su función. Cabe señalar que en Colombia la jurisprudencia (Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2004) ha ido decantando el contenido y los alcances del fundamento de la buena fe, reconociendo que no es solo un principio general del derecho, sino que el mismo ha adquirido un nuevo carácter como postulado constitucional, a partir de su consagración en el artículo 83.

Retomando las modificaciones realizadas por la Ley 19.955 a la Ley 19.496 de la legislación chilena, se adicionó al artículo 16 la sanción de la nulidad por la inobservancia de alguna de las prohibiciones estipuladas en el mismo, a pesar de su declaración, estas subsisten sino interfieren con la naturaleza misma del contrato o con la intención de los contratantes, en caso de que al juez le resulte imposible descubrir los objetivos y finalidad que las partes hayan querido, debe declarar nulo en su integridad el acto o contrato.

La jurisprudencia chilena estudió el caso de modificación unilateral del contrato realizado por la entidad "Chilesat S.A", sin sustentarse en el principio de la fuerza vinculante que contempla el artículo 1.545 del Código Civil, que establece como regla general que "todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Respetando así, el artículo 16 de la Ley 19.496 (Juzgado de Policía Local de Recoleta, Rol 55-644 de 2003). La normativa en que se sustentó ese órgano, también se contempla en la legislación colombiana en el Código Civil, artículo 1602: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales." Además, los artículos 1618, 1619, 1620, 1621, 1622, 1623, 1624,

relativos a las reglas de interpretación de los contratos, consagran que la exégesis de las cláusulas contractuales debe hacerse conforme a las declaraciones de voluntad consignadas en la convención, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. En Chile por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en fallo de 2007, en su decisión deja claro que es posible declarar la nulidad de un contrato de usufructo, por infringir el artículo 16 literal "g" de la Ley 19.496, ya que al contravenirse la intención de los contratantes debe declararse la nulidad del contrato en su integridad, en donde las cláusulas estipuladas dentro del negocio jurídico no deben contrariar la buena fe.

Revisadas las normativas, encontramos que Brasil es uno de los pocos Estados que han reformado actualmente el Estatuto del Consumidor, mediante la Ley 8078 de 1990, artículo 39, quiere proteger a los consumidores de las prácticas abusivas de los productores y comerciantes.

Al respecto, manifiesta Farina (2004) que Argentina también se ha preocupado por la protección y guarda de los derechos del consumidor. A pesar de ello, considera, que el consumidor argentino se encuentra todavía desprotegido, ya que las nuevas tendencias económicas exigen que se renueve el derecho para una mejor aplicación de la norma y ésta pueda cumplir con su finalidad.

Conforme a ello, se diría que Colombia y Chile conservan normativas dispersas, que más que ser preventivas, se encuentran destinadas a remediar los efectos nefastos producto de los resultados, del actuar desproporcionado de una de las partes dentro del contrato, y cuya finalidad es restablecer el equilibrio entre las partes e indemnizar los perjuicios ya causados.

RESULTADOS

Al identificar los mecanismos institucionales de defensa de carácter nacional para contrarrestar la presencia de cláusulas abusivas en las legislaciones de Colombia y Chile, encontramos que la normativa que cada uno de los países negociadores sustente dentro de su régimen jurídico tiene valor, por cuanto el mismo tratado manda armonizar las legislaciones ne-

cesarias para el buen desarrollo del mismo. Cabe señalar que el vigor que deben contemplar estos estatutos tiene que ser significativo, ya que conforme al derecho internacional, cada país debe apoyarse en su sistema legislativo para el perfeccionamiento de un acuerdo.

Se establece que hay mecanismos de defensa frente a cláusulas abusivas, tanto en el Estado de Colombia como en Chile, por ello las normativas Ley 142 de 1994, 1328 de 2009, 1480 de 2011, Código Civil, Código de Comercio, Constitución Política de 1991 en lo que respecta al Estado Colombiano; y las leyes 19.496 de 1997, 19.955 de 2004, Código Civil, Código del Comercio, Constitución Política de 2009, en Chile. Igualmente, con la implementación de normativas, los Estados partícipes de este TLC buscan desalentar a futuros contratantes, en estipulación de cláusulas que vayan en detrimento de los intereses de la otra parte en el contrato, por ser violatorio del principio de la buena fe contractual. Es por ello que estos mecanismos, más que prohibir tales estipulaciones, pretenden también hacer un llamado de alerta al denunciarlos en forma casuística. Finalmente, se determinó que tanto la jurisprudencia colombiana como la chilena acogen los planteamientos dados por cada ordenamiento, dándole, aplicación a la misma en cada caso.

A partir de los resultados del proceso investigativo, mediante una base teórica desarrollada, se puede decir acerca de los mecanismos de defensa existentes frente a las cláusulas abusivas, tanto en el estado colombiano como en el chileno, que:

- No se puede negar que la imposición de cláusulas abusivas en los contratos lesionan el principio de la voluntad privada; la libertad contractual queda en entredicho; el control que realizan los jueces, *a posteriori*, aplicando las reglas tradicionales de interpretación contenidas en Código Civil colombiano, que rige desde hace más de cien años, no tiene la suficiente fuerza para regular los problemas que se avecinan en el nuevo trámite económico-comercial, y para la defensa de los intereses del consumidor.
- El juez, en aras de aplicar justicia en los contratos, deberá dar primacía al principio de la buena fe, siempre que exista entre determinadas personas un nexo jurídico, ya hay una imposición de

no defraudar la confianza razonable del otro, tratando de comportarse tal y como se puede esperar de una persona de buena fe. La buena fe, como principio general, no es una mera recomendación de buenos oficios, es un deber general que impregna todo contrato, toda actuación jurídica que desarrollan los particulares. Deber general que cuenta con el carácter de obligatorio y cuya violación es punible a la luz del ordenamiento.

Las estructuras jurídicas que contempla cada Estado para la defensa y protección de una de las partes en el contrato, cuando es víctima de estipulaciones abusivas, siendo éstas lesivas para sus intereses, se encuentran señaladas por simples normativas que refieren a estos mecanismos, y cuya finalidad es desmotivar a futuros contratantes a la invocación de tales arbitrios, sin embargo, como se ha demostrado, ello no inhibe para que tales estipulaciones sean consagradas en el contrato, donde la buena fe prima como mecanismo de control. Se requiere de una normativa especial que ejerza un control preventivo, que no solo advierta sobre la existencia de este tipo de clausulados y sus efectos, sino que reprima su estipulación; el legislador es el llamado a ejercer dicho control a través de una normativa innovada, la cual no debe permitir que dichos efectos surjan a la vida jurídica, que impele a los sujetos contractuales, al respeto y reverencia de principios tales como: la buena fe, la igualdad de las partes y el equilibrio contractual. Lo anterior, se fundamenta, en que la legislación colombiana mantiene un régimen disperso en la regulación de algún tipo de abuso con el consumidor. No es un sistema que asegure un claro control sobre ellas, ni sobre su potencial abusivo y ese riesgo parece agravarse con el advenimiento de los tratados de libre comercio. La Ley 142 de 1994 de los servicios públicos domiciliarios, Ley 1328 de 2009 regulatoria de las entidades financieras, que estructuran en sus artículos una especie de medida hacia los contratos de adhesión con cláusulas predispuestas, parece cobrar vida. El Estatuto del Consumidor -Ley 1480 de 2011- trajo consigo nuevas modificaciones, pero no presenta protección hacia los consumidores en temas de compraventa por internet, por ejemplo.

REFERENCIAS

- Acuerdo de Complementación Económica N°. 24 [ACE N°. 24]. (1993). *Acuerdo de complementación económica para el establecimiento de un espacio económico ampliado entre Chile y Colombia*. Gobierno de Colombia.
- Asociación Latinoamericana de Integración [ALADI]. (1960). Asociación Latinoamericana de Libre Comercio. (ALALC). 1960-1980. Recuperado de <http://www.aladi.org/sitioAladi/index.html>
- Código de Comercio de Colombia [Código]. (1971). República de Colombia: Editorial Leyer.
- Código de Comercio de Chile. [Código]. (1865). República de Chile. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1974&idParte=&idVersion=2014-10-10>
- Constitución Política de Colombia [Const. Edición actualizada]. (1991). República de Colombia: Temis.
- Constitución Política de Chile [Const.]. (2009). República de Chile. Recuperado de <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1974&idParte=&idVersion=2014-10-10>
- Convención de Viena. (1969). *El Derecho de los Tratados*. Suscrita en Viena (Austria) el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia 27 de enero de 1980.
- Corte Constitucional. Sentencia C- 031 de 2009, M.P.: Sierra Porto, Humberto Antonio. Colombia

Corte Constitucional. Sentencia C-071 de 2004, M. P.: Tafur Galvis, Álvaro. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-131 de 2004, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. Colombia.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 874-2007. Chile.

Decreto 1741 de 1994. Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial N°. 41.476, de 5 de agosto de 1994.

Decreto 2142 de 2009. Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial N°. 47.374 de 8 de junio de 2009.

Decreto 2172 de 1995. Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial N°. 42154 de 19 de diciembre de 1995.

Decreto 2178 de 1997. Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial N°. 43123 de 8 de septiembre de 1997.

Decreto 3466 de 1982. Congreso de la República de Colombia. Publicado el 2 de diciembre de 1982.

Decreto Reglamentario 2717 de 1993. Presidente de la República de Colombia. Diario Oficial N°. 41160. 31 de diciembre de 1993.

Díez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (4 ed). Madrid: Thomson.

Farina, J. M. (2004). *Defensa del consumidor y del usuario* (3 ed). Buenos Aires: Astrea.

Gual Acosta, J. M. (2008). *Cláusulas restrictivas de responsabilidad, observaciones al régimen vigente y propuesta de reforma*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda. Recuperado de http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar/Clausulas_responsabilidad.htm.

Juzgado de Policía Local de Recoleta, Rol 55-644 de 2003. Huechura, Chile.

Kemelmajer de Carlucci, A. (2008). Reflexiones sobre la interpretación de los contratos. En: J. Oviedo Albán (Director), *Derecho privado y globalización* (pp. 19-107). *Contratos*. Bogotá: Ibáñez.

Laguado Giraldo, C. A. (2003). Condiciones generales, cláusulas abusivas y el principio de buena fe en el contrato de seguro. *Vniversitas*, (105), 231-251. Recuperado de http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/vniversitas_105.htm#http://www.javeriana.

Ley 1189 de 2008. Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial. N°. 46974. 28 de abril, 2008. Rige a partir de la fecha de su publicación.

Ley 1328 de 2009. Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial N° 47.411 del 15 de julio de 2009.

Ley 142 de 1994. Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial N°. 41.433 del 11 de julio de 1994. Rige a partir de su publicación.

Ley 1480 de 2011. Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial N°. 48.220. 12 de octubre de 2011. Rige a partir del 12 de abril de 2012.

Ley 19.496 de 1997. H. Congreso Nacional del Estado de Chile. Fecha de Publicación: 07 de maro de 1997.

Ley 19.955 de 2004. H. Congreso Nacional del Estado de Chile. Publicación: 14 de julio de 2004.

Ley 8.078 de 1990. Congreso Nacional. Estatuto Consumidor Brasil. Publicado 11 de septiembre de 1990. Rige dentro de ciento ochenta días contados a partir de su publicación.

Marquardt, B. (2009). *Historia Universal del Estado* (Tomo III). Medellín: La Carrera.

Orgulloso Martínez, A. (2005). ¿Cuál Libre Comercio? *Revista Foro*, (52), 53-67.

Ortega, M. (2008). Mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos internacionales. *Foro del Jurista*, (28), 117-125.

Pizarro Wilson, C. (2004). La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno. *Estudios Socio-Jurídicos*, 6(2), 134-152.

Rezzónico, J. C. (1987). *Contratos con cláusulas predispuestas*. Buenos Aires: Astrea.

Robledo, J. E. (2006). *El TLC recoloniza a Colombia*. Bogotá: Edit. Editores.

LA PREVENCIÓN GENERAL Y ESPECIAL EN EL SISTEMA PENAL Y PENITENCIARIO COLOMBIANO

GENERAL AND SPECIAL PREVENTION IN THE COLOMBIAN CRIMINAL AND PENITENTIARY SYSTEM

*Rafael Gómez Horta**

Recibido: marzo 29 de 2016 - **Aprobado:** abril 12 de 2016

Forma de citar este artículo en APA:

Gómez Horta, R. (enero-junio, 2016). La prevención general y especial en el sistema penal y penitenciario colombiano. *Summa Juris*, 4(1), 154-169.

Resumen

El derecho que el Estado tiene de perseguir y reprimir las conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicamente tutelados, no lo sustrae de las obligaciones que éste tiene para la totalidad del conglomerado social, incluyendo la población carcelaria. Los ciudadanos que se encuentran inmersos en el sistema penitenciario, deben ser objeto de especial protección de las instituciones gubernamentales, en procura de su resocialización, ofreciéndoles oportunidades concretas y eficaces que permitan la integración del ex reo al aparato social y productivo de la Nación, sin segregar a la población carcelaria del goce y ejercicio de sus derechos resocializatorios, que desde los desde los imprescindibles aportes doctrinales, hasta la realidad histórica hoy conocida y regida por la actual política criminal, determinan la imperiosa necesidad de no solo ofrecer posibilidades serias de reintegración a la vida en comunidad, sino que más importante aún, deben garantizar que no solo unos pocos miembros de ciertos sectores sociales o políticos sean los únicos benefactores de la aplicación de la prevención general y prevención especial. Este documento ofrece desde un método descriptivo los fines y funciones de la pena dentro de nuestro ordenamiento constitucional y legal, soportado en décadas de estudio por parte de doctrinantes y prestigiosos juristas.

Palabras clave: Derecho Penal, Pena, Reparación, Resocialización, Prevención.

* Abogado Universidad de Caldas. Especialista en Derecho Penal, Universidad de Belgrano, Buenos Aires, Argentina. Especialista en Investigación Criminal de la Policía Nacional de Colombia. Abogado de confianza en asuntos penales. Oficina ABC jurídica. S.A.S. Docente Procedimiento Penal. Correo electrónico: rafa.gom.06@gmail.com.

Abstract

The right that the state has to pursue and punish conduct that harmed or put in danger legally protected property does not exempt from the obligations that this is for the whole social conglomerate including the prison population. Citizens who are immersed in the prison system, should be given special protection of government institutions seeking re-socialization of these offers concrete and effective opportunities to the integration of former inmate to social and productive apparatus of the nation, and not segregating the prison population of the enjoyment and exercise of their rights, from historical and essential doctrinal contributions to the historical reality now known and governed by the current criminal policy, determine the urgent need to not only offer a serious chance of reintegration to life in community, but more importantly, it must ensure that not just a few members of certain social and political sectors are the only benefactors of the application of the general prevention and special prevention. This document provides descriptive method from the purposes and functions of the penalty within our constitutional and legal order, endured decades of study by prestigious jurist's indoctrinators

Keywords:

Criminal Law, repair, resocialization, prevention

Este artículo pretende realizar un acercamiento a las teorías fundamentales sobre el estudio de las funciones de la pena dentro de los sistemas penitenciarios, para realizar una aproximación a la aplicación en nuestro ordenamiento jurídico.

Para comenzar, hay que recordar que el *ius puniendi* es un ejercicio legítimo y necesario que el Estado ejecuta sobre los ciudadanos que cumplen con las hipótesis (tipos penales) descritas de manera abstracta por parte del legislador, a fin de que si se llegase a cumplir con alguna de aquellas, se generase persecución y sanción por parte del Estado.

Pero este ejercicio o “derecho de persecución” no es absoluto. Claus Roxin (1997), distinguido profesor alemán de Derecho Penal, sostiene que:

El ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria excesiva del Estado Levatán (p. 137).

Es que más allá de la necesidad de controlar y reprimir conductas que violan las normas penales, el Estado tiene otras obligaciones. La seguridad dentro de cualquier entorno social, ya sea una pequeña comunidad o una gran Nación, es un elemento fundamental para el desarrollo equilibrado, sostenible y en paz de cualquiera de aquellas. En similar sentido, el tratadista colombiano Fernando Velásquez Velásquez (2010), en su Manual de Derecho Penal, concibe la facultad de persecución y sanción del Estado de las conductas lesivas de bienes jurídicamente tutelados **únicamente** como una forma de “entender” o comprender el derecho penal, advirtiendo que solo es una de las formas de asimilar el objeto de estudio de esta rama del derecho y sosteniendo que existen diversas visiones y formas de comprender o entender el derecho penal y su función reguladora y sancionadora dentro de la sociedad.

Pero el deber de protección y promoción de derechos como la educación y por ende, la resocialización para aquellos que inclusive han infringido la ley penal, resulta no solo deseable, sino indispensable para obtener logros contundentes contra el sostenido crecimiento de la criminalidad.

De aquella necesidad de resocializar o inclusive, rehabilitar al infractor penal, es que las naciones de corte liberal democrático fueron desarrollando teorías que cimentaran principios que superaran las antiguas y cuestionadas teorías retributivas, que simple y llanamente entienden la ejecución de la sanción penal como un acto de venganza ejercido por el Estado en representación de la sociedad.

Y es que la pena vista desde la óptica de las ciencias criminales, debe responder a intereses colectivos (la sociedad) e individuales (víctima y victimario); en primer lugar, protegiendo a la comunidad de actividades que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicamente tutelados al mantener privadas de su libertad o con limitaciones de derechos de los transgresores. Y en segundo lugar, ofreciendo a la víctima protección para impedir repetición de la conducta sancionada, sin soslayarse que de igual forma, la pena debe responder a objetivos resocializadores y reintegradores del infractor por medio de beneficios y programas, que permitan que en el futuro éste no reincida en conductas que lesionen derechos de terceros. Estos intereses tanto individuales como colectivos, son a los que en teoría deben responder las comúnmente denominadas funciones o fines de la pena.

Pero para realizar un primer acercamiento al tema planteado, es importante diferenciar cuál es el cometido del derecho penal y cuál es el fin de la pena misma, entendida ésta como cualquier sanción de tipo penal.

El derecho penal tiene como eje fundamental servir como recurso protector subsidiario de bienes jurídicamente tutelados, y con ello, al individual desarrollo del ser humano como ser independiente, libre y autónomo. Por ello, el derecho penal es considerado como la base fundante en el mantenimiento del orden social, determinándose mediante la aplicación de los tipos penales (creados por el legislador y la subsecuente política criminal) cuáles conductas deben ser perseguidas y reprimidas por parte del Estado.

Sin embargo, cosa muy distinta es conocer qué tipo de conductas o acciones humanas pueden ser restringidas y reprimidas por el Estado mediante sus organismos de control y represión, y otra cosa bien diferente, es diseñar las penas y su forma de ejecución.

Desde hace ya alrededor de medio siglo, las democracias occidentales vienen discutiendo sobre básicamente tres teorías o interpretaciones fundamentales relacionados con las funciones de la sanción penal la discusión que sigue vigente entre académicos, juristas y diferentes sectores que tienen relación directa con la administración de justicia y penitenciaria de cada Estado.

Una de las posturas que “teóricamente” ya no goza de pacífica aceptación entre juristas, académicos y políticos, es la llamada “Teoría de la retribución”. Esta corriente no persigue ningún fin u objetivo de tipo social, resocializador o reparador. Lo que persigue fundamentalmente es transmitir mediante la imposición de la pena, considerada ésta como un castigo o mal, un equilibrio entre el daño causado por el victimario y, por ende, una “expiación” de culpa, como resarcimiento del perjuicio causado a la víctima. Es un acto de venganza.

Tal y como lo expresa con manifiesta claridad el profesor alemán Claus Roxin (1997), en su libro *Derecho penal, parte general*, tomo I:

La concepción de pena como retribución compensatoria realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con cierta naturalidad: la pena debe de ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del talión: ojo por ojo, diente por diente (p. 82).

Sin embargo, no se puede desconocer, como lo señala el profesor alemán, que esta postura pretendió extinguir, con buen éxito, la justicia privada o particular, y la delegó a los objetivos y funciones propias de la política criminal particular de cada Estado.

A pesar de parecer obsoleta, ineficiente, inhumana o como se le quiera llamar a este tipo de aplicación o ejecución de sanciones, ésta corriente doctrinal, sorprendentemente sigue vigente en diversos ordenamientos jurídicos, que como en el nuestro, han encontrado sustento en interpretaciones y justificaciones desde la misma jurisprudencia y el derecho comparado, cuando por ejemplo, el Tribunal Constitucional Alemán -hasta no hace muchos años- declaró en BverfGE 22, 132 que “cualquier pena criminal es, según su esencia, una retribución mediante la causación de un mal”.

En suma, la teoría de la retribución se puede considerar como lo hace Roxin BverfGE 22, 132 (1997), *como* una fórmula basada en la “compensación” de la culpabilidad. Se pretende mediante la expiación, recompensar de alguna forma, el mal causado.

No se puede desconocer que aunque esta concepción o interpretación de la función o fin de la pena, choque con la mayoría de los hoy aceptados postulados y principios constitucionales referentes a la incolumidad de la dignidad humana, la función de la pena acá propuesta impulsó, como ya se dijo en renglones anteriores, la justicia administradora por imparciales (autoridades legítimamente constituidas), y sustituyó la indeseada justicia particular.

Sin embargo, en la teoría retributiva es bastante criticable su función social. Y es que una ejecución de una pena, que parte de la base de una imposición de un mal sin contraprestación alguna, difícilmente puede servir como herramienta que origine reparaciones a la víctima o a la sociedad, pues al no haber resocialización sino simplemente un acto de venganza, poco interés podrá tener el ya condenado en reparar el daño causado.

Tanto el fin del derecho penal como del fin de la pena, se deben apartar contundentemente de erigir las ciencias penales como un simple sistema persecutor y represor, más aún en nuestros días, cuando los derechos de las víctimas han adquirido un verdadero valor ideal y material de justicia.

Y entonces, aquellas ideas de apartarse de la concepción de ver el proceso penal y más precisamente la sanción penal como un puro acto expiatorio de culpa, originaron en la época de la posguerra nuevas teorías tendientes a humanizar el proceso penal y la sanción penal, sin ignorar que ya desde el mismo Platón en su Séneca, De ira líber I, XIX-7, leyes 934, expresó que: "Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque".

La visión jurídico política del filósofo griego, adoptada por los académicos de la segunda mitad del siglo XX, apuntaba a que la pena debía estar encaminada a la protección del autor individual (especial). Esta corriente jurídica filosófica dio vida a la contemporáneamente conocida "*teoría de la prevención especial*"; que a diferencia del objetivo "*retributivo*" de la pena con carácter absoluto, pretende la prevención de la comisión de conductas punibles a través de la reeducación del condenado.

Esta segunda tesis se perfeccionó durante la época de la ilustración y fue denominada como "*teoría independiente de la prevención especial*". Su promotor fue el más importante político criminal alemán Franz v. Liszt que según lo comenta Roxin en su obra de (1997). Dicho autor sostenía que la prevención penal actuaba de tres formas: a) asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante la privación de la libertad de éstos; b) Intimidando al autor, mediante la pena para promover el que éste no siga delinquiriendo en el futuro, y c) cuidándolo de recaer en la reincidencia mediante su corrección.

La teoría de la prevención especial como fin de la pena persigue el principio de la resocialización. Para los precursores y promotores de esta teoría, como los anteriormente referenciados, son meritorios los resultados teóricos y prácticos al darse cumplimiento a los postulados del Derecho Penal en cuanto obliga a la protección tanto del individuo como también de la sociedad, ayudando al autor, no marginándolo socialmente, sino integrándolo a través de mecanismos y procedimientos pedagógicos e inclusive terapéuticos profilácticos y, por supuesto, resocializadores.

Obviamente, la puesta en práctica de la prevención especial presenta inconvenientes múltiples y que son conocidos desde hace mucho tiempo. La dificultad más evidente es que no muestra o proporciona alguna fórmula concreta para la ponderación de la pena, lo que sí claramente concretaba la teoría de la retribución; o sea, conocer cuál es el tiempo necesario para mantener privado de la libertad al condenado para que se resocialice por completo, según los lineamientos establecidos desde la política criminal. No conocer dicho límite podría llevar al purgamiento de penas o condenas con duración indeterminada, incluso en delitos de menor entidad donde se pudiese establecer que todavía existen inferencias o evidencias de un no “cambio” en el comportamiento del sujeto.

De igual manera, esta teoría enfrenta cuestionamientos desde el punto de vista de que con qué derecho debe el estado forzosamente educar ciudadanos adultos, por ejemplo Kant y Hegel miraban tal situación como una agresión a la dignidad humana; visión que compartía el mismo Aristóteles cuando resaltaba que no resultaba deseable la educación forzosa, pues viola la naturaleza de la libertad humana.

Consecuencia de estas críticas, la teoría de la retribución volvió a tomar fuerza a mediados de la década de los setenta. Pero ese intento de retorno a las ya superadas teorías retributivas absolutas, era contrario a las corrientes que para aquel entonces tenían mayor fuerza dentro de diferentes sectores académicos y jurídicos. Dicho intento de resurgimiento de las teorías absolutas retributivas con el nombre de “neo clasismo” adquirió preponderancia especialmente en Escandinavia y América; pretendía (no con mal espíritu) atacar la imposición de penas de indeterminada duración. De igual manera, se buscaba combatir el “tratamiento forzoso” para los condenados por comisión de delitos; tratamiento que hoy día resultaría impresentable en un Estado Social de Derecho de corte liberal.

Paralelamente al intento retribucionista de mantenerse vigente dentro de los sistemas judiciales y penitenciarios, surgió una tercera teoría la cual no identifica el fin de la pena ni en la retribución (expiación), ni en la influencia sobre su autor (prevención especial), sino la influencia sobre la sociedad, la cual mediante amenazas penales se conmina al conglomerado

do social sobre las consecuencias de cumplir con las hipótesis descritas en los códigos penales (2016). Esta tercera teoría es la que hoy día se conoce como “teoría de la prevención general”.

Dicha corriente pretende la prevención de la comisión de conductas punibles. Para la teoría de la prevención general, la pena debe actuar no especialmente sobre el condenado (como ocurre en la teoría de la prevención especial), sino que debe de actuar sobre la comunidad en su conjunto. Es decir, sostiene que el advertir o amenazar a la comunidad en general, sobre las consecuencias de hacer o dejar de hacer determinada acción que se encuentra conminada con sanción (penal), debe propiciar la conciencia **general** en la comunidad de que al transgredir dicha conminación, se estará inmerso en la persecución y posterior represión del Estado a través del ejercicio del *iuspuniendi*.

La teoría de la prevención general fue desarrollada por Paul Johann Anselm v. Feuerbach (1775- 1883) considerado como el fundador de la moderna ciencia del Derecho Penal alemán. El autor fórmula esta teoría a partir de la llamada *teoría de la coacción psicológica*. Se recreaba la situación desde la idea de imaginar el alma del delincuente potencial que cae en la tentación entre motivos que lo impulsan a cometer el acto ilícito, y aquellos que lo motivan a resistirse de cometer la conducta conminada.

Es decir, la prevención general pretende generar la coacción mental del autor que obstaculice o impida la comisión de un hecho delictivo, proyectándose a través de la amenaza o advertencia que hace el legislador con la creación del tipo penal, la sanción a la que se haría acreedor y sus indeseables consecuencias. Se procura la mera intimidación de los ciudadanos, evidenciándose que en la eventual necesidad de ejecutar la pena, ésta sea efectiva en el sentido último de su objetivo legal y social, el cual es crear sensitivamente la conciencia intimidatoria que debe de tener la represión estatal con la ejecución de la sanción.

Los defensores de la teoría de la prevención general valoran positivamente los resultados de la aplicación de esta postura, pues tal como lo expresa Roxin (1997), en *Derecho penal, parte general tomo I*: “comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y

poder de ejecución del ordenamiento jurídico”(p. 91). Se busca entonces, que la pena tenga como misión mostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico fomentando la seguridad jurídica de la sociedad o comunidad.

La prevención general puede decirse que cumple con tres fines y efectos distintos. El efecto de *aprendizaje* motivado a través de la sensibilización pedagógica que hace el legislador con la creación de los tipos penales, *el ejercicio confiable del derecho* que se origina por la actividad propia del derecho penal, y el efecto de *pacificación* que se da cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción por la transgresión de la norma penal y la solución de dicho conflicto con el autor.

El aspecto negativo se puede circunscribir a que, como lo expresa Feuerbach (año), hoy día existe unanimidad acerca de que solo un porcentaje de las personas con tendencia a la criminalidad efectivamente ejecutan hechos delictivos con tal premeditación que les puede llegar a afectar la denominada “intimidación”. De igual forma, según el mismo Roxin :

En estas personas tampoco funciona intimidatoriamente la magnitud de la pena con que se amenaza, sino la dimensión del riesgo de ser atrapados. Político-socialmente hay que sacar de ahí la conclusión de que no una agravación de las amenazas penales, como se exige una y otra vez en el carácter público, sino más bien una intensificación de la persecución penal. (Por ejemplo: refuerzo y mejor entrenamiento de la policía) puede tener éxito en cuanto a la prevención general (p. 91).

Entonces, la teoría de la prevención general si bien resulta favorable, en los sistemas penales modernos, en razón a que pretende crear conciencia colectiva (suposiciones psicosociales, según Roxin) para evitar la ocurrencia de delitos, ésta presenta serias falencias teórico prácticas. Para empezar, al igual que la teoría de la prevención especial, no muestra ningún baremo para medir la duración de la pena a imponer. Por otro lado, se corre el riesgo de recaer en prácticas de terrorismo estatal, pues pueden imponerse penas muy duras por conductas que no lo ameriten.

Sin embargo, a pesar de sus deficiencias es incuestionable que la prevención general, al menos de manera negativa y no conminatoria, resulta imprescindible para el sostenimiento de cualquier política criminal, pues principios penales como el de legalidad, exigen intrínsecamente el conocimiento de las conductas que son perseguidas por la justicia.

Posterior a la decantación y expansión de las teorías preventivas en los estatutos legales de diferentes naciones, se siguieron presentando intentos de rescate de posturas teóricas retributivas; pero esta vez con un fin unificador. Es decir, los todavía defensores de las teorías retributivas pretendieron combinar las concepciones discutidas anteriormente considerando la retribución, la prevención especial y prevención general como un todo que persiguen el mismo fin simultáneamente, pero manteniendo el elemento retributivo como la función dominante de la pena por la necesidad de expiación de culpa en el autor, considerándose los fines preventivos como secundarios o, inclusive, aleatorios en el mantenimiento del ordenamiento social. Dicha teoría es conocida como la “teoría unificadora”, corriente que en la actualidad goza de amplia aceptación entre la gran mayoría de las democracias occidentales incluyendo la nuestra, muy a pesar de que la comunidad académica reiteradamente ha expresado que la unificación solo debiese de existir entre las teorías preventivas.

Es decir, tanto la prevención especial como la prevención general debiesen estar inmersas conjuntamente como fines esenciales y únicos de la pena. Pues resulta naturalmente deseable que los hechos delictivos puedan ser evitados mediante la influencia sobre el ciudadano con la creación de los tipos penales; pero también resulta indispensable la protección del condenado y su posterior reinserción social. La satisfacción de los principios preventivos especiales, no solamente facilita el rescate personal del individuo inmerso en el sistema penitenciario y judicial, sino que valoriza la productividad de la población carcelaria con miras al ingreso a la vida productiva del país, en el momento en que las condenas hayan sido ejecutadas.

Inclusive, las teorías preventivas son beneficiosas también en los casos en los que no se puede contar con la resocialización del condenado, pues toda reinserción social debe partir de la base de una cooperación vo-

luntaria del penado, y en los casos en que esta voluntad no se manifiesta o muestra evidente, adquiere plena justificación la protección dirigida a la comunidad con miras a excluir personas renuentes a aceptar normas de convivencia social previamente establecidas.

Para la academia, esta corriente de naturaleza mixta es la ideal, pues acoge los enfoques preventivos especiales y generales, de manera que uno queda en un primer plano mientras el otro está en el segundo nivel, según el caso concreto y el contexto preciso. En unos casos resultará necesaria la protección y resocialización del condenado, con la respectiva protección a la víctima o a la comunidad, pero en otros primará la protección a la comunidad por encima inclusive, de la persona condenada. En el primero aplicará la prevención especial, y en el segundo se estará frente a la prevención general.

La crítica más fuerte que surge a esta teoría no reposa siquiera en su planteamiento teórico, sino más bien en las posibilidades prácticas de poder llevar a cabo sus cometidos. Resultan necesarios esfuerzos en la incorporación, capacitación y especialización de nuevo personal orientados a obtener la reinserción social de los internos de establecimientos carcelarios. Hoy, la mayoría del personal integrante de instituciones penitenciarias cumple labores de vigilancia y control, que en poco o nada influyen sobre el objetivo fundamental de la prevención especial. Y ni que decir de la infraestructura carcelaria de países que como el nuestro está colapsada y necesariamente hace imposible ejecutar planes resocializadores eficientes.

Cuando la prevención especial exige la resocialización del condenado, lo hace con el fin no solo de proteger al condenado con programas o mecanismos resocializatorios, terapéuticos, profilácticos y rehabilitatorios, sino con el propósito de reintegrar a la sociedad a un ciudadano productivo con posibilidades serias de poderse insertar en el mercado laboral, y así contribuir con crecimiento y desarrollo sostenible de su entorno.

Es de considerar que según Gómez Horta (2010), en *Costos jurídico administrativos a la persecución al consumo de estupefacientes*, para el año 2009 “el mantenimiento de cada preso cuesta al Inpec \$29.056 diarios,

en razón a manutención, seguridad, salud y demás rubros estamos frente a un gasto que puede ascender a casi \$600.000.000 diarios” (p. 10). Lo anterior indica el elevado costo que ya para el año 2009, representaba el sostenimiento de un interno en alguno de sus establecimientos, según la propia información suministrada por el Inpec, sin que se tuviese siquiera certeza de índices de resocialización y reinserción social a pesar de los inmensos rubros destinados para el solo mantenimiento de la población carcelaria.

En suma, el sostenimiento de un interno en establecimiento carcelario es muy elevado y más aún, si se tienen en cuenta los altos montos punitivos de muchas de las condenas actuales. En los casos en los que se puede verificar que no existió posibilidad efectiva de resocialización, es evidente que no solo existen más probabilidades de reincidencia, sino también de ampliar el porcentaje de desempleo de las calles de las ciudades, pues cumplidas y ejecutadas las condenas individuales, resulta en la práctica casi que imposible acceder al mercado laboral con condiciones mínimas de dignidad y seguridad social.

En ese marco, cabe preguntarse y cuestionarse ¿cuáles han sido los resultados obtenidos por el Estado colombiano en procesos de resocialización dentro del sistema penitenciario? No hay que ser el más pesimista para responder que muy pocos, por no decir que ninguno. La pésima infraestructura, el deficiente número de personal destinado a labores terapéuticas, resocializadoras, formadoras, sumado a la falta de iniciativa política y jurídica por cumplir con tales fines, han detonado la actual situación carcelaria del país, que fuera de Brasil y Venezuela, es la más grave de América del sur.

Pero más allá de los problemas prácticos recién señalados, hay que decir que el legislador en Colombia no se ha desligado de fines retributivos, al señalar dentro de las funciones de la pena la “retribución justa”; cuando en el artículo 4 del Código Penal (2010) se establece que “la pena cumplirá las funciones de prevención general, **retribución justa**, prevención especial, reinserción social y protección al condenado”, situación que ha servido como excusa para mantener en la conciencia de los jueces y fiscales de la República la convicción de que la imposición de sanciones

privativas de la libertad en centro carcelarios como los de nuestro sistema, es el mejor mecanismo para llegar a la verdad, a la justicia y a la reparación protegiendo a la víctima, a la comunidad y al mismo condenado; pero pasándose por alto las consecuencias del haber estado inserto en un sistema penitenciario que, como el colombiano, dificulta tener procesos resocializadores efectivos por causas como el hacinamiento. Hacinamiento que pudiese ser mucho menor si existiese una efectiva aplicación de principios preventivos especiales y se otorgaran los beneficios que los procesos resocializatorios exigen.

Hay que recordar y tener en cuenta que en Colombia no existen penas perpetuas, ni la acumulación punitiva, por lo que la inmensa mayoría de la población carcelaria en algún momento de su vida regresará a la calle. La pregunta es ¿a qué? ¿A qué va a regresar un ex presidiario después de purgar dos, tres, cinco, ocho, diez, quince o veinte años de prisión? ¿De qué le habrá servido el haber estado “protegido” por ese lapso de tiempo? ¿Y qué obtendrá la comunidad cuando éste regrese a la libertad?

En Colombia, según datos oficiales, la población carcelaria asciende a cerca de ciento veinte mil internos (120.000) en los ciento cuarenta (140) establecimientos carcelarios. Dicha población, en su inmensa mayoría ha sido privada de su libertad con fundamentos y argumentos jurídicos que le dan mayor prevalencia a los fines retributivos, al no contarse con procesos resocializadores eficientes, y también hay que decirlo, por el temor de otorgar beneficios que en procesos reintegradores son indispensables, pero que por la presión de los medios de comunicación y ciertos sectores de la sociedad, no son gozados por sus destinatarios por evitar cuestionamientos por el simple hecho de otorgarse el mencionado beneficio o derecho procesal.

Y entonces acá cabe cuestionarse seriamente ¿Cómo explicar o qué hacer con esas decenas de miles de reclusos que exigirán, en todo su derecho, acceder a los mecanismos y procesos reintegradores que se les ofrecen a jefes de organizaciones al margen de la Ley que poseen en su prontuario condenas por delitos de suma gravedad en diferentes latitudes? ¿Cómo sostener un posible pos conflicto cuando los fines y medios resocializadores de la prevención especial está siendo ampliamente dis-

cutida con personas que superan con creces los reproches criminales de un gran porcentaje de la actual población carcelaria? Población que está sancionada en función de la prevención general y la retribución justa, pero que no conoce una función preventiva especial en sus casos particulares, que suman cientos de miles en el actual sistema penal y carcelario.

Ardua tarea le queda a la rama legislativa, ejecutiva y judicial en pensar cómo lidiar con el seguro descontento de todo el entorno penitenciario del país, cuando solo unos cuantos sean objeto de los programas resocializadores con el otorgamiento de beneficios procesales y políticos; y por el contrario, el resto del tejido social penitenciario del país deba cumplir íntegramente las condenas impuestas, con casi ninguna posibilidad de beneficios procesales, legales o administrativos; tal cual, como por ejemplo ocurre con la errónea política criminal seguida por el Estado colombiano en los últimos años, y su consecuente legislación penal, en asuntos relacionados con los tipos de extorsión y aquellos vinculados con la libertad, integridad y formación sexual de menores de edad.

REFERENCIAS

- BverfGE 22, 132. Sentencia del tribunal supremo alemán constitucional. Claus Roxin. (2006). *Derecho Penal, Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Editorial Civitas
- Código de Procedimiento Penal [Código Actualizado]. (2015). República de Colombia: Editorial. Leyer
- Código Penal Colombiano [Código]. (2010). República de Colombia: Ediciones Leyer.
- Código Penitenciario Colombiano [Código Actualizado]. 2016 República de Colombia: Leyer.

Constitución Política de Colombia [Const. Edición actualizada]. (1991).
República de Colombia: Temis.

Velásquez Velásquez, F. (2010). *Manual de Derecho Penal, Parte General*
(5ª ed.). Ciudad: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Gómez Horta, R. (2010). Costos jurídicos administrativos por persecución
al porte de estupefacientes. *Novum Jus, vol.4*)

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 be 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

PUBLICATION ETHICS

- The Editorial Committee, by virtue of transparency in processes, shall ensure the confidentiality of the information received, as well as the journal's academic quality.
- The following are regarded are causes for rejection: plagiarism, adulteration, invention or forgery of data related to the contents or to the author, texts which are not unpublished and original.
- In no case shall the Journal Direction demand its citation from the author, nor will it publish papers with conflict of interest.
- If once the paper is published: 1) The author discovers errors of substance which harm the quality or scientific character of the paper, he may require its withdrawal or correction. 2) A third party finds an error, it is the author's duty to immediately retract his statement, and proceed to publicly withdraw or correct it.

Universidad Católica 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