

REVISTA REPUBLICANA

Publicación del Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana

No. 9

Julio-Diciembre de 2010

ISSN: 1909-4450



REVISTA REPUBLICANA

Publicación del Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana

No. 9

Julio-Diciembre de 2010

ISSN: 1909-4450

DIRECTIVOS CORPORACIÓN UNIVERSITARIA REPUBLICANA

Presidenta del Consejo Superior : Diana Josefina Téllez Fandiño

Rector : Gustavo Adolfo Téllez Fandiño

Vicerrector : José Miguel Pinilla Malagón

Jefe de Planeación : Jaime Andrés Arboleda Oviedo

Directora del Centro de Investigaciones : Diana Rocío Bernal Camargo

Decano Facultad de Derecho
y Ciencias Políticas : Iván Alfonso Cancino González

Decana Facultad de Contaduría : María Cecilia Galindo de Galindo

Decana Facultad de Trabajo Social : Olga Lucia Pérez Ruiz

Decana Facultad de Finanzas
y Comercio Internacional : Claudia Ximena Fino Carantón

Coordinador Programa
de Ingeniería Industrial : Ramón María Cubaque Mendoza

EDITORIA

Claudia Patricia Jiménez Fandiño

COMITÉ CIENTÍFICO

Gustavo Adolfo Téllez Fandiño

Rector de la Corporación Universitaria Republicana

Marcía Luz Solorza Luna, Ph.D.

Docente, Universidad Nacional Autónoma
de México - UNAM.

Eduardo Rodríguez Martínez, Ph.D.

Docente, Universidad Libre, Bogotá D.C.

Miguel Ángel Urrego Ardila, Ph.D.

Docente e investigador, Universidad
Michoacana de San Nicolás de Hidalgo,
Morelia - México

Jaime Zuleta Marín, Ph.D.

Docente, Corporación Universitaria Republicana

Antonio José Cancino, Ph.D.

Docente Corporación Universitaria Republicana

Revista Republicana, es una publicación del Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana - Bogotá, D.C.

Los artículos publicados en la revista pueden ser reproducidos total o parcialmente, citando la fuente y el autor.

Enfoque o perspectiva de análisis y contenido de los artículos son responsabilidad de los autores.

COMITÉ EDITORIAL

Diana Rocío Bernal Camargo

Abogada. Especialista en Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid; DEA en Bioética y Biojurídica, Universidad Rey Juan Carlos de Borbón - España; candidata a doctora en Bioética y Biojurídica, Universidad Rey Juan Carlos de España. Docente investigadora de la Corporación Universitaria Republicana.

Henry Bocanegra Acosta

Abogado de la Universidad Libre. Licenciado en Ciencias Sociales. Magíster en Administración Pública. Doctorante en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas. Docente investigador de la Universidad Libre y de la Corporación Universitaria Republicana.

Henry Torres Vásquez

Abogado. Doctor en Empresa y Sistema Penal de la Universitat Jaume I de Castellón España. Docente investigador de la Universidad Libre - Bogotá D.C.

Néstor Raúl Ramírez Moreno

Licenciado en Ciencias Sociales de la Universidad del Tolima. Diplomado en Derechos Humanos. Maestría en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales Contemporáneos, I.A.E.D. - Universidad Externado de Colombia. Docente investigador de la Corporación Universitaria Republicana.

Juan Trujillo Cabrera

Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Magíster Legum LL.M. de la Universidad de Osnabrück (Alemania) Docente investigador Corporación Universitaria Republicana.

Luis Andrés Fajardo Arturo

Abogado. Master en Derecho Internacional Público de la Universidad de París II. Especialista en Derechos Humanos, Universidad Alcalá de Henares (España). Docente investigador de la Universidad Sergio Arboleda.

Pascual Amézquita Zarate

Abogado Universidad Nacional de Colombia. Licenciado en Ciencias Sociales. Doctorante en Economía ESEADE, Argentina. Docente investigador de la Universidad Sergio Arboleda.

Ronald Becerra Rodríguez

Abogado de la Universidad Libre de Colombia. Master of Laws LL.M with merit International Trade Law de London Metropolitan University (Inglaterra). Docente investigador der la Corporación Universitaria Republicana.

Sergio Roberto Matias Camargo

Abogado. Doctor en Sociología Jurídica. Magíster en Estudios Sociales Interdisciplinarios. Docente investigador de la Universidad Libre - Bogotá D.C.

Publicación semestral
Número de ejemplares: 500
ISSN 1909-4450

Se pueden enviar observaciones y comentarios sobre los artículos y sobre la revista en general al e-mail: curepublicana@gmail.com

Información:

Centro de Investigaciones
Cra. 7 No . 19-38 • PBX: 286 23 84 • Fax: 342 27 71
E-mail: informes@urepublicana.edu.co • Bogotá, D.C., Colombia

Armada digital e impresión:

Grafiweb Impresores Publicistas Tel.: 6945017
grafiwebprerensa@gmail.com

PARES EVALUADORES

Ricardo Escobar Delgado

Filósofo de la Universidad Santo Tomás - Bogotá D.C. Especialista en Derechos Humanos. Especialista en docencia universitaria. Doctor en Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Pontificia de Salamanca - España. Docente investigador, Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Libre - Bogotá D.C.

Omar Huertas Díaz

Abogado. Maestría en Derecho Penal. Universidad Libre, Bogotá D.C. Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica. Universidad Alcalá de Henares, Madrid, España. Doctorando Interdisciplinario en Sociedad de la Información y del Conocimiento ©. Universidad Oberta de Cataluña, Barcelona, España (período docencia). Docente Universidad Nacional de Colombia

Elías Castro Blanco

Filósofo. Especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica. Maestría en Historia. Candidato a Doctor en Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia. Docente investigador de la Facultad de Filosofía, Universidad Libre.

Over Humberto Serrano Suárez

Abogado. Magíster en Estudios Políticos, Universidad Javeriana. Magíster Derecho Penal y Criminología, Universidad Libre, Bogotá D.C. Docente investigador, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

Juan Pablo Galeano Rey

Abogado. Magíster en Estudios Políticos, Universidad Javeriana. Candidato a Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Docente investigador Universidad Libre - Bogotá D.C.

Hernán Martínez Ferro

Filósofo y magíster en Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia. Candidato a Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia. Docente investigador, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UPTC.

Álvaro Castro Muñoz

Economista, Universidad de Nariño. Magíster en Ciencia Política (PUJ). Magíster en Seguridad y Defensa (Escuela Superior de Guerra). Director del Consultorio de Pasantías y Prácticas Empresariales de la Facultad de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad de la Universidad Militar Nueva Granada.

Raúl González Romero

Abogado. Maestría en Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Docente investigador, Corporación Universitaria Republicana.

Wilson Libardo Peña Meléndez

Sociólogo. Magíster en Filosofía. Docente investigador, Facultad de Derecho de la Universidad Libre - Bogotá D.C.

CONTENIDO

	Pág.
EDITORIAL	9
NORMAS DE PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA REPUBLICANA	11
ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN	
Problemas en la regulación e interpretación de la presunción de inocencia en la Ley 906 de 2004 <i>Eduardo Matyas Camargo</i>	15
Análisis histórico y comparado del comercio electrónico <i>Juan Trujillo Cabrera, Ronald Becerra Rodríguez</i>	37
La competencia y la intervención estatal <i>María Elena Grueso Rodríguez</i>	55
Fondos de Capital de Riesgo y las Pymes Colombianas <i>Ciro Germán López Díaz</i>	67
COLABORADORES EXTERNOS	
Aplicación de los Convenios de la OIT en materia de Derecho de Asociación Sindical y Negociación Colectiva en las decisiones de los operadores judiciales en Colombia <i>Francisco Rafael Ostau De Lafont De Leon, Leidy Ángela Niño Chavarro</i>	89
Nación y nacionalismo en el Sáhara Occidental: una perspectiva desde el constructivismo <i>Walter Cadena Afanador, Mónica Rosas Márquez</i>	107
Línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre los derechos de las víctimas <i>Álvaro E. Márquez Cárdenas</i>	125

La persecución al terrorismo frente a los derechos humanos. Una mirada desde el Derecho Penal Internacional <i>Henry Torres Vásquez</i>	141
Representaciones sociales de los derechos humanos protegidos por el DIH: conceptualizaciones preliminares a un estudio analítico <i>Fernando García, Diana Bernal, Anyela Moreno</i>	155
The danger of populism macroeconomic populism in Latin America. Is Colombia the exception? <i>Rosalvina Otálora Cortés</i>	173
De la crisis del positivismo jurídico al imperio de los principios en el nuevo derecho <i>Ferney Rodríguez Serpa, Pilar Ruiz Zapata</i>	199
Historia y jóvenes: aproximaciones y perspectivas teóricas <i>Carlos Arturo Reina Rodríguez</i>	217

EDITORIAL

Los desarrollos normativos y jurisprudenciales que Colombia ha tenido en los últimos lustros, especialmente desde la promulgación de una nueva Constitución Política en 1991, pero también los problemas y transformaciones sociales, económicas e institucionales que le ha correspondido afrontar al país en tiempos recientes, constituyen un incentivo muy valioso en el fomento de la investigación en general, pero muy en particular, en lo atinente al campo jurídico y socio jurídico, de forma tal, que la investigación se convierte en un asunto imprescindible, necesario y pertinente, en la búsqueda de la garantía, protección y defensa de los Derechos Humanos, sean estos de 1ª, 2ª o 3ª generación.

Desde esta perspectiva, el Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana continúa en su propósito de aportarle a la comunidad académica y al país en general, resultados de los múltiples procesos investigativos que se vienen desarrollando, visibilizándolos a través de una nueva edición de la Revista Republicana. Esta publicación ha cumplido con la periodicidad establecida y la observancia de unos requisitos y criterios de publicación que, entre otras cosas, permita su indexación por parte de COLCIENCIAS, es decir, su inclusión en el Índice Bibliográfico Nacional, PUBLINDEX.

La Institución está empeñada en seguir avanzando en la consolidación del trabajo académico que se viene realizando en su Centro de Investigaciones, y que constituye la razón de ser de la Revista Republicana. El Centro de Investigaciones es su cantera, su materia prima por excelencia, y la Revista el medio más eficaz para hacer visible ante propios y foráneos, su producción intelectual y la de connotados académicos, del orden nacional e internacional, externos a la Corporación Universitaria Republicana, que han honrado a la Revista con interesantes e importantes artículos.

En este número aparecen artículos producto de proyectos de investigación, en su mayoría terminados, sobre unas temáticas pertinentes frente a los requerimientos de la administración de justicia, los desarrollos sociales y normativos contemporáneos.

Editores

NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS PARA LA *REVISTA REPUBLICANA*

Las directivas de la Corporación Universitaria Republicana y el Centro de Investigaciones, invitan a investigadores nacionales e internacionales a participar con sus artículos en las próximas publicaciones de la Revista Republicana. Artículos que deben ser inéditos, productos de proyectos de investigación preferiblemente terminados; en temas relacionados con Derecho y ciencias sociales.

Para su recepción, evaluación y publicación los artículos deberán cumplir con lo siguiente:

1. Componentes:
 1. Resumen en español.
 2. Palabras clave.
 3. Abstract.
 4. Key-words.
 5. Introducción.
 6. Problema de investigación.
 7. Hipótesis de trabajo.
 8. Estrategia metodológica.
 9. Resultados.
 10. Conclusiones.
 11. Bibliografía.
2. Los artículos deberán tener un sustento bibliográfico. Las referencias bibliográficas tienen que hacerse de acuerdo con las normas nacionales e internacionales actualmente utilizadas en este tipo de publicaciones (ICONTEC-APA).
3. En la primera página se debe hacer la correspondiente referencia a pie de página sobre el autor y sus calidades académicas e investigativas. Igualmente señalar el proyecto de investigación del cual procede el artículo y la institución que financia dicho proyecto.
4. Extensión máxima de 20 páginas, presentación en Word. papel carta, letra Arial 12 a espacio y medio.

La revista podrá publicar artículos que cumplan con los requisitos de forma y contenido y que hayan sido evaluados favorablemente por árbitro o par académico externo.

Los artículos podrán remitirse en medio físico a la sede administrativa de la Corporación Universitaria Republicana, Centro de Investigaciones (Carera 7° No. 19-39, Piso 4°. Teléfono 2862384) o a los correos curepublicana@gmail.com; nestoramirezmo@yahoo.es



REVISTA REPUBLICANA

Publicación del Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana

No. 9

Julio-Diciembre de 2010

ISSN: 1909-4450

**ARTÍCULOS
DE
INVESTIGACIÓN**

PROBLEMAS EN LA REGULACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA LEY 906 DE 2004 *

Eduardo Matyas Camargo**
Corporación Universitaria Republicana

*” Cuando la inocencia de los ciudadanos
no está asegurada, tampoco lo está la libertad”
Montesquieu (El espíritu de las leyes)¹.*

RESUMEN

La presunción de inocencia no siempre fue un principio del derecho penal. En la Antigüedad, y hasta la edad Media, lo que primaba era la presunción de culpabilidad, que se corroboraba por los investigadores a través de métodos bárbaros como el potro, la prueba del fuego o el agua hirviendo, que llevaba a los acusados a confesar de cuanto crimen o delito fueran acusados.

Con el avance de las ideas racionalistas se abre paso la deslegitimación de la tortura y refulge la presunción de inocencia como principio sobre el que subyace el proceso penal: todo procesado es inocente mientras no se establezca su culpabilidad. Junto con esta conquista se abrieron paso otros derechos erigidos en normas rectoras: el de legalidad de las penas, el juez natural, la prohibición de la tortura, la irretroactividad de las penas.

La Revolución Francesa recogió estas garantías en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano; y en adelante, las constituciones de las nacientes repúblicas y las nuevas democracias recogerían estas conquistas, que serían posteriormente plasmados en los modernos sistemas procesales penales.

La primera mitad del siglo XX trajo consigo dos guerras mundiales, con un alto legado de muerte y destrucción. Como respuesta se creó la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el sistema universal de derechos humanos, los sistemas regionales como la OEA y el sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuyas declaraciones y convenciones recogen como derechos humanos el debido proceso, la presunción de inocencia y demás garantías procesales.

Las constituciones de Colombia consagraron en sus postulados estos nuevos derechos, y

Fecha de recepción: 28 de septiembre de 2010. Fecha de aceptación: 13 de octubre de 2010.

* Este artículo es producto de la investigación terminada “Los derechos fundamentales en el sistema penal acusatorio”, de la línea de investigación Derecho Penal y Política Criminal, del Grupo de Investigación Derecho Público, perteneciente al Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana, Facultad de derecho y Ciencias Políticas, Grupo reconocido y categorizado por Colciencias.

** Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, especializado en Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Investigador del Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana. Correo electrónico: ematyasdih@hotmail.com

1 MONTESQUIEU, M. Imprenta de Demonville, Madrid, 1821, Tomo 1, pág. 291.

de allí pasaron a los códigos penales y procesales. En 1991 se renueva la organización política bajo el paradigma del Estado Social de Derecho, que consagra las garantías procesales como derechos fundamentales, dando inicio a la separación de la investigación del juzgamiento, prototipo que para hacerlo realidad hace necesario reformar el artículo 250 de la Carta, y la expedición de un nuevo código (Ley 906 de 2004) basado en el sistema penal acusatorio, que recoge y amplía las garantías procesales.

El nuevo código procesal pretende ser ampliamente garantista y protector de los derechos de los imputados o acusados, especialmente de la presunción de inocencia como parte del debido proceso. La investigación escruta el arraigo de este principio en el derecho internacional de los derechos humanos y en la carta constitucional, y analiza el contenido y alcance de esta importante garantía, y su afectación por las reformas introducidas a la Ley 906 de 2004.

Palabras clave: presunción, inocencia, sistema penal acusatorio, garantías procesales, *iuris tantum*, culpable, derecho, prueba.

ABSTRACT

Presumption of innocence was not always a principle of criminal law. In ancient times, and even in modern times, presumption of guilt took precedent over innocence. In fact, questioners confirmed how guilt was the defendant through barbaric techniques such as the rack, the test of fire, or through boiling water, which were methods that forced the defendant to confess all the crimes or offenses that had been previously charged.

Along with the progress of rationalist ideas, torture losses legitimacy while presumption of innocence emerges as a principle that underlies the criminal process: any person is presumed to be innocent until their guilt has been established. Along with this achievement, other rights emerged: prohibition of

torture; the principle of legality and execution of sentences; the right to be judged by a competent, independent, impartial and previously established judge, and the general principle of irretroactivity of law.

Subsequently, the French Revolution gathered these principles and rights in the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, and the newborn democracies and republics would collect them in their constitutional canons. Later, the modern criminal law eventually incorporated all these rights as the new principles of the criminal procedure.

The first half of the twentieth century brought not only two world wars with their legacy of death and destruction, but also the creation of the universal human rights system. Thus, the United Nations (UN), the Organization of American States (OAS), and the Interamerican Human Rights Commission were born, and their declarations and conventions added due process, presumption of innocence and other guarantees as human rights.

Particularly, the successive Colombian Constitutions adjusted their spirit to the newly recognized human rights, and all those principles were subsequently integrated into the Colombian criminal law and criminal procedure canons. Finally, the Colombian political organization was reorganized in 1991 under the paradigm of the Social Rule of Law, and the new constitution officially recognized all the principles attached to the due process as fundamental rights.

As a consequence, the constitution of 1991 allowed the integration of those new fundamental rights into the political system, and also established the pillars of the present system of separation between prosecution and investigation. Nevertheless, this model required a new criminal law based on the adversarial criminal justice system in order to collect and extend those procedural guarantees. Therefore, the article 250 of the

constitution was amended, and the bill for a new criminal law system passed and became the Act 906 of 2004.

Hence, the Act 906 of 2004 not only organizes the new system, but it also protects the rights of all defendants. Particularly, this act protects the presumption of innocence as a part of due process, and it watches how due process adjusts to the international human rights laws and the Constitution. Moreover, it analyzes the content and scope of due process, and how it may be influenced by the subsequent amendments of the Act 906 of 2004.

Key words: presumption, innocence, principle underlying the criminal process, adversarial criminal justice system, guarantees, iuris tantum, guilty, rights, proof.

INTRODUCCIÓN

A partir de 1991, con la entrada en vigencia de la nueva constitución se dio inicio a cambios profundos en el sistema procesal penal. Primero se implantó un sistema mixto, para lo cual se creó la Fiscalía General de la Nación; posteriormente, a través del Acto Legislativo 003 de 2002, se reformó el artículo 250 de la C.N. para dar paso al sistema acusatorio, como paradigma del régimen democrático, en él se erige como pieza fundamental del debido proceso, y la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia es mucho más antigua, y su implementación en los regímenes penales se remonta modernamente a la Ilustración.

La Ilustración como movimiento intelectual, político y científico portentoso, trajo la difusión de ideas humanas y racionales, y el advenimiento de nuevas instituciones políticas y jurídicas, entre ellas la consagración del debido proceso en el régimen penal, junto con el principio de legalidad,

el de la presunción de inocencia. Solo a partir de entonces se puede predicar, se establece el proceso penal como un método para establecer si el indiciado es o no culpable de un delito.

Antes de la Ilustración, lo que podría asimilarse más a un proceso penal, no era otra cosa que la comunicación arbitraria de su culpabilidad, y el procedimiento solo buscaba confirmar, así fuese a través de la tortura, como en los procesos inquisitoriales, que el acusado era culpable: se buscaba de cualquier manera la confesión como única respuesta, y con ella, la codena.

Con la Ilustración el proceso penal evolucionó a una investigación, como un método que busca develar la verdad a través de un conjunto de procedimientos y técnicas que respeten, en primer lugar la dignidad humana, y en segundo lugar unas reglas preestablecidas que constituyen el régimen procesal penal.

A partir de entonces no se da por sentado la culpabilidad del indiciado, sino se busca establecer su posible responsabilidad: y esa búsqueda de la posible responsabilidad del acusado no se puede hacer de cualquier manera: se requiere que exista previamente una definición de qué conductas constituyen un delito, qué sanción tiene esa conducta ilícita, qué personas pueden adelantar las pesquisas y juzgar al indiciado, qué procedimientos son los permitidos, y aún, qué tiempo hay para ello.

Solo entonces a partir de la Ilustración podemos decir que surge esa institución jurídico-política que se conoce como la presunción de inocencia, sin la cual, ningún régimen procesal penal puede reputarse como democrático.

Y es que no puede tenerse como democrático un sistema político que desconozca la presunción de inocencia de los indiciados. Nada más ilustrativo de la condición democrática o tiránica de un régimen, que el tratamiento que el Estado dé a los perturbadores del

orden, bien sean de orden político o social: ambos ponen en peligro el orden establecido, y serán reprimidos y procesados con el mayor o menor respeto de las garantías judiciales y la presunción de inocencia, en la medida en que el régimen sea más o menos democrático; o con el desconocimiento mayor o menor de estas garantías, en la medida en que el régimen sea más o menos tiránico.

Por ello resalta la importancia de auscultar, si en el actual sistema procesal penal y en el actual régimen político se respeta, y en qué medida, el debido proceso, y en especial la presunción de inocencia, que es piedra angular de todo régimen democrático.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Este artículo es producto de la investigación sobre el debido proceso en el Sistema Penal Acusatorio implantado en Colombia a través de la Ley 906 de 2004 que promulgó el nuevo Código de Procedimiento Penal, el que pese a su muy reciente establecimiento ha sufrido una constante reestructuración, que en la mayoría de las veces tienden a debilitar las garantías del procesado.

Se busca establecer hasta dónde existe una debida consagración normativa del debido proceso en Colombia, partiendo de la Constitución Nacional y de la Ley 906 de 2004, hasta las leyes que modifican el sistema penal acusatorio, analizando o develando que normas pueden desvirtuarla o debilitarla.

En la investigación analizan los siguientes problemas:

- a. Términos y alcances de la consagración de la institución de la presunción de inocencia en la Constitución Política de Colombia.
- b. Si la Ley 906 de 2004 preserva la institución de la presunción de inocencia; y

si las leyes posteriores la han fortalecido o debilitado.

- c. Si la presunción de inocencia se compagina con la normatividad jurídica internacional, especialmente con la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).
- d. Si existen normas o instituciones en las leyes colombianas y el Código de Procedimiento Penal que debilitan o desvirtúan la presunción de inocencia.
- e. Si el régimen político colombiano promueve y acata el respeto a la presunción de inocencia o, por el contrario, actúa en contra y promueve su debilitamiento.

METODOLOGÍA

Se parte de una introspección histórico-política que busca ubicar el surgimiento de la institución analizada, sin la cual puede no ser comprensible la consagración legislativa de la presunción de inocencia, como un derecho fundamental. Posteriormente se desarrolla un análisis jurídico-dogmático de la institución que busca definir sus elementos y contenidos, extendiéndolos a la normatividad internacional a manera comparativa, para terminar con un análisis jurídico-político de la normatividad cambiante y las declaraciones públicas del régimen político.

RESULTADO DE LA INVESTIGACIÓN

En este acápite se presenta el resultado de la investigación en lo referente al concepto de presunción de inocencia, precedentes históricos, su arraigo constitucional, y en el derecho internacional convencional de derechos humanos, la consagración en el Código de Procedimiento Penal, y críticas a la presunción de inocencia, como instituciones y prácticas que la debilitan.

La presunción de inocencia. Concepto

Resulta interesante anotar algunas de las diversas definiciones que existen de la institución de la presunción de inocencia a partir del desarrollo del derecho penal liberal, cuya concepción y alcance se han venido profundizando a través de los últimos doscientos años.

Partiendo de las raíces de las dos palabras que conforman el axioma, “presunción” viene del latín *praesumptio-ónis*, que se traduce como ‘idea anterior a toda experiencia, por su parte, inocencia deriva de *innocentis*’ que en latín significa virtuoso, “calidad del alma de quien no ha cometido pecado”.

Por otra parte, el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia*² define la inocencia como ‘el estado del que está limpio de culpa’ y ‘excepción de culpa en un delito o en una mala acción’. A su vez dice que inocente es ‘el que está libre de culpa’ y ‘el que no daña, el que no es nocivo’.

La presunción de inocencia es de naturaleza jurídica inversa a la que se predica en relación con otras instituciones jurídicas, pues los doctrinantes consideran que la *presunción* surge del *indicio*. Así es que, “la presunción no es (...) que el juicio formado por el juez, valiéndose de un razonamiento inductivo o deductivo para afirmar la existencia de hechos desconocidos fundándose en hechos conocidos”³.

Por el contrario, la presunción de inocencia es una institución que presume la condición de irresponsabilidad y ajenidad del indiciado o procesado por el solo hecho de no haber sido condenado en un juicio criminal. Es la principal garantía judicial, pues de ella se deriva el derecho a controvertir las pruebas, e

incluso a ser declarado inocente, si el ente acusador no logra demostrar más allá de toda duda (o certeza, según el régimen procesal), que el acusado es el autor del hecho punible.

Entonces la presunción de inocente es una condición prístina del individuo frente al Estado: él es inocente hasta que su responsabilidad se haya establecido en un sentencia ejecutoriada.

Esta institución comparte las características de las presunciones de hecho, que admiten ser desvirtuadas, carga que le corresponde al ente persecutor del Estado. Al respecto de esta característica, la Corte Constitucional precisó:

“La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum* que se distingue de la presunción *iuris et de iure* pues esta última no admite prueba en contrario. La presunción *iuris tantum* exime a quien la alega de la actividad probatoria. Basta con caer en el supuesto del hecho indicador establecido por la norma para que opere la presunción. Del hecho indicador, esto es, de la resolución de acusación no se deduce la culpabilidad del sindicado sino su inocencia. A diferencia de lo que ocurre con la presunción *iuris et de iure*, la presunción *iuris tantum* admite que el hecho indicador pueda ser desvirtuado. Es ahí donde aparece una actividad probatoria, esto es, la acción del Estado orientada a probar la culpabilidad del acusado y, desde esta perspectiva, a desvirtuar la presunción de inocencia cuando el juez por medio de sentencia que pone fin a un proceso desarrollado con fundamento en todas las garantías de defensa y contradicción concluye la culpabilidad del imputado”⁴.

2 *DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, XIX edición, Madrid, 1970. Pág. 754.

3 OSSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires, s.f. Editorial Heliasta. Pág. 604.

4 Corte Constitucional, sentencia T-827 de 2005, M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO. Diez (10) de agosto dos mil cinco (2005).

El reconocimiento jurídico de inocencia deviene entonces en la garantía básica del proceso penal, parte esencial del debido proceso como regla del tratamiento del imputado, del juicio, en sus diversas instancias hasta la ejecutoria de la sentencia. En virtud de la misma, [escribe Cabanellas], la carga de la prueba del delito y de la participación del procesado incumbe al acusador, pues la duda beneficia al acusado, y éste debe ser tratado como inocente hasta que no se pronuncie contra él la condena definitiva. Por ello los jueces no han de ver automáticamente en el acusado al culpable, por más que a ello tiendan los legos sin más que la acusación del fiscal⁵.

Al respecto de la definición de la presunción de inocencia la Corte Constitucional la precisó en los siguientes términos:

Etimológicamente se entiende por presumir, suponer algo por indiscutible aunque no se encuentre probado. La presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o del legislador, por virtud del cual, considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la valoración de las pruebas, de tal manera que las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido⁶.

Es importante recordar las reflexiones del profesor Nicola Flamarino Dei Malatesta en su obra *Lógica de las pruebas en materia criminal*, donde resalta que el principio de presunción de inocencia parte de la realidad material de que la mayoría de las personas no delinquen, por lo tanto debe probarse lo contrario: En la mayor

parte de las veces, el hombre no comete acciones criminosas, y es, pues, inocente; por ello la inocencia se presume. Consiguientemente, la presunción de inocencia no es sino una forma especial de la gran presunción genérica que hemos venido exponiendo, es decir, que lo ordinario se presume. Y como el principio ontológico hace que se presume lo ordinario, y que lo extraordinario se pruebe, se sigue de ello que una vez abierto el debate penal, es la acusación la que tiene a su cargo la obligación de probar⁷.

Lejos está, entonces, que esta sea una garantía inocua o vacía, que carezca de efectos materiales sobre el procesado. Por el contrario, puede decirse, teleológicamente, que busca que el procesado o indiciado no sufra los rigores, las consecuencias, ni el tratamiento de un persona condenada, verbi gracia, que tenga derecho a desvirtuar o controvertir las acusaciones, que conserve la libertad durante el proceso, que no se expropie o imponga multas, que no se le recluya en establecimientos carcelarios para condenados, que no vea restringidos sus derechos políticos y el derecho al trabajo, a la locomoción y demás tratamientos y consecuencias que se le imponen a un reo rematado.

Antecedentes históricos

Ferrajoli resalta cómo la presunción de inocencia, aunque se remonta al antiguo derecho romano, fue oscurecida, cuando no simplemente invertida por las prácticas inquisitivas desarrolladas en la Baja Edad Media. Baste recordar que en proceso penal medieval la insuficiencia de prueba, cuando dejaba subsistente una sospecha o una duda de culpabilidad, equivalía a una semi-prueba, que comportaba un juicio de semi-culpabilidad y la semi-condena a una pena leve⁸.

5 CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, s.f. pág. 391.

6 Corte Constitucional, C-774 del 25 de julio de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

7 DEI MALATESTA, Nicola Flamarino, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Editorial Temis, Bogotá, 1964, tomo 1, pág. 154.

8 FERRAJOLI, Luigi, *Ibid.*, pág. 550.

La historia registra que el jurista romano Ulpiano (casi unos doscientos años antes de Cristo) dijo en una de sus tantas recopilaciones que “Es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar un inocente”. Este aforismo es uno de los más antiguos que registra la institución.

En la Antigüedad y aún en la Edad Media, sobre el acusado recaía “la presunción de culpabilidad”, y la manera de confirmar dicha presunción era la *tortura*, a través de la cual los sospechosos confesaban cualquier crimen. Los métodos podían ser “el protro” o la mesa de tortura a través del estiramiento de las extremidades que dislocaban los miembros, rompían los ligamientos y producían irresistibles dolores; las “pruebas de fuego”, como caminar sobre hogueras o provocar quemaduras, el “agua hirviendo”, que era vertida sobre el acusado para que confesara. “Entonces el inocente sensible se llamará reo si cree con esto hacer cesar el tormento”⁹.

“... un hombre no puede ser llamado reo –escribió Beccaria– antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando este ha decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida”¹⁰.

El oscurantismo medieval poco a poco fue sucedido ante la ilustración que trajo la Edad Moderna, en la que se retomaron algunas viejas instituciones y se desarrollaron nuevos principios del derecho penal, como el de la legalidad de las penas que reclamaba en

1651 Thomas Hobbes, cuando admirado expresaba:

Cómo puede haber un delito para el que no hay sentencia, ni cómo puede infligirse una pena sin una sentencia previa¹¹, o del principio de justisdiccionalidad (juez natural) en que se debe soportar toda sentencia: “ (...) va contra la ley de naturaleza castigar al inocente, e inocente es quien judicialmente queda liberado o reconocido como inocente por el juez”¹²; o de la equidad en que se deben fundar las penas: “Todas las penas recaídas en seres inocentes, ya sean grandes o pequeñas, van contra la ley de la naturaleza, porque la pena se impone solamente por transgresión de la ley, y por lo tanto no debe existir castigo para el inocente...”¹³.

Esta institución cobró tanta relevancia que se convirtió en un preclaro derecho humano, consagrado en las diferentes declaraciones, desde la “Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”, proclamada por la Asamblea revolucionaria del pueblo francés el 26 de agosto de 1789, cuando fue consagrada en el acápite 9: “Todo hombre ha de ser tenido por inocente hasta que haya sido declarado culpable...”.

A partir de entonces se continuó incluyendo en todas las demás declaraciones de derechos, incluyendo constituciones nacionales y declaraciones universales¹⁴. De ahí que autores como el profesor Osorio la definan como “la que

9 BECCARIA, César, *De los delitos y de las penas*. Altaya, Barcelona 1994. Pág. 55.

10 *Ibid.*, pág. 52.

11 HOBBS, Thomas, *Leviatan*. FCE, México 1994, pág. 238.

12 *Ibid.*, pág. 228.

13 *Ibid.*, pág. 259.

14 Antes, como en la Declaración del Buen Pueblo de Virginia, del 12 de junio de 1776, estaba implícita, pero su redacción no era precisa “8. *Que en todo juicio capital o criminal, un hombre tiene derecho a exigir la causa y naturaleza de la acusación, a ser confrontado con los acusadores y testigos, a solicitar pruebas a su favor, y a un juicio rápido por un jurado imparcial de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime, no puede ser declarado culpable; ni tampoco se le puede obligar a presentar pruebas contra sí mismo; que ningún hombre sea privado de su libertad, salvo por la ley de la tierra o el juicio de sus pares*”.

ampara, en los enjuiciamientos de tipo liberal, a los acusados, cuya responsabilidad debe probar el acusador para fundar la condena”¹⁵.

Este principio penal tuvo una amplia difusión entre los doctrinantes en el siglo XIX, como Jeremías Benthan, quien aseguraba que “*la inocencia se debe presumir. No se trata de una de esas bellas máximas humanitarias que hacen más honor al corazón que a la experiencia de quienes la sostienen, sino de una máxima fundada sobre bases sólidas*”, bases que funda Benthan en la repugnancia que siente el hombre de cometer “actos de maldad o de injusticia” que lo expone a la enemistad y la venganza; por la sanción política que le hace temer a las penas legales; por la sanción de la opinión por la cual puede perder la estimación e incurrir en el reproche y desprecio de la sociedad; y finalmente, por la sanción que predica la religión para toda clase de crímenes, así escapare a la sanción de los tribunales humanos¹⁶.

Pero se destaca entre todos ellos el profesor Francesco Carrara, fundador de la Escuela Clásica Italiana, quien respecto al estado de inocencia expresó:

“El postulado de que parte la ciencia en esta segunda serie de estudios es la presunción de inocencia, y así la negación de la culpa (...) Aquí dice ella: Protejo a este hombre porque es inocente, así lo proclamo hasta que no hayáis probado su culpabilidad (...) con los modos y las formas que yo prescribo, y que debéis respetar porque ellas proceden también de dogmas de absoluta razón”¹⁷.

En la Novena Conferencia Internacional Americana, reunida en Bogotá en 1948, fue promulgada la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, en la cual se incluyó

esa institución antes de la Declaración de las Naciones Unidas en los siguientes términos: “Artículo 26: Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable”.

Igualmente fue incluida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la asamblea general de los Estados partes de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1948, quedando consagrado esta garantía en el artículo 11:

Artículo 11.1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

La presunción de inocencia en la Convención Americana de Derechos Humanos

Posteriormente, al aprobarse la Convención Americana de Derechos Humanos en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, la presunción de inocencia fue incluida dentro de las garantías judiciales en el numeral 82, al siguiente tenor:

Artículo 8.2. Convención Interamericana de Derechos Humanos: Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

La Convención Americana de Derechos Humanos fue adoptada mediante la Ley 16 de 1972, y rige para Colombia a partir del 18 de julio de 1978.

¹⁵ Ídem., pág. 604.

¹⁶ BENTHAN, Jeremías, *Tratados de las pruebas judiciales*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959, tomo 1, pág. 360.

¹⁷ Carrara, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Editorial Temis, Bogotá, 1983.

Arraigo constitucional de la presunción de inocencia

La Constitución de 1991 que consagra el Estado Social de Derecho introdujo en su texto la noción de derecho fundamental.

La presunción de inocencia quedó consagrada en la Carta Política como derecho fundamental en el artículo 29, y la misma establece el derecho de todas las personas a que se presuma legalmente su inocencia mientras no hayan sido vencidas en juicio con el pleno de todas las garantías judiciales: “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”¹⁸.

Al respecto del rango constitucional del contenido y alcance de esta importante garantía procesal ha razonado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente. Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, más allá de una duda razonable¹⁹, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado. Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del *in dubio*

pro reo, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado.

La presunción de inocencia se encuentra reconocida en el artículo 29 inciso 4.º de la Constitución Política, mandato por el cual: “Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable”. Este postulado cardinal de nuestro ordenamiento jurídico, no admite excepción alguna e impone como obligación la práctica de un debido proceso, de acuerdo con los procedimientos que la Constitución y la ley consagran para desvirtuar su alcance²⁰.

Principio de no autoincriminación

Este derecho constitucional y legal de guardar silencio va indisolublemente unido a la presunción de inocencia, puesto que el silencio respecto a una imputación o acusación no puede tenerse como prueba en su contra, ello no desvirtúa su inocencia, que se mantiene incólume mientras el fiscal no presente las pruebas que establecen la culpabilidad.

Pero no siendo suficiente el enunciado general, este derecho fue ampliamente desarrollado en la Ley 906 de 2004 en los siguientes términos:

“Artículo 8: En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

- a. No ser obligado a declarar en contra de sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado

18 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA (comentada) Editorial Leyer, 1998, pág. 77.

19 La ley 906 no había sido expedida cuando la Corte Constitucional emitió esta sentencia, no exige la existencia de la “duda razonable”, sino de cualquier duda, como se establece en el artículo 7 del C.P.P.

20 Corte Constitucional, C-774 del 25 de julio de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.

- b. No autoincriminarse ni incriminar a su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
- c. No se utilice el silencio en su contra.
- d. No se utilice en su contra el contenido de las conversaciones tendientes a lograr un acuerdo para la declaración de responsabilidad en cualquiera de sus formas o de un método alternativo de solución de conflictos, si no llegaren a perfeccionarse.

En este artículo se amplía la protección constitucional a guardar silencio al núcleo familiar, como ente fundante de la sociedad que debe tener una especial protección; y porque se considera que los seres humanos se deben en primer lugar a sus progenitores y a su familia, ya que obligar a un ciudadano a atacar su núcleo más íntimo iría contra la naturaleza humana, contra quienes tiene las primeras obligaciones de apoyo pecuniarias y morales, su solidaridad por ser extensión de su ser, especialmente en un Estado con pretensiones humanas.

Es de resaltar el reconocimiento del constituyente a la persona y a la familia, ya que pone la protección por encima de la misma sociedad y del Estado: la razón de Estado o social no puede servir de pretexto para atropellar la dignidad humana, ni a su familia, preservándola a través del derecho a guardar silencio, que implica no tener consecuencias adversas a quien ejerza este derecho, y a no ser compelido o torturado para obtener que hable rompiendo el silencio.

Esta institución es una conquista de la humanidad, ya que durante mucho tiempo primó la razón de Estado por encima del individuo, y se autorizaba la tortura contra

el acusado o su familia. Ello no solamente rigió en la Antigüedad, en la Edad Media durante la Inquisición, sino hasta hace poco en los regímenes totalitarios, como el nazi o el stalinista, llegando hasta nuestros días a través de las dictaduras militares que lo convirtieron en método de investigación.

Este derecho de guardar silencio tiene arraigo constitucional en el artículo 33 de la Carta constitucional, donde se amplía igualmente al núcleo familiar más íntimo como se recoge en la Ley 906, pero resulta afortunadamente más amplio que el establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos que hace de él un derecho intuitu personal, sin incluir al núcleo familiar. Veámoslo como está allí establecido:

Artículo 8-2. Convención americana de Derechos Humanos (...)

Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

- g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

Este principio es, en últimas, protector de la dignidad humana y límite al uso de la fuerza física o moral en la búsqueda de la prueba que establezca la culpabilidad del procesado. Al respecto señaló la Corte Constitucional:

En desarrollo y aplicación de la primacía de la dignidad humana, el moderno derecho penal, abandonando definitivamente los métodos de averiguación de la verdad que prescindiendo de este concepto admitían cualquier forma de llegar a ella, prescribe las presiones ejercidas sobre los acusados o sus familiares, que bajo el apremio del juramento o cualquier otra forma de intimidación moral, conduzcan al declarante a con-

fesar su delito o a delatar a aquellos con quienes está unido por vínculos muy cercanos de parentesco²¹.

La presunción de inocencia como principio del debido proceso

La garantía de la presunción de inocencia que goza el procesado es igualmente parte integrante del debido proceso, y como tal quedó incorporada en el inciso cuarto del artículo 29 de la Carta constitucional, junto con otras garantías como la de la legalidad de las penas, la irretroactividad de la ley penal, juez natural, acatamiento irrestricto de los procedimientos e instancias que establezca la ley procesal, y el derecho a la defensa.

A partir de la previsión constitucional en el artículo 29 la presunción de inocencia adquiere la categoría de derecho fundamental y es recogida en el artículo 7 de la Ley 906 2004, entre los primeros artículos, en los que se establecen los principios rectores del código, en el cual se adicionó que la carga de la prueba le corresponde al órgano de persecución penal y que para proferir sentencia debe existir prueba de la responsabilidad penal del acusado más allá de toda duda:

“Art. 7º—Presunción de inocencia e in dubio *pro reo*. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.

En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad

penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria.

Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda.

Debe resaltarse que a través de esta norma procesal, se impone el deber a los funcionarios judiciales de no solo presumir la inocencia, *sino darle tratamiento de inocente hasta que haya una decisión judicial ejecutoriada*, con importantes consecuencias, como la preservación de la libertad durante todo el proceso, con la imposibilidad de toda limitación, así sea domiciliaria, e incluso la posibilidad de salir del país sin ninguna limitación.

En la práctica, los funcionarios judiciales desconocen flagrantemente este principio rector, e invocan para ello el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal que autoriza la limitación de la libertad en forma excepcional, si se reúnen los requisitos constitucionales de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad²².

Entonces la Corte Constitucional razona de la siguiente manera:

4.4.4. La exigencia de justificación de una medida de aseguramiento con base en cualquiera de las finalidades constitucionalmente admisibles, se convierte así mismo en un mecanismo de salvaguarda del principio de presunción de inocencia, del cual se deriva la

21 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1287 del 5 de diciembre de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

22 Art. 295. —Afirmación de la libertad. Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

proscripción de toda prolongación injustificada de una detención preventiva, de tal manera que se convierta en un cumplimiento anticipado de la pena. Así lo señaló la Corte al declarar que: “Los artículos 29 de la Constitución y 9.º del pacto internacional de derechos civiles y políticos impiden que, con base en simples indicios, se persista en la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena ya que siendo ello así desvirtuaría el carácter eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría por convertirse en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia”²³.

La “inocencia” es un concepto teórico referencial, que adquiere sentido sólo cuando existe la posibilidad de que tal o cual persona sea culpable de un determinado delito, pues la situación normal de los ciudadanos es la de “libertad”; en otras palabras, normalmente su condición básica es el de estar en libertad, entendida esta como libertad física, de movimiento o desplazamiento, sin referencia alguna al derecho o al proceso penal. Pero toma sentido cuando esa misma persona se ve involucrada en el ámbito regido por las normas procesales, caso en el cual tiene sentido decir que es “inocente”, pues bajo esa condición de procesado su libertad se halla amenazada.

Este principio de la desvirtuación de la presunción de inocencia por la fiscalía a través de un juicio es también conocido como principio de jurisdiccionalidad, como lo menciona el profesor Ferrajoli:

Principio de jurisdiccionalidad y presunción de inocencia. Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la

prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. En este sentido el principio de jurisdiccionalidad –al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio (axioma A7), y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación (tesis T63)– postula la *presunción de inocencia* del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena. Se trata, como afirmó Luigi Luccini, de un “corolario lógico del fin racional asignado al proceso” y al mismo tiempo, de la “primera y fundamental garantía que el procedimiento asegura al ciudadano: presunción *juris*, como suele decirse, esto es, hasta prueba en contrario”. La culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa –y no de la inocencia, que se presume desde el principio– la que forma el objeto del juicio²⁴.

El principio de inocencia influye en el proceso penal, básicamente en la actividad probatoria, pues impone al órgano estatal de persecución penal la carga de demostrar la culpabilidad del imputado mediante la realización en el juicio oral de pruebas indubitables. Correlativamente el acusado no está en la obligación de demostrar su inocencia, pues ella se asume.

Prohibición de la responsabilidad objetiva

Otra de las instituciones de gran valor que se consagra en la ley penal colombiana erigida como principio rector es la prohibición de la responsabilidad objetiva en la comisión de una conducta típica, prohibición que tie-

²³ Sentencia C-301 de 1993.

²⁴ FERRAJOLI, Op. cit., pág. 549.

ne un nexo inescindible con la presunción de inocencia, pues no basta que se pruebe por la fiscalía la realización o ejecución de una conducta definida en la ley penal, sino que se debe comprobar la culpabilidad, como supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad, lo que significa que “la actividad punitiva del Estado tiene lugar solo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga”²⁵.

Este es un principio fundamental de nuestra Constitución, recogido en el artículo 12 del Código Penal, en el acápite de las normas rectoras.

Es fundamental resaltar su importancia y vigencia, por cuanto hoy se abren paso en nuestro país y el mundo renovadas teorías de la responsabilidad “objetiva” a través de la autoría mediata, según la cual, se es igualmente responsable por todo lo que realice un “aparato organizado de poder”, cuando se tiene alguna capacidad de mando o determinación de sus decisiones generales o directrices, aunque no haya participado o conocido la decisión de realizar determinados hechos, por lo cual su responsabilidad se deriva de su posición dominante o determinante de las políticas generales de dicha organización. O por la coautoría impropia, donde se condena a los determinadores de una política (directriz), como coautores impropios, a través de la figura de la división del trabajo, no como determinadores.

El principio jurídico vigente en la norma legal es el de la responsabilidad personal y subjetiva en todo lo que haya promovido o participado, a título de autor, coautor o partícipe, en la modalidad de determinador o cómplice. El debate resulta pertinente y necesario porque, si bien es cierto, alguien puede formar parte de una organización cri-

minal, y haber participado en la elaboración de sus políticas directrices, estas a través de sus ejecutores pueden desbordar las políticas trazadas, con lo cual pueden hacer responsables a quienes tenían capacidad de determinación sin que hayan conocido, participado o consentido en la realización de determinados delitos; esto resulta violatorio del principio de la responsabilidad personal y subjetiva como base de la responsabilidad penal.

Pero también es necesario sopesar si son o no responsables los integrantes o colaboradores, o quienes tengan capacidad de decisión en el mando o política de una organización criminal o “aparato organizado de poder”, si siguen colaborando, participando o determinando políticas después que esta organización o aparato ha realizado conductas delictivas derivadas o aparentemente desbordadas de las orientaciones aprobadas. El apoyo a estas organizaciones después de hechos aparentemente desbordados y altamente reprobables puede considerarse como indicio o prueba de la aprobación de esta clase de hechos, pues de otra forma, el resultado lógico de su improbación o rechazo es la condena o la separación de dicha organización, ya que de no ser así constituye una aprobación implícita, y en ocasiones explícita, de tales desmanes.

De todas formas, el debate sobre la necesidad de desvirtuar la presunción de inocencia sobre responsabilidad personal y subjetiva en la comisión de los delitos se halla vigente en Colombia, aunque ya se han dado condenas bajo la modalidad de la responsabilidad jurídica por las directrices, como en el caso de las muertes ocurridas en el poblado de Machuca, Antioquia, donde la Corte Suprema de Justicia condenó a todos los integrantes del Comando Central de ELN como “autores

25 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-626 del 21 de noviembre de 1996, M.P. José Gregorio Hernández. En *Código de Procedimiento Penal, comparado, comentado, jurisprudencia*, Antoine J. Stepanian y Carlos Duarte Pulido. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2002, Tomo 1, pág. 180.

impropios” por orientar en forma general la voladura de oleoductos²⁶, y en el atentado contra el club El Nogal en Bogotá²⁷. En estos dos casos no hubo prueba del conocimiento directo y subjetivo de los mandos guerrilleros en los hechos procesados.

Presunción de inocencia e *in dubio pro reo*

La presunción de inocencia conlleva en forma implícita el principio de el *in dubio pro reo*, de tal forma inescindible que así quedó plasmado en la Ley 906 en su redacción en el artículo 7. Por lo tanto la presunción de inocencia solo se considera rebatida cuando se ha desvirtuado más allá de toda duda, pues si existe ésta en cualquier intensidad debe resolverse a favor del procesado.

Consecuencia de todo esto es la necesidad del convencimiento del juez de la responsabilidad penal de procesado, pero siempre *más allá de toda duda*, es decir de la no existencia de duda alguna, así sea la más leve duda, no solamente la existencia de una duda razonable o profunda duda, como pretenden algunos operadores judiciales, y como estaba estipulada antes, y recogían las Cortes en sus pronunciamientos, sino de duda, en sentido lato, absoluto.

El principio del *in dubio pro reo* también es conocido como *favor rei*. Este principio fundamental era denominado por Carnelutti, *favor innocentiae*. Luigi Ferrajoli, en su obra

Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, al hacer un análisis del principio *favor rei*, establece:

(...) el principio *favor rei* del que la máxima *in dubio pro reo* es corolario (...) sino que es incluso una condición necesaria para integrar el tipo de certeza racional perseguida por el garantismo penal (...)

En este orden de ideas, siguiendo a Ferrajoli, es oportuno incluir para este estudio, sobre la base del criterio sustentado, respecto a la duda o incertidumbre en la aplicación de las normas, que:

La incertidumbre puede ser de dos tipos: de hecho y de derecho (...) los dos tipos de certeza o incertidumbre son independientes entre sí, en el sentido que se puede dar certeza de hecho, sin ninguna certeza de derecho y viceversa (...) Incertidumbre de hecho y de derecho provienen en realidad de causas distintas, (...) La incertidumbre de derecho: depende de la igual opinabilidad de las varias calificaciones jurídicas posibles del hecho considerado probado. La incertidumbre de hecho: depende de la igual plausibilidad probatoria de las varias hipótesis explicativas del material probatorio recogido (...) La primera señala un defecto de estricta

26 Aunque la sala penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia había absuelto al Comando Central del ELN por los hechos de Machuca, la CSJ revocó esta sentencia y los condenó por considerar que el atentado al oleoducto era producto de la directriz de la dirección del ELN de realizar atentado contra los oleoductos. Casación Rad. 23.825 del 7 de marzo de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz: "7. Sin embargo, como se constata en las reflexiones anteriores, la Sala difiere tanto de la Procuradora 161 Judicial Penal II, como del Procurador Primero Delegado para la Casación Penal, en cuanto 340 ellos, en la demanda y en el concepto, respectivamente, sostienen que en este caso específico los procesados deben responder como autores mediatos bajo la figura de las estructuras o aparatos organizados de poder; y, en cambio, para la Sala de Casación Penal, la coautoría predicable de los procesados es simplemente coautoría impropia, por división del trabajo en la empresa criminal común, perteneciente por igual a los subversivos que dinamitaron a propia mano el oleoducto, como a los cuadros de mando del Ejército de Liberación Nacional y de sus frentes de combate".

27 El juez octavo penal del Circuito Especializado de Bogotá condenó al Secretariado, por considerar que este era responsable de la aprobación de una política terrorista en las ciudades.

legalidad, esto es la debilidad o carencia de las garantías penales que permiten la decibilidad de la verdad jurídica. La segunda, señala un defecto de la estricta jurisdiccionalidad, esto es, la debilidad o carencia de las garantías procesales que permiten la decisión de la verdad fáctica (...) Ambas soluciones expresan poder de interpretación o de verificación jurídica cuando las incertidumbres resueltas son de derecho, y poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica cuando las incertidumbres resueltas son de hecho (...)”²⁸.

Afectación de la garantía de presunción de inocencia por la Ley 1142 de 2007

El nuevo código procesal penal consagrado en la Ley 906 de 2004 tenía la pretensión de ser un estatuto garantista, propio del sistema democrático y del Estado Social de Derecho, el más avanzado, y en él se consagraron los principios constitucionales como el fundamento de la restricción de la libertad, el debido proceso y la presunción de inocencia como principio rector.

Sin embargo, debido a la alta incidencia de la delincuencia asociada a miseria y la marginalidad, se expidió una ley modificatoria del código que reglamentaba y expandía las causales para imponer las medidas de aseguramiento asociadas a delitos que para el efecto denominó de alto impacto social, afectando no solo la libertad, como derecho especialmente protegido, sino la presunción de inocencia, que pese a lo que se diga, se ve afectada cuando se impone una medida de aseguramiento en centro carcelario, ya que esta medida, aunque se niegue, es una especie de pena anticipada.

Al respecto señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-301 de 1993:

La exigencia de justificación de una medida de aseguramiento con base en cualquiera de las finalidades constitucionalmente admisibles, se convierte así mismo en un mecanismo de salvaguarda del principio de presunción de inocencia, del cual se deriva la proscripción de toda prolongación injustificada de una detención preventiva, de tal manera que se convierta en un cumplimiento anticipado de la pena. Así lo señaló la Corte al declarar que: “Los artículos 29 de la Constitución y 9.º del pacto internacional de derechos civiles y políticos impiden que, con base en simples indicios, se persista en la prolongación de la detención luego de un cierto lapso que de ninguna manera puede coincidir con el término de la pena ya que siendo ello así desvirtuaría el carácter eminentemente cautelar de la detención preventiva que terminaría por convertirse en un anticipado cumplimiento de la pena y se menoscabaría el principio de presunción de inocencia”²⁹.

Las nuevas disposiciones introducidas por la Ley 1142 de 2007, no solo desconocen el respeto por la dignidad humana, en la medida en que prescriben el internamiento de una persona en un centro carcelario a partir de unas normas frías y abstractas, que priorizan la punibilidad, la modalidad y la gravedad de la conducta, el tener anotaciones (denuncias o capturas anteriores a la nueva situación), sin sopesar la necesidad de la medida de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. Por esta vía se llega a un derecho penal *peligrosista* y de máximo rigor, pues la persona que incurra en cualquiera de las conductas previstas en las nuevas causales introducidas por la Ley 1142 se considera dañina para la sociedad, situación que resulta contraria a la presunción de inocencia, (artículo 29 C.P.), al principio de excepcio-

28 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, 4ª. Edición, Madrid, 2000.

29 Sentencia C-301 del 2 de agosto de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

nalidad de la detención preventiva (artículo 250 C.P.), y a los principios *humanistas* recogidos en el artículo 1.º de la Constitución.

A tal punto que la detención domiciliaria, una medida menos restrictiva del derecho a la libertad, se restringe no solo para los delitos de conocimiento de los jueces especializados, sino para decenas de otras conductas que el Estado considera que son representativas de los ilícitos que entrañan los más graves atentados contra los bienes jurídicos de particular relevancia para la comunidad; de esta manera se afecta la presunción de inocencia, al ser considerado el imputado *a priori* un individuo peligroso³⁰.

Si bien la Corte ha declarado la compatibilidad de la detención preventiva con el principio de presunción de inocencia³¹, ha destacado también la necesidad de su justificación en fines y razones que sean constitucionalmente admisibles. Al respecto ha indicado que:

“[P]ara que proceda la detención preventiva no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma”³².

Los nexos entre el principio de presunción de inocencia y la necesidad de vincular a unos fines constitucionalmente admisibles la medida de detención preventiva fueron destacados así por la jurisprudencia:

Es importante precisar que la resolución de detención preventiva no conlleva en todos los casos la privación efectiva y material de la libertad individual. En realidad, bajo el supuesto de que el procesado se encuentra amparado por la *presunción de inocencia* incluso durante la etapa del juzgamiento, “la restricción de su libertad sólo puede estar determinada por la necesidad de que se cumplan los fines de la investigación penal”³³.

En igual sentido señaló la Corte Constitucional:

La medida de aseguramiento consistente en detención preventiva no comporta siempre la privación efectiva de la libertad, pues dada la presunción de inocencia que acompaña al procesado durante toda la investigación penal, la restricción de su libertad sólo puede estar determinada por la *necesidad* de que se cumplan los *fines* de la investigación penal³⁴. (Énfasis de la Sala).

De esta manera la Corte Constitucional preserva en parte el principio de la presunción de inocencia frente a la afectación mayor que se introdujo a través de la Ley 1142 de 2007, pese a lo cual se mantiene la medida de aseguramiento en centro carcelario no como excepcional, sino generalizada para los delitos con pena mínima superior a los 4 años de prisión, de conocimiento de la justicia especializada, o con anotaciones por capturas dentro del año anterior, pero *Nunca* sin desconocer los contenidos constitucionales de necesidad, proporcionabilidad y razonabilidad, que permanecen incólumes pese a

30 CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-318 de 2008, 9 de abril de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

31 Sentencia C-774 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

32 Sentencia C-774 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

33 Sentencia C-634 de 2000. Referencia a la sentencia C-549 de 1997. Subrayado por fuera del texto original.

34 Sentencia C-549 del 30 de octubre de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Subrayado por fuera del texto original.

las modificaciones introducidas, como lo resalta la Corte Constitucional.

Los privilegios de la presunción de inocencia no son absolutos. La positivización negativa

La presunción de inocencia conlleva desde el punto de vista teleológico la protección del indiciado o acusado de no sufrir una serie de restricciones, imposiciones y privaciones, que se hallan reservadas exclusivamente para el condenado, tales como el ser recluido en una cárcel, que el órgano penitenciario disponga donde debe ser recluido, qué restricciones debe soportar, que pague determinada multa si el delito la contempla, entre otras muchas consecuencias, como ver afectada su vida social y laboral, su movilidad, el ejercicio de sus derechos políticos y de contratación con el Estado.

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia consideran que los privilegios que otorga la presunción de inocencia no son absolutos por el hecho de pesar sobre el acusado o indiciado una investigación o un proceso, y que por esa razón se le pueden limitar ciertos privilegios o garantías, ya que no puede ser igual un individuo *sub judice* a otro sobre el cual no pesa ningún indicio o acusación de haber incurrido en un comportamiento antijurídico.

Por ello la doctrina y la jurisprudencia predicán que es factible restringir algunas garantías fundamentales, bajo el presupuesto general de garantizar la protección a la sociedad, a la víctima, la no interferencia en la obtención de la prueba, la efectiva comparecencia al proceso, o el cumplimiento de la pena.

Al respecto ha anotado la Corte Suprema de Justicia:

Ocurre que ningún derecho, aunque sea de naturaleza fundamental, ostenta el carácter de absoluto. De ser así, serían imposibles la coexistencia y convergencia de derechos, que inclusive a veces pueden llegar a ser contradictorios o antagónicos en las mismas circunstancias. Así, por ejemplo, si fuese absoluto que los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás, sería imposible guiarlos, educarlos, vigilarlos e inclusive corregirlos.

De modo que, la presunción de inocencia tampoco es un derecho absoluto, y mal podría serlo en el Estado Social, Democrático y de Derecho, en el que todos los miembros debemos ceder parte de nuestras atribuciones, con el fin único de contribuir al mantenimiento de condiciones mínimas para hacer factible la vida en sociedad, en relativa paz y armonía.

Entonces, ese derecho latente en el curso del proceso penal, denominado presunción de inocencia, no es que se desconozca o se vulnere cuando una providencia judicial lo va desvaneciendo. Lo que ocurre es que ante la contundencia de las pruebas, dependiendo la fase en que se encuentren las diligencias, esa presunción va cediendo paso a otras manifestaciones válidas del Estado de Derecho, como son las decisiones contenidas en los autos y sentencias de los jueces de la República. Tan es así, que la presunción de inocencia finalmente desaparece, cuando una sentencia en firme declara que una persona es penalmente responsable de un hecho punible que se le endilga³⁵.

La Constitución y la ley autorizan, entonces, que algunos derechos fundamentales, como

34 CASACIÓN 14.062 Reposición, magistrado ponente: Dr. Edgar Lombana Trujillo veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

35 CASACIÓN 14.062 Reposición, magistrado ponente: Dr. Edgar Lombana Trujillo veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

el de la libertad, o el de movimiento, o el de disposición de sus propiedades, se vean limitados mediante una providencia judicial, cuando se reúnan los presupuestos mínimos para ello:

- a. Que exista prueba sumaria de la presunta autoría del procesado;
- b. que la medida resulta necesaria, proporcional, adecuada y racional frente a los postulados constitucionales; es decir que ella proceda una vez realizado el test de constitucionalidad, en el cual los derechos fundamentales que se van a afectar deban ceder ante la necesidad de proteger la sociedad o la víctima, el proceso, o el cumplimiento de la pena.

De todas formas esta convalidación negativa del derecho fundamental de la libertad constituye un ataque a la presunción de inocencia, como bien lo señalan dos tratadistas nacionales actuales:

De igual manera –insístase– si al imputado se le presume inocente por mandato constitucional, señálese que la única forma de ir derrocando esa presunción es a través de la determinación de su responsabilidad penal, no resultando para nada admisible impartir su detención por el sólo hecho de la autoría sin consideración alguna sobre el contenido de la atribución de responsabilidad. De no ser así, entonces, la garantía de inocencia solamente podría verse limitada con el fallo de condena en firme, sin intromisión alguna de la autoridad judicial sobre la libertad del imputado en las fases de indagación e investigación, o sea que resultaría inconstitucional la figura de

la detención preventiva en cuanto solo podría hacerse efectiva la detención o el apresamiento pero exclusivamente para el cumplimiento de la condena o pena de prisión³⁶.

Más categórica es la afirmación, y concluyente con todo lo que se ha venido diciendo de la inconstitucionalidad de la detención preventiva es la aserción del profesor Alberto Suárez Sánchez:

La detención o prisión provisional en la etapa de la investigación no tiene razón de ser y es inconstitucional, porque vulnera los derechos de la presunción de inocencia y de la igualdad³⁷.

Críticas a la presunción de inocencia

La consagración universal de este principio ha dado lugar a serias críticas en cuanto a su validez, como las del célebre profesor Manzini, según el cual no se alcanza a comprender cómo quien es perseguido penalmente por sospechoso de un delito pueda tener a su favor, al mismo tiempo, una presunción de inocencia. “*Nada más burdamente paradójico e irracional*” señala. Por ello le parecía más lógico hablar de una presunción de culpabilidad.

Por otra parte, Garófalo sostenía que en la tramitación del juicio debía prevalecer la tesis de la *presunción de culpabilidad*, y como consecuencia de ello estaba a favor de la prisión preventiva para los delitos graves, aunque en sus tesis admite que no es conveniente condenar al imputado anticipadamente, pues debe dársele la oportunidad de demostrar su inocencia.

De igual manera, Enrico Ferri postulaba que la presunción de inocencia en el proceso pe-

³⁶ PEDRAZA JAIMES, Miguel Ángel, *La detención preventiva en el sistema acusatorio*, Ediciones jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2010, pág. 77.

³⁷ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, “*Libertad y derecho penal*”. En *Revista Derecho Penal y Criminología*, núm. 71, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-abril de 2001, págs. 34 y 35.

nal resulta contraria a la lógica; para hacer patente esa aseveración puso como ejemplo los casos de delitos cometidos en flagrancia, y los casos cuando existe una confesión del procesado, confirmada por otros datos, o en el supuesto de estar en presencia de un delincuente habitual, autor de una criminalidad atávica.

Por su parte, Julio Maier considera la crítica de Manzini como “*una reacción fascista contra el liberalismo*”, y plantea, aclarando el debate, que: “Toda persona debe ser tratada como inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista una sentencia penal de condena; por ende, que la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad, y, por ello, ninguna consecuencia penal le es aplicable, permaneciendo su situación frente al derecho regida por las reglas aplicables a todos con prescindencia de la imputación deducida”. Agrega el mismo autor que tal principio “no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo”.

Históricamente es recordada la muy lamentable exhortación de la dirigente del Partido Comunista de España, Dolores Ibárruri Gómez (9 de diciembre de 1895 – 12 de noviembre de 1989), llamada “La Pasionaria”, figura relevante durante la Guerra Civil, quien llegó a ser Vicepresidenta de las Cortes en 1937. Durante este período se convirtió en un mito para una parte de España y era famosa por sus arengas en favor de la causa republicana. Suyo fue el lema “*¡No pasarán!*”, acuñado durante la defensa de Madrid. Se opuso a la capitulación del coronel Casado. En un mitin en Valencia en 1938 pronunció la polémica frase “*Más vale condenar a cien inocentes a que se*

absuelva a un solo culpable”, en referencia al proceso contra el Partido Obrero de Unificación Marxista (POUM), que era marxista pero no estalinista: más bien antiestalinista. Tras finalizar la Guerra Civil española, Ibárruri se exilió en la URSS. Tras la muerte del general Franco y durante la transición democrática volvió a España en 1977 y fue elegida de nuevo diputada por Asturias en las primeras elecciones democráticas, aunque su papel como política fue ya más simbólico que real. Murió en Madrid en 1989³⁸.

El lamentable aforismo que denotaba una ideología intolerante y represiva, o una arenga irreflexiva, tiene su capítulo en Colombia por haber sido replicado por el Fiscal de la Justicia Penal Militar Gustavo Nungo, al emitir su concepto en un juicio seguido contra guerrilleros del Movimiento 19 de Abril (M-19) colombiano: “*es mejor condenar un inocente que soltar a un culpable*”³⁹, frase que causó el rechazo de juristas y de la opinión pública democrática.

Cuando se impone una ideología totalitaria, o la razón de Estado bajo el pretexto de la lucha contra el terrorismo o la delincuencia social, la presunción de inocencia desaparece y cunde la desesperanza y la violación del derecho fundamental a la libertad. Al respecto puede recordarse las perspicaces reflexiones del profesor y politólogo italiano Toni Negri, sobre la aterradora experiencia de ser juzgado bajo el señalamiento de ser el “jefe” de las Brigadas Rojas:

Por fin comprendo plenamente lo que significa el proceso acusatorio. La absoluta preeminencia de la acusación, como rol determinante en el proceso. Una especie de estructura opresora, una predeterminación rígida. La acusación es ya un dato irreversible: ese

38 La cita aparece en el libro de Julián Gorkín *Les Communistes contre la révolution espagnole*, en <http://www.fideus.com/biografiesF%20-%20ibarruri%20-%20dolores.htm>

39 http://www.google.com.co/search?hl=es&rlz=1R2ADBF_es&q=+%C3%B1ungo+mas+vale+condenar+a+un+inocente&btnG=Buscar&aq=f&aqi=&aql=&oq=&gs_rfai=

montón de papeles que ha acumulado la instrucción, y que el fiscal, cual ángel vengador, agita desde el comienzo. No hay búsqueda de la verdad, y por lo tanto debate entre iguales por su determinación. Hay una acusación, libre en la expresión de su fuerza, y un derecho a defenderse de ella. El que acusa es un poder público; el que se defiende, es un derecho subjetivo⁴⁰.

CONCLUSIONES

La institución de la presunción de inocencia es producto del pensamiento racionalista de la Ilustración en materia penal, que tuvo su concreción en las revoluciones democráticas que la consagraron en sus constituciones. Posteriormente fue recogida en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, recogidos en los códigos procesales penales.

La Constitución colombiana de 1991 la consagró como uno de los derechos fundamentales, y a partir de allí se instituyó como una de las principales garantías previstas en la Ley 906 de 2004 que instauró el sistema penal acusatorio.

El nuevo Código Procesal Penal amplió esta protección a que el tratamiento del procesado debe estar acorde con este principio, cuyo respeto por los operadores judiciales se pregona en sus providencias, pero que se relativiza o desconoce principalmente a través de la imposición de medidas de aseguramiento, como la detención preventiva en centro carcelario y la detención domiciliaria.

La alta dirigencia estatal colombiana ha pretendido combatir el incremento de la delincuencia social y la insurrección a través de la expedición de reformas a las normas penales y procesales penales, que incrementan las

penas y afectan las garantías procesales y constitucionales, pretendiendo convertir el derecho penal en la solución a la grave crisis económico-social, revirtiendo por este medio el carácter democrático y social del Estado, convirtiéndolo cada vez más en un régimen policiaco.

La investigación evidenció instituciones que relativizan, cuando no contradicen, el principio de la presunción de inocencia, como la detención preventiva y la domiciliaria, cuya autorización se amplía a través de las reformas introducidas al sistema penal acusatorio que objetivizan y generalizan las causales de detención.

El conocimiento de esta institución, su alcance, pero también sus limitaciones crecientes, son un presupuesto que permite denunciar el alcance de las reformas regresivas y draconianas en preservación del carácter democrático de nuestra sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

BECCARIA, César. *De los delitos y las penas*, Altaya, Barcelona, 1994.

BENTHAN, Jeremías. *Tratados de las pruebas judiciales*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, tomo 1.

CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Editorial Heliasta, Buenos Aires, S.F.

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*, Editorial Temis, Bogotá, 1983.

CONSTITUCION POLÍTICA DE COLOMBIA, (comentada). Editorial Leyer, 1998.

DEI MALATESTA, Nicola Framarino. *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Editorial Temis, Bogotá, 1964, tomo 1.

Diccionario de la lengua española. Real Academia Española, XIX edición, Madrid, 1970.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, Trotta, Valladolid, 2000.

NEGRI, Toni. *El tren de Finlandia*. Hachette, Libertarias, Madrid, 1990.

OSSORIO, Manuel. *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires, s.f. Editorial Heliasta.

PEDRAZA JAIMES, Miguel Ángel. *La detención preventiva en el sistema acusatorio*, Ediciones jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2010, pág. 77.

STEPANIAN SANTOYO, Antoine Joseph, DUARTE PULIDO, Carlos. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL (comparado, comentado), Ediciones Nueva Jurídica, Tomo 1, Bogotá, 2002.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. "Libertad y derecho penal". En: *Revista Derecho Penal y Criminología*, núm. 71, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-abril de 2001, págs. 34 y 35.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-318 de 2008, 9 de abril de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

_____. Sentencia C-774 del 25 de julio de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

_____. Sentencia C-634 de 2000. Referencia a la sentencia C-549 de 1997.

_____. Sentencia C-549 del 30 de octubre de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

_____. Sentencia C-301 del 2 de agosto de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

CASACIÓN 14.062. Reposición Magistrado Ponente: Edgar Lombana Trujillo, 23 de febrero de 1999.

_____. Rad. 23.825 del 7 de marzo de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz.

_____. Sentencia C-626 del 21 de noviembre de 1996, M.P. José Gregorio Hernández.

_____. Sentencia C-1287 del 5 de diciembre de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. Sentencia T-827 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 10 de agosto de dos mil cinco (2005).

<http://www.fideus.com/biografies F%20-%20ibarruri%20-%20dolores.htm>

http://www.google.com.co/search?hl=es&rlz=1R2ADBf_es&q=+%C3%B1ungo+mas+vale+condenar+a+un+inocente&btnG=Buscar&aq=f&aqi=&aql=&oq=&gs_rfai=

ANÁLISIS HISTÓRICO Y COMPARADO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO *

Juan Trujillo Cabrera**
Ronald Becerra Rodríguez***

RESUMEN

El presente artículo efectúa un análisis histórico y una revisión de la normatividad expedida en la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), Unión Europea, España y algunas legislaciones latinoamericanas, donde de alguna manera la legislación colombiana se basó para regular el comercio electrónico. Para los hallazgos de esta investigación se utilizaron los métodos comparativo, histórico y analítico. Los resultados de esta indagación muestran cómo los intereses políticos han estado asociados con el desarrollo tecnológico, así como también la profunda necesidad de la comunidad internacional por armonizar el comercio electrónico.

Palabras clave: comercio electrónico, derecho comparado, origen del comercio electrónico.

ABSTRACT

The present article carries out an historical analysis and a review of the law issued in the UNCITRAL, European Union, Spain, and some Latin-American legislations where in somehow the Colombian legislation was based upon so as to regulate electronic commerce. Likewise, it was made a review of the legal development in Colombia related to Electronic Commerce. The methodologies used through this article were the comparative, historical and analytical approaches. The outcomes of this research show how political interests have been associated with technological development and also the profound necessity within international community for harmonizing electronic commerce.

Key words: electronic commerce, comparative law, electronic commerce origin.

Fecha de recepción: 3 de agosto de 2010. Fecha de aceptación: 2 de septiembre de 2010.

* Artículo producto de la investigación terminada “Análisis del Comercio Electrónico en el Derecho Colombiano”, dentro del Grupo de Derecho Económico y Estado de la Corporación Universitaria Republicana. Reconocido por Colciencias en Categoría D, República de Colombia.

** Abogado de la Universidad Externado de Colombia, *Magister Legum LL.M.* de la Universidad de Osnabrück (Alemania), autor de las obras *Supresión de cargos en la Administración Pública*, Ed. Jurídicas del Profesional, Bogotá (2005), *La carga dinámica de la prueba*, Ed. Leyer, Bogotá (2006), *Análisis Económico del Derecho colombiano*, Editora Guadalupe (2009); articulista de la Revista *International Law* de la Pontificia Universidad Javeriana e investigador inscrito en Colciencias.

*** Abogado de la Universidad Libre de Colombia, *Master of Laws LL.M.* with merit *International Trade Law* de London Metropolitan University (Inglaterra). Autor de diversos artículos de investigación en Derecho Mercantil Internacional. Docente investigador de la Corporación Universitaria Republicana. Investigador inscrito en Colciencias. Correo electrónico ronaldralf@hotmail.com

PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

¿Cómo se dio el proceso histórico del comercio electrónico en el mundo y cuáles han sido las tendencias de regulación en los distintos ordenamientos jurídicos del orbe?

METODOLOGÍA

Se emplearon los métodos histórico, analítico y comparativo de investigación. Para el efecto, fue necesario revisar el marco legal de la Unión Europea y de la CNUDMI, así como el de España en particular; y por otra parte, el de países latinoamericanos como Argentina, Chile y México, para luego compararlo con Colombia. Además, basados en documentos y otros informes de investigación, se recopilaron datos históricos y se pudo realizar una descripción cronológica de los principales eventos que suscitaron el nacimiento y posterior desarrollo del comercio electrónico.

INTRODUCCIÓN

Sin duda que el comercio electrónico se ha convertido en una de las modalidades más fuertes y de mayor crecimiento en los negocios internacionales. Sin embargo, es aun poco lo que se ha discutido sobre su evolución histórica y regulación.

El comercio electrónico aparece en un momento de la historia donde la obtención rápida y efectiva de información puede implicar aún más poder que la concentración de riqueza. Su nacimiento muestra cómo la sociedad se ha mutado en el tiempo de pasar a ser una sociedad cerrada y paradigmática a otra más abierta y pragmática.

Sin embargo, el derecho como ciencia fundamentalmente reguladora de la sociedad no

ha encontrado aun una vocación pragmática que lo lleve a armonizar principios, procedimientos y teorías. A pesar de la labor de diversos organismos internacionales como la CNUDMI por armonizar el comercio electrónico, parece que los intereses políticos siguen prevaleciendo sobre la libertad de comercio.

Este artículo muestra por esta razón el origen del comercio electrónico desde los años sesenta hasta la época de los noventa. Luego en detalle se hace una revisión de la normatividad más relevante en la CNUDMI, la Unión Europea, España, México, Argentina y Chile, con la finalidad de comparar estas legislaciones con la colombiana.

ORIGEN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO

1. Los años sesenta: la aparición del internet

El origen del internet se remonta a los años sesenta en una serie de memorandos escritos por J.C.R. Licklider del Massachusetts Institute of Technology (MIT), en agosto de 1962, en los cuales expone sobre su concepto de *Galactic Network* (Red Galáctica). Licklider tenía la concepción de una red interconectada en todo el planeta por medio de la cual se pudiera acceder desde cualquier lugar a datos y programas. Este concepto era muy parecido a la internet de la actualidad. El investigador de la MIT impulsó el programa DARPA desde octubre de 1963 y convenció a sus sucesores Iván Sutherland, Bob Taylor y Lawrence G. Roberts de la importancia de la concepción expuesta. Esto también fue apoyado por la teoría de conmutación de paquetes expuesta por Leonard Kleinrock en julio de 1961¹.

Era agobiante la presión en el mundo por desarrollar e iniciar lo que se llamó la Revo-

1 ÁLVAREZ, A. & PAGÉS, L.I. (1997, noviembre). "Una breve historia de Internet". Descargado el 29 de septiembre de 2010 http://crismattweb.tripod.com/historia_internet.html

lución de la Información: “Al finalizar el segundo conflicto mundial, las máquinas inteligentes, desarrolladas para quebrantar los códigos enemigos, ayudar a la balística y fabricar la bomba atómica, alientan en los científicos las esperanzas de una conversión civil de sus innovaciones. Desde 1948, Norbert Wiener ve en la tecnología de la información el recurso para evitar que la humanidad recaiga en el ‘mundo de Belsen e Hiroshima’. Pero el padre de la cibernética previene que para que el conjunto de los ‘medios de coleccionar, utilizar, acumular y transmitir información’ funcione bien, es necesario que pueda circular sin trabas (...)”².

La guerra fría había comenzado y la Unión Soviética anunciaba el lanzamiento al espacio del satélite Sputnik, desafiando las intenciones hegemónicas de los Estados Unidos³. “La guerra fría monta el decorado que preside la construcción de conceptos designados para anunciar, o explicar, que la humanidad está en el umbral de una nueva edad de la información y, por lo tanto, de un nuevo universalismo. Tres focos de emisión aparecen sucesivamente: las ciencias sociales, el estudio predictivo y la geopolítica”⁴.

Por esta razón, el Pentágono decidió crear la agencia DARPA (*Defense Advanced Research Projects Agency*). Para 1969 esta agencia crea la red ARPANET, que se conectaba con cuatro centros de investigaciones universitarias en Estados Unidos dedicados a investigaciones militares. ARPANET hizo su primera interconexión internacional en 1973 con Inglaterra y Noruega⁵.

Durante esta época, también se dio la aparición del intercambio electrónico de datos (EDI) en los Estados Unidos motivados por decisiones independientes de diversos gremios: establecimientos de comercio, ferrocarriles, ensambladores de automóviles, negocios al detal, entre otros, con la finalidad de intercambiar información para mejorar la calidad en la cadena de suministros de sus negocios⁶.

2. Los años setenta: comercio electrónico en sistema cerrado

El comercio electrónico entonces aparece con el sistema cerrado y el internet aun no era protagonista. Como sostienen Ballesteros & Ballesteros, en la década de los setenta, surge la transferencia electrónica de fondos (TEF) y por medio de redes privadas de seguridad dentro de las instituciones financieras, implementó el uso de las tecnologías de telecomunicación para fines comerciales, permitiendo el desarrollo del intercambio computador a computador de la información operacional comercial en el área financiera (en los bancos se comenzó a utilizar el sistema SWIFT), específicamente la transferencia de giros y pagos. “El EDI usa documentos electrónicos con formato estándar que reemplazan los instrumentos comerciales comunes tales como facturas, conocimientos de embarque, órdenes de compra, requerimientos de cotizaciones y recepción de avisos”⁷.

Lo anterior coincide con lo expuesto por Dickie⁸ cuando se refirió a que el comercio electrónico había sido tradicionalmente reali-

2 MATTELART, A. (2000, agosto). “Cómo nació el mito de internet”, en: *Le Monde Diplomatique*, Edición núm. 14, Buenos Aires.

3 MATTELART, A. (2002). *Historia de la sociedad de la información*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

4 MATTELART, A. Op. cit.

5 MORENO MUÑOZ, A. (2000). *Diseño ergonómico de aplicaciones multimedia*. Barcelona: Editorial Paidós.

6 BALLESTEROS & BALLESTEROS. (agosto, 2007). “El comercio electrónico y la logística en el contexto latinoamericano.” *Revista Scientia et Technica XIII (35)*, Universidad Tecnológica de Pereira.

7 Ídem.

8 DICKIE, J. (1999). *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union*. [En Línea] Consultado: 29 de septiembre de 2010. Disponible en: <http://books.google.com>

zado a través de redes privadas reguladas por códigos o acuerdos de dicha naturaleza “*master agreements*” en el contexto de EDI (*Electronic Data Interchange*) o de ETF (*Electronic Transfer Funds*).

Una de las pioneras en la realización de transacciones electrónicas financieras por sistema cerrado EDI fue la empresa SWIFT (Society of Worldwide Interbank Financial Telecommunication) que a partir de 1973 inició y creó la primera red de procesamiento de datos y comunicación financiera; esta red inició con 239 bancos de 15 países en Bruselas (Bélgica). Inicialmente su uso se limitó al envío electrónico de documentos comerciales como órdenes de compras y facturas. Hacia 1977 la empresa SWIFT ya había iniciado las primeras emisiones de mensajes de datos. En la actualidad, la empresa SWIFT posee más de 8.468 usuarios de 208 países⁹.

3. Los años ochenta: acceso limitado del internet

En los años ochenta, la implementación del LAN, PC y estaciones de trabajo permitió que la naciente internet floreciera. La aparición de la tecnología Ethernet, desarrollada por Bob Metcalfe en el PARC de Xerox en 1973, era la dominante en internet, y los PC y las estaciones de trabajo los modelos de ordenador prevalecientes. El cambio que supone pasar de unas pocas redes con un modesto número de *hosts* (el modelo original de ARPANET) a tener muchas redes dio lugar a nuevos conceptos y a cambios en la tecnología¹⁰.

No obstante, la nueva autopista de información había estado limitada para el uso militar y el de académicos e investigadores durante la década de los ochenta debido principalmente a su complejo uso técnico. En 1983, ARPANET se separa de MINET, la red militar con información no clasificada que la originó, por lo que las funciones militares se retiraron permitiendo así que todo aquel que lo requiera, sin importar el país y siempre y cuando sea para fines académicos y de investigación, pueda tener acceso a la red. Este es el momento en que el primer eslabón, el militar, se desprende dejando acceso libre a las universidades, empresas y demás instituciones. En el año de 1981 sale la primera versión del Windows Microsoft.

Solo hasta el año de 1987 empezó la gran expansión, principalmente por la creación en 1986 de NFSNET, que instaló cinco centros de supercomputadoras para proveer un mejor servicio¹¹.

También durante los años ochenta se dio la creación de cajeros automáticos, las tarjetas crédito y débito. Además del surgimiento de sistemas de reserva electrónica de billetes aéreos como Sabre (en los Estados Unidos) y Travicom (en el Reino Unido)¹².

4. Los años noventa: el auge definitivo

Entonces, con la aparición del navegador World Wide Web conocido como “*www*” en 1989 por el británico Tim Berners-Lee en los laboratorios CERN en Ginebra (Suiza), la popularidad del internet empezó a tomar auge¹³. Sin embargo, la creación de nave-

9 SWIFT (2010). “SWIFT History.” Descargado 29 de septiembre de 2010 http://www.swift.com/about_swift/company_information/swift_history.page

10 ÁLVAREZ, A. & PAGÉS, L.I. Op. cit.

11 MELAMUD, A. (2005, junio). “Internet y las nuevas tecnologías.” UPV: Buenos Aires. Recuperado 03 de diciembre de 2010 http://personales.upv.es/jbasago/Internet%20y%20nuevas%20tecnologias_arielmelamud.pdf

12 FRAME, W. & WHITE, L. (2009). Technological change, financial innovation and diffusion in banking. Federal Reserve Bank of Atlanta. Descargado 29 de septiembre de 2010. <http://www.frbatlanta.org/filelegacydocs/wp0910.pdf>

13 FIDLER, R. (1997). *Mediamorfosis. Comprender los nuevos medios*. Buenos Aires: Granica Editorial.

gadores gráficos para la búsqueda de documentos en HTML y sobre todo la aparición del *Netscape Navigator* en 1994 marcó el impulso definitivo para la expansión del internet en el mundo. Lo que se consagra en 1995 con el debut de Internet Explorer que se comercializa con el sistema operativo Windows (de Microsoft), convirtiéndose así en el navegador más utilizado por los usuarios del mundo entero¹⁴.

Al crearse los cajeros automáticos, las tarjetas crédito y débito y las operaciones financieras vía telefónica, se modificó por completo el acceso de los clientes a los servicios financieros. Con la invención del “www” y los navegadores se inició con las compras en línea “*on line shopping*”, en negocios como Pizza Hut en el año de 1995¹⁵.

Sin embargo, solo hasta finales de los años noventa se puede decir que el comercio electrónico empezó su “boom”, sobre todo en el internet. Para 1996 el mercado del comercio electrónico en los Estados Unidos representaba únicamente una centésima parte del comercio por correspondencia. Mientras que en el transcurso del año 1997 se observó un desarrollo considerable. Es el caso del sitio Web Amazon.com, que aboliendo gastos de inventario pudo lograr una reducción de hasta un treinta por ciento en los libros más solicitados del momento. Su éxito obligó a Barnes & Noble, una de las grandes empresas de este negocio, a ofrecer sus productos de igual forma que lo hace Amazon.com¹⁶.

De igual manera, un gran número de bancos empezaron a permitir ciertas transacciones

elementales desde sus sitios de internet sin necesidad de salir de casa: *Internet Banking*. Incluso corredores de bolsa para esta época iniciaron la oferta de manejar un portafolio de acciones directamente desde su casa, con sitios de internet como E-trade o Eschwab. Una de las motivaciones principales de estos primogénitos clientes es el hecho de haber podido acceder a informaciones sobre la evolución del mercado en tiempo real y a su portafolio en cualquier momento del día o la noche¹⁷.

La evolución del comercio electrónico era imparable y las cifras lo demostraban. En tan sólo los Estados Unidos para 1995 los primeros sitios web fueron lanzados; para el año 2002 casi la mitad de los bancos estadounidenses ya ofrecían sus servicios a través de sus páginas de internet. Para el año 2007 el 77% de los bancos en los Estados Unidos ofrecían operaciones y transacciones bancarias a través del internet, controlando así el 96,8% de los depósitos bancarios de origen comercial¹⁸.

PRINCIPALES NORMATIVIDADES INFLUYENTES EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO COLOMBIANO

1. CNUDMI (UNCITRAL)

Desde los años sesenta la ONU ha establecido que la falta de armonización entre las legislaciones internas que rigen el comercio internacional es una barrera para el desarrollo del comercio y una limitante en los procesos de integración económica que demandan la necesidad de establecer plata-

14 LEVIS, D. & GUTIÉRREZ, M. (2000). *¿Hacia una herramienta educativa universal? Enseñar y Aprender en tiempos de internet*. Buenos Aires: Ed. Ciccus- La Crujía.

15 INSTANT, SHIFT. (2010). *The history of online shopping in Nutshell*. Descargado 30 de septiembre de 2010. <http://www.instantshift.com/2010/03/26/the-history-of-online-shopping-in-nutshell/>

16 PISANI, F. (1997, diciembre). “1997, año del comercio electrónico.” *El Norte* Monterrey, México p. 8 Descargado 24 de septiembre de 2010 PROQUEST <http://proquest.umi.com/pqdweb?did=23534948&sid=1&Fmt=3&clientId=18446&RQT=309&VName=PQD>

17 PISANI, F. Op. cit.

18 FRAME, W. & WHITE, L. Op. cit.

formas jurídicas integradas¹⁹. Las Naciones Unidas a través de la CNUDMI (UNCITRAL en inglés) iniciaron su tarea de armonizar las legislaciones con la finalidad de establecer parámetros que eviten trabas en el comercio internacional.

En 1985 la CNUDMI adoptó *las Recomendaciones sobre el valor jurídico de la documentación informática*, donde básicamente se exhortó a los gobiernos de los países miembros y demás organismos internacionales a la revisión sobre las normas que regulan el valor probatorio de las evidencias consignadas dentro de sistemas de computación²⁰.

Sin restar mérito a las anteriores regulaciones de la CNUDMI en materia de *e-commerce* las leyes modelo sobre comercio electrónico de 1996 (Ley Modelo) y las leyes de firmas electrónicas en el 2001, se convirtieron en grandes avances para reducir las barreras comerciales. En el caso de la Ley Modelo de 1996 para octubre de 2010 ya ha sido incorporada por 29 países, Hong Kong, gran parte de los territorios británicos en el Caribe, 48 de los 51 Estados que conforman la Unión americana y la mayoría de las provincias canadienses, incluyendo Québec.

La estrategia de las leyes modelos de la CNUDMI ha sido reducir la multiplicidad de regulaciones y comprimirlas en la menor cantidad posible. La Ley Modelo de Firmas Electrónicas (2001) es una recopilación de las reglas contenidas en la Guía Jurídica para la Transferencia Electrónica de Fondos (ETF) (1987), la Ley Modelo de Transferencias de Crédito Internacional (1992) y la Ley Modelo de Comercio electrónico de 1996 (con sus enmiendas de 1998). Además, contiene regulaciones establecidas por la CNUDMI des-

de 1978, donde se fomentaba la reducción del formalismo.

En el año 2005 también fue adoptada por la CNUDMI la Convención de las Naciones Unidas sobre el Uso de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, constituyendo reglas para determinar claridad en el perfeccionamiento de contratos internacionales que utilicen medios electrónicos. La Convención tiene la finalidad de fomentar la seguridad jurídica y la previsibilidad comercial en las negociaciones internacionales. Aunado a lo anterior, la aclaración sobre los parámetros que deben seguirse para establecer la equivalencia funcional entre las comunicaciones electrónicas y los documentos sobre papel; la determinación de ubicación de las partes en un entorno electrónico, así como los métodos de autenticación electrónica y las firmas manuscritas.

Dos años más tarde, la CNUDMI expide un documento de fomento a la confianza en comercio electrónico donde se exponen las cuestiones jurídicas sobre la utilización internacional de métodos de autenticación y firmas electrónicas tales como problemas en la infraestructura de claves digitales públicas, pluralidad de tecnologías para la autenticación de transacciones electrónicas y distintos métodos de valoración probatoria a la autenticación de firmas electrónicas en diversas jurisdicciones, entre otros²¹.

2. Unión Europea

Dentro de las más importantes normativas expedidas por los distintos órganos de la Unión Europea, en los últimos diez años, en relación con legislación informática, se encuentran las siguientes:

19 CASTRO M., GIRALDO C., REMOLINA, N. & VARÓN, J. (2006). *Contratos Atípicos en el Derecho Contemporáneo Colombiano*. Bogotá: Universidad de los Andes, Universidad Empresarial y Cámara de Comercio de Bogotá.

20 Fuente: UNCITRAL <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>

21 Ídem.

La Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior²².

Por medio de esta Directiva, se contribuye al correcto funcionamiento del mercado interior garantizando la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros. Igualmente se aproximó entre sí determinadas disposiciones nacionales aplicables a los servicios de la sociedad de la información relativas al mercado interior, el establecimiento de los prestadores de servicios, las comunicaciones comerciales, los contratos por vía electrónica, la responsabilidad de los intermediarios, los códigos de conducta, los acuerdos extrajudiciales para la solución de litigios, los recursos judiciales y la cooperación entre Estados miembros. Por último, la Directiva completó el ordenamiento jurídico comunitario aplicable a los servicios de la sociedad de la información, sin perjuicio del nivel de protección, en particular, de la salud pública y de los intereses del consumidor, fijados tanto en los instrumentos comunitarios como en las legislaciones nacionales que los desarrollan, en la medida en que no restrinjan la libertad de prestar servicios de la sociedad de la información.

La Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, sobre la armonización de algunos aspectos del derecho de autor y derechos conexos en la sociedad de la información²³.

En lo relativo a las obligaciones de los Estados miembros referentes a medidas tecnológicas, se logró que cada Estado estableciera una protección jurídica adecuada contra la

elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue ese objetivo.

De igual manera, que los Estados miembros establecieran una protección jurídica adecuada frente a la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o el alquiler, o posesión con fines comerciales, de cualquier dispositivo, producto o componente o la prestación de servicios que: 1) sea objeto de una promoción, de una publicidad o de una comercialización con la finalidad de eludir la protección, o 2) sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o 3) esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección de cualquier medida tecnológica eficaz.

La Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas²⁴. Con esta Directiva se logró garantizar la existencia de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, de buena calidad en toda la Comunidad a través de una competencia y una libertad de elección reales, y tratar las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado.

La Resolución del Consejo de 18 de febrero de 2003, sobre un enfoque europeo orientado a una cultura de seguridad de las redes y de la información²⁵. La Resolución permitió a los Estados miembros promover la seguridad como componente esencial del buen gobierno público y privado, en particular

22 Fuente: Unión Europea. Consultar http://europa.eu/legislation_summaries/

23 Fuente: Unión Europea. Consultar <http://eur-lex.europa.eu/>

24 Fuente: Unión Europea. Consultar <http://eur-lex.europa.eu/>

25 Fuente: Unión Europea. Consultar http://eur-lex.europa.eu/es/dossier/dossier_02.htm

fomentando la asignación de responsabilidades; proporcionar una formación general y profesional adecuadas para procurar una mayor toma de conciencia, en especial entre los jóvenes, de los aspectos de la seguridad; y adoptar medidas adecuadas para prevenir y responder a incidentes relativos a la seguridad.

La Decisión 2005/752/CE de la Comisión de 24 de octubre de 2005, sobre la conformación de un Grupo de expertos en materia de comercio electrónico²⁶, con lo que se logró que la Comisión pudiera consultar al Grupo sobre cualquier cuestión relativa a la Directiva sobre el comercio electrónico.

Se incluyen, entre otros, los siguientes ámbitos: 1) La cooperación administrativa en el marco de procedimientos para restringir la libertad de prestación de servicios respecto de un determinado servicio de la sociedad de la información. 2) La información sobre códigos de conducta elaborados a escala comunitaria por asociaciones comerciales, profesionales o de consumidores. 3) Los códigos de conducta sobre publicidad en línea de profesiones reguladas. 4) La jurisprudencia nacional, especialmente en materia de normas sobre responsabilidad, incluidas las resoluciones adoptadas por los órganos responsables de la solución extrajudicial de litigios.

La por la que se acuerda el tratamiento y transferencia de datos de viajeros de Europa al departamento de seguridad interna de los Estados Unidos²⁷. Esta Decisión constituye la primera de largas medidas adoptadas entre la Unión Europea y los Estados Unidos, en materia de cooperación tecnológica e informática, en su lucha contra el terrorismo como consecuencia de los sucesos del "9-11".

La Resolución 2007/C 68/01 del Consejo de 22 de marzo de 2007, sobre una estrategia para una sociedad de la información segura en Europa²⁸, la cual permitió a los Estados miembros mejorar la seguridad de sus programas y la capacidad de adaptación de las redes y sistemas de información, atendiendo a la Estrategia para una sociedad de la información segura recogida en la misma Resolución.

Así mismo, que las empresas europeas adoptaran una actitud positiva con respecto a la seguridad de la información y de las redes con el fin de crear productos y servicios más avanzados y seguros, considerando la inversión en dichos productos y servicios como una ventaja competitiva. Igualmente, que los fabricantes y proveedores de servicios integraran requisitos de seguridad, protección de la intimidad y confidencialidad en sus diseños de productos y servicios y en el desarrollo de infraestructuras, aplicaciones y programas de redes.

En la actualidad la legislación de la Unión Europea se encuentra entre una de las más avanzadas del mundo en materia de Comercio Electrónico. Se destacan la creación en el 2009 del -Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas-(ORECE)(Reglamento 1211/2009), la selección comparativa de los operadores que prestan servicios móviles por satélites (SMS) (Decisión 626/2008/CE) y la Directiva 2002/21/CE por la cual se establece un Marco Regulador Común de las Redes y Servicios de Comunicaciones Electrónicas (recién modificado en el 2009)²⁹.

3. España

Entre las principales normas expedidas en España atinentes a Derecho Informático, se

26 Fuente: Unión Europea. Consultar <http://eur-lex.europa.eu/>

27 Fuente: Unión Europea. Consultar <http://eur-lex.europa.eu/>

28 Fuente: Unión Europea. Consultar <http://eur-lex.europa.eu/>

29 Fuente: EUR-Lex Portal de Derecho de la Unión Europea (2010). Consultado: 04 de octubre de 2010. <http://eur-lex.europa.eu>

pueden encontrar las siguientes, cuyo principal objeto consistió en la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31 /CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, así como del comercio electrónico en el mercado interior. Por otra parte, incorpora parcialmente la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores³⁰.

Igualmente es importante el Real Decreto 292/2004, por el que se crea el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico y se regulan los requisitos y procedimiento de concesión. Con la norma se atribuye a la Administración General del Estado. Por otra parte, se establece la previsión de que se favorezca e impulse la oferta al consumidor o usuario de la posibilidad de elegir, entre las lenguas oficiales de la Unión Europea, aquella en la que se han de realizar las comunicaciones comerciales, en especial y en el ámbito electrónico, la información precontractual y el contrato³¹.

En materia de factura electrónica, se destaca la Orden EHA/962/2007, de 10 de abril, por la que se desarrollan determinadas disposiciones sobre facturación telemática y conservación electrónica de facturas. El legislador reguló la forma de remisión de las facturas o documentos sustitutos y, en particular, la remisión por medios electrónicos de dichos documentos, estableciendo los procedimientos que garantizan la autenticidad de

su origen y la integridad de su contenido. Por su parte, se reguló la conservación de facturas o documentos sustitutos y, especialmente, la conservación de dichos documentos mediante medios electrónicos³².

La Ley 56/2007, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, con la cual se introducen preceptos dirigidos a impulsar el empleo de la factura electrónica y del uso de medios electrónicos en todas las fases de los procesos de contratación y a garantizar una interlocución electrónica de los usuarios y consumidores con las empresas que presten determinados servicios de especial relevancia económica. En lo referente a la facturación electrónica, se establece la obligatoriedad del uso de la factura electrónica en el marco de la contratación con el sector público estatal, en los términos que se precisen en la Ley reguladora de contratos del sector público, se define el concepto legal de factura electrónica y, asimismo, prevé actuaciones de complemento y profundización del uso de medios electrónicos en los procesos de contratación³³.

Como medidas de impulso a la sociedad de información, se encuentran: 1) La facturación electrónica en el marco de la contratación con el sector público estatal como obligatoria. A estos efectos, se entiende que la factura electrónica es un documento electrónico que cumple con los requisitos legal y reglamentariamente exigibles a las facturas y que, además, garantiza la autenticidad de su origen y la integridad de su contenido, lo que impide el repudio de la factura por su emisor. 2) Los formatos estructurados de las facturas electrónicas permiten su visualiza-

30 Fuente: Universidad Complutense de Madrid. Consultar web oficial en http://www.ucm.es/info/cyberlaw/act_cyb/documentos/Ley_LSSI.pdf

31 Fuente: Boletín Oficial del Estado. Gobierno de España. Ministerio de la Presidencia. Consultar http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-2005-16699

32 Fuente: Gobierno de España. Ministerio de Economía y Hacienda y Ministerio de Industria. Consultar <http://www.facturae.es/>

33 Fuente: Universidad de Málaga. Consultar web oficial de la Universidad en <http://www.uma.es/secretariageneral/normativa/general/rangodeley/156-2007.html#c1>

ción y emisión en las distintas lenguas oficiales existentes, con la finalidad de garantizar los derechos de los usuarios³⁴.

El Real Decreto 1671/2009, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. La norma establece que el “elemento clave en la comunicación jurídica con los ciudadanos en soporte electrónico es el concepto de sede electrónica”³⁵.

En este punto se logró reforzar la fiabilidad de estos puntos de encuentro mediante tres tipos de medidas: 1) asegurar la plena identificación y diferenciación de estas direcciones como punto de prestación de servicios de comunicación con los interesados, 2) establecer el conjunto de servicios característicos así como el alcance de su eficacia y responsabilidad, y 3) imponer un régimen común de creación de forma que se evite la desorientación que para el ciudadano podría significar una excesiva dispersión de tales direcciones. Este régimen de la sede, que debe resultar compatible con la descentralización necesaria derivada de la actual complejidad de fines y actividades asumidas por la Administración, resulta, sin embargo, compatible con la creación de un punto de acceso común a toda la Administración, puerta de entrada general del ciudadano a la Administración, en la que éste puede presentar sus comunicaciones electrónicas generales o encontrar la información necesaria para acudir a las sedes electrónicas en las que iniciar o participar en los procedimientos que por

ser tramitados en soporte electrónico, requieren el acceso a aplicaciones o formularios concretos³⁶.

4. Argentina

En consideración a los avances tecnológicos en materia informática, en 1994 se expide el Decreto 165, por el cual se regula la protección a las obras de bases de datos y de software. Dispone que tanto los programas de ordenador como las “obras de base de datos” sean incluidas como obras protegidas³⁷.

La Ley de Confidencialidad de 1996 (Ley 24766) recae sobre información y productos que estén legítimamente bajo control de una persona y que se divulgue indebidamente de manera contraria a los usos comerciales honestos.

Así las personas físicas o jurídicas pueden impedir que la información que esté legítimamente bajo su control se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos, mientras dicha información sea secreta, tenga un valor comercial por ser secreta, y haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla. Se considera que es contrario a los usos comerciales honestos el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la instigación a la infracción y la adquisición de información no divulgada por terceros que supieran o no, por

34 Fuente: Universidad de Málaga. *Ibidem*.

35 Fuente: Boletín Oficial del Estado. Gobierno de España. Ministerio de la Presidencia. Consultar <http://www.boe.es/boe/dias/2009/11/18/pdfs/BOE-A-2009-18358.pdf>

36 Fuente: Boletín Oficial del Estado. Gobierno de España. Ministerio de la Presidencia. Consultar <http://www.boe.es/boe/dias/2009/11/18/pdfs/BOE-A-2009-18358.pdf>

37 Para los efectos de la aplicación del decreto, se entiende por obras de software: 1) Los diseños, tanto generales como detallados, del flujo lógico de los datos en un sistema de computación. 2) Los programas de computación, tanto en su versión “fuente”, principalmente destinada al lector humano, como en su versión “objeto”, principalmente destinada a ser ejecutada por el computador. 3) La documentación técnica, con fines tales como explicación, soporte o entrenamiento, para el desarrollo, uso o mantenimiento de software. Fuente: Biblioteca del Congreso de la Nación Republica Argentina. Consultar <http://www.bcnbib.gov.ar/>.

negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas³⁸.

Mediante el Decreto 2628 de 2002, se regula la firma digital (Boletín Oficial núm. 30052 de 20 de diciembre de 2002), con la que se establece una Infraestructura de Firma Digital que ofrece autenticación y garantía de integridad para los documentos digitales o electrónicos y constituye la base tecnológica que permite otorgarles validez jurídica³⁹.

Con el Decreto 378 de 2005, sobre el Plan Nacional de Gobierno Electrónico y Planes Sectoriales de Gobierno Electrónico, se aprovecha plenamente las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones a fin de potenciar la gestión del Estado, mediante una acción coordinada que involucra a todas las jurisdicciones a fin de llevar adelante la implementación del Plan Nacional de Gobierno Electrónico.

Por otra parte y gracias a la Disposición 7 de 2008, de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (DNPDP), de 28 de agosto de 2008, se aprobó la “Guía de Buenas Prácticas en Políticas de Privacidad para las Bases de Datos del Ámbito Público” y el texto modelo de “Convenio de Confidencialidad”.

Por medio de la Disposición 10 de 2008, de la Dirección Nacional de Protección de Datos

Personales (DNPDP), de 15 de septiembre de 2008, se estableció que los responsables y usuarios de bancos de datos públicos o privados debían incluir en su página web y en toda comunicación o publicidad, en particular, en los formularios utilizados para la recolección de datos personales, información al respecto⁴⁰.

5. Chile

En Chile se destaca el Decreto 181, promulgado el 09 de julio de 2002, que aprueba el reglamento sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma.

Por su parte, el Decreto 1312 del 22 de septiembre de 1999 estableció el sistema de información de compras y contrataciones públicas de Chile, expandiendo considerablemente el espectro del comercio electrónico a la contratación pública.

Entre tanto, la Ley 19983 de 2004 reguló la transferencia y se otorgó mérito ejecutivo a la factura electrónica, como medio de pago tanto del comercio convencional como del comercio electrónico.

En materia de delitos informáticos, la Ley Núm. 19223 de 1993 tipifica figuras penales relativas a la informática⁴¹, y la Ley 19927

38 Fuente: Biblioteca del Congreso de la Nación República Argentina. Consultar <http://www.bcnbib.gov.ar/>.

39 Fuente: Biblioteca del Congreso de la Nación República Argentina. Consultar <http://www.bcnbib.gov.ar/>.

40 Fuente: Biblioteca del Congreso de la Nación República Argentina. *Ibidem*.

41 Entre los nuevos tipos penales establecidos se encuentran: “Artículo 1.º. *El que maliciosamente destruya o inutilice un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes, o impida, obstaculice o modifique su funcionamiento, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio a máximo. Si como consecuencia de estas conductas se afectaren los datos contenidos en el sistema, se aplicará la pena señalada en el inciso anterior, en su grado máximo. Artículo 2.º. El que con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio. Artículo 3.º. El que maliciosamente altere, dañe o destruya los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información, será castigado con presidio menor en su grado medio. Artículo 4.º. El que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio. Si quien incurre en estas conductas es el responsable del sistema de información, la pena se aumentará en un grado”.*

de 2004 modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil⁴².

6. México

La Constitución mexicana señala en su artículo 6.º que “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado”⁴³.

Con este marco constitucional, el 29 de abril de 2000 se reformó el Código de Comercio y en lo atinente al comercio electrónico, el legislador estableció que en los actos de comercio podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología. Para efecto del presente Código, a la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada a través de dichos medios se le denominará mensaje de datos (art. 89)⁴⁴.

Se estableció una presunción legal en el artículo 90, consistente en que, salvo pacto en contrario, se presumirá que el mensaje de datos proviene del emisor si ha sido enviado: 1) usando medios de identificación, tales como claves o contraseñas de él, o 2) por un sistema de información programado por el emisor o en su nombre para que opere automáticamente⁴⁵.

Tratándose de la comunicación de mensajes de datos que requieran de un acuse de recibo para surtir efectos, bien sea por disposición legal o por así requerirlo el emisor, se considerará que el mensaje de datos ha sido enviado, cuando se haya recibido el acuse respectivo. Salvo prueba en contrario, se presume que se ha recibido el mensaje de datos cuando el emisor reciba el acuse correspondiente (art. 92)⁴⁶.

Así mismo y salvo pacto en contrario, el mensaje de datos se tendrá por expedido en el lugar donde el emisor tenga su domicilio y por recibido en el lugar donde el destinatario tenga el suyo (art. 94)⁴⁷.

Son admisibles como medios de prueba todos aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos y en consecuencia serán tomadas como pruebas las declaraciones de las partes, terceros, peritos, documentos públicos o privados, inspección judicial, fotografías, facsímiles, cintas cinematográficas, de videos, de sonido, mensajes de datos, reconstrucciones de hechos y en general cualquier otra similar u objeto que sirva para averiguar la verdad (art. 1205)⁴⁸.

Se reconoce como prueba los mensajes de datos. Para valorar la fuerza probatoria de dichos mensajes, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada (art. 1298-A)⁴⁹.

42 Fuente: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). Consultar <http://www.bcn.cl/>.

43 Fuente: Cámara de Diputados de México. Consultar <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>

44 Fuente: Cámara de Diputados de México. Consultar <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3.pdf>

45 Fuente: Cámara de Diputados de México. *Ibidem*.

46 *Ídem*.

47 *Ídem*.

48 Fuente: Cámara de Diputados de México. *Ibidem*.

49 Fuente: Cámara de Diputados de México. Consultar web oficial en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/3.pdf>

DESARROLLO NORMATIVO DE COMERCIO ELECTRÓNICO EN COLOMBIA

Entre los años 1996 y 1998 Colombia participó como observador de la UNCITRAL, lo que resultó en la conformación de una Comisión Interinstitucional para estudiar la Ley Modelo de Comercio Electrónico y diseñar su adecuación al ordenamiento jurídico colombiano. Esto dio origen al proyecto de ley núm. 227 de 1999, que finalmente se concretó en Ley 527 de 1999 conocida como *Ley de Comercio Electrónico*. Esta ley fue básicamente fundamentada en la Ley Modelo de Comercio Electrónico de la UNCITRAL, muestra de ello es que las dos primeras partes de la citada ley incluyen en su totalidad el texto de la Ley Modelo⁵⁰.

La Ley 527 de 1999 se convirtió entonces en el eje fundamental de las negociaciones electrónicas en Colombia. Esta ley se convertía en la más completa en materia de *e-commerce* en el país. Incluyendo el principio de equivalencia funcional, el de neutralidad tecnológica, autonomía de las partes, entre otros. También consagra la aparición de instituciones hasta ese tiempo desconocidas para el derecho como las entidades de certificación, los certificados y firmas digitales⁵¹.

No obstante, del significativo avance legislativo logrado por Colombia al incluir la ley modelo UNCITRAL en su normatividad interna, surgían ciertos interrogantes frente al perfeccionamiento y formación de la contratación electrónica en sí. Esto se debía a que con anterioridad a la expedición de la Ley 527 de 1999 no se concebía la aceptación de

la oferta por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. Aunque la ley colombiana ya concebía la contratación entre personas ausentes, no existía dentro del ordenamiento jurídico una claridad al respecto.

Sin perjuicio de lo anterior, el principio de equivalencia funcional se convirtió en la solución ante este limbo jurídico. La oferta a través de medios electrónicos fue equiparada a la establecida en el artículo 850 del Código Comercio que es la oferta verbal o por vía telefónica; así la oferta en la contratación electrónica quedaba como la propuesta verbal entre presentes⁵².

No obstante, es indudable que la aparición de la Ley 527 de 1999 cambió la forma de cómo se estudiaba la formación de contratos contenidos en el Código de Comercio Colombiano, puesto que ya las disposiciones del estatuto mercantil no serán aplicables a todas las transacciones de derecho privado, especialmente las de tipo electrónico⁵³.

Posterior a la expedición de la Ley 527 de 1999, la producción legislativa en torno al tema del comercio electrónico se expandió considerablemente. Tal es el caso de la Resolución 26930 de la Superintendencia de Industria y Comercio de 26 de octubre de 2000, por medio de la cual se fijan los estándares para la autorización y funcionamiento de las entidades de certificación y sus auditores en Colombia. Además, el Decreto 1747 de 2000, por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 527 de 1999 sobre todo en materia de entidades de certificación, certificados y firmas digitales. Este

50 VILLALBA, J. (2008, julio-diciembre). "Contratos por medios electrónicos: aspectos sustanciales y procesales." *Prolegómenos IX (22)*, pp. 85-122, Universidad Militar Nueva Granada: Bogotá. Descargado noviembre 08 de 2010 <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/876/87602207.pdf>

51 Ídem.

52 Ídem.

53 OVIEDO, J. (2008). *La Formación del Contrato*. Bogotá: Universidad de la Sabana, Editorial Temis.

decreto de 2000 otorga los derechos y deberes de los servicios de certificación⁵⁴.

En este orden ideas, la Ley 527 de 1999 fue la ignición de un masivo proceso por regular la actividad electrónica en Colombia. Proceso que tuvo también un importante respaldo jurisprudencial con la declaratoria de constitucionalidad de la mencionada Ley 527 a través de la Sentencia de la Corte Constitucional⁵⁵:

De otra parte, resulta también pertinente señalar que conforme a lo preceptuado en el artículo 2.º, 210 y 365 de la Carta Política, el legislador está constitucionalmente habilitado para conferir transitoriamente el ejercicio de funciones públicas a los particulares, lo cual, permite concluir que, también por este aspecto, **la Ley acusada, en cuanto faculta a las personas jurídicas privadas a prestar el servicio de certificación, tiene pleno sustento constitucional.** (negritas fuera de texto).

De lo anterior se colige que la posición de la Corte Constitucional fue categórica al establecer que la Ley 527 de 1999 cumple con todos los requisitos para obtener su constitucionalidad y que los principios de la validez de la prueba y las entidades de certificación no constituyen ninguna distorsión de la función notarial y el orden público.

Desde el punto de vista del derecho procesal, la Ley 98 de 1999 (Ley del libro) amplía la interpretación del artículo 251 del Código

de Procedimiento Civil que reza: “documento es en general todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.” Esta Ley del libro consagra que se consideran libros, revistas o folletos, los impresos dentro o fuera de la República de Colombia, en base de papel o por medios electrónicos⁵⁶. Esto se corrobora con lo estipulado por Díaz⁵⁷, puesto que esta interpretación del artículo 251 y la Ley 98 de 1999 permitieron al ahora llamado documento electrónico otorgarle validez probatoria, situación que era muy difícil anteriormente debido a la excesiva formalidad del derecho colombiano, con tradición romano-germánica. Esto además se complementó con el artículo 95 de Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Durante el año 2000, de igual forma se expidió la Directiva Presidencial 02 donde se estableció la estrategia de *Gobierno en línea*, por medio de la cual el Gobierno nacional pretende enlazar e intercambiar información con el mayor número de entidades públicas posibles en el territorio nacional y a la misma vez facilitar mayor acceso a los ciudadanos, empresas, funcionarios y otras entidades públicas acerca de las actividades de la administración pública⁵⁸.

En los últimos cinco años (2005-2010), los avances en legislación de contratación electrónica no se han hecho esperar: desde la posibilidad de surtir notificaciones judiciales y administrativas a través de medios electró-

54 VALENZUELA, D., BURGOS, A. y CASTRO, A. (2002). “Contratación electrónica: ¿Es necesaria una convención internacional?” *Revista e-Mercatoria (1) 2* Universidad Externado de Colombia: Bogotá Descargado 09 de noviembre de 2010 <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen1/pdf02/contratacion.pdf>

55 Sentencia Corte Constitucional C-662 de junio 8 de 2000. Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.

56 *Ibidem* (50).

57 DÍAZ, A. (2001, mayo). “Los documentos electrónicos y sus efectos legales en Colombia” *Revista de Derecho Informático 034* Alfa-Redi. Descargado 08 de noviembre de 2010. <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=678>

58 Directiva presidencial 02 de 2000. República de Colombia. Fuente: http://www.anticorruccion.gov.co/marco/normas_ci_publico/DIRECTIVAPRESIDENCIALNo.02de2000.pdf

nicos (Ley 962 de 2005, Ley Antitrámites); avances en materia de protección de la información (Ley 1266 de 2008, Habeas Data), hasta adiciones al Código Penal con la tipificación de delitos informáticos (Ley 1273 de 2009), por mencionar algunos.

Sin embargo, recientemente el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) en su documento 3620 de 2009 identificó tres ejes problemáticos del comercio electrónico en Colombia: “i) debilidades en percepción y aprovechamiento del comercio electrónico, ii) debilidades en el entorno normativo y existencia de barreras regulatorias y iii) limitada oferta de servicios por parte de los agentes que hacen parte de la cadena de valor del comercio electrónico”⁵⁹.

CONCLUSIONES

1. Igual que muchos otros campos de la tecnología, el internet y el comercio electrónico son producto de la innovación y el desarrollo militar, que en este caso en particular se dio gracias a la Guerra Fría.
2. El primer antecedente del comercio electrónico surge en la década de 1970, con la transferencia electrónica de fondos (TEF) y por medio de redes privadas de seguridad dentro de las instituciones financieras, permitiendo el desarrollo del intercambio computador a computador de la información operacional comercial en el área financiera.
3. Una de las pioneras en la realización de transacciones electrónicas financieras por sistema cerrado, fue la empresa SWIFT (Society of Worldwide Inter-

bank Financial Telecommunication), que a partir de 1973 inició y creó la primera red de procesamiento de datos y comunicación financiera.

4. En los años ochenta, la implementación del LAN, PC y estaciones de trabajo permitió que la naciente internet floreciera. En esta forma se separan las redes civiles de las militares, permitiendo que todo aquel que lo requiera, sin importar el país y siempre y cuando sea para fines académicos y de investigación, pueda tener acceso a la red.
5. Con la aparición del navegador World Wide Web (“www”) en 1989, la popularidad del internet toma descomunal auge⁶⁰. En tan sólo los Estados Unidos, para 1995 los primeros sitios web fueron lanzados, generando grandes ganancias en el sector de las ventas de libros y música, así como en las operaciones financieras.
6. Desde los años sesenta la ONU ha establecido que la falta de armonización entre las legislaciones internas que rigen el comercio internacional es una barrera para el desarrollo del comercio y una limitante en los procesos de integración económica. Las Naciones Unidas a través de la CNUDMI (UNCTRAL en inglés) iniciaron su tarea de armonizar las legislaciones con la finalidad de establecer parámetros que eviten trabas en el comercio internacional.
7. La comunidad internacional se ha preocupado por establecer la plataforma jurídica que permita el desarrollo del comercio electrónico en cada una de sus jurisdicciones, para lo cual, no han escatimado esfuerzo en promulgar cientos

59 FUENTE: Consejo Nacional de Política Económica (CONPES), Documento 3620 de 2009. República de Colombia. Recuperado 20 de noviembre de 2010. <http://www.snc.gov.co/Es/Politica/Documents/Conpes%203620.pdf>

60 FIDLER, R. (1997). *Mediamorfosis. Comprender los nuevos medios*. Buenos Aires: Granica Editorial.

- de normas que permiten reconocer validez jurídica tanto a las transacciones electrónicas, como a los mensajes de datos y a los medios de prueba.
8. En particular en América Latina, por la falta de armonización de los procesos legislativos y de las políticas de desarrollo comunes, nuestros países han tenido así mismo desarrollos normativos frente al comercio electrónico desiguales, en momentos diferentes y de manera aislada, lo cual redundará en la descoordinación entre los diferentes gobiernos frente al tema.
 9. Por el esquema organizacional de la Comunidad Andina de Naciones y del Mercosur, podrían aprovecharse dichas plataformas supranacionales para formular y desarrollar proyectos legislativos en comercio electrónico de manera coordinada y homogénea, lo cual permita darle a la región un desarrollo consistente y adecuado en esta segunda década del siglo XXI que se avecina.
 10. Muy contrario es el caso de la Unión Europea, organismo que se ha preocupado intensamente por establecer políticas comunes, coordinadas y coherentes, que afectan a todos los Estados miembros de dicha comunidad política. Por ejemplo, como en el caso español se ha observado cómo dicho gobierno ha implementado las políticas dictadas por el Consejo y demás organismos de la Unión, en materia de comercio electrónico, a través de su legislación nacional.
 11. La Ley 527 de 1999 es el eje fundamental de las negociaciones electrónicas en Colombia. Esta ley es la más completa en materia de *e-commerce* en el país. Incluye el principio de equivalencia funcional, el de neutralidad tecnológica, autonomía de las partes, entre otros. También consagra la aparición de instituciones hasta entonces ajenas al Derecho, como las entidades de certificación, los certificados y las firmas digitales.
 12. Sin embargo, la promulgación de la Ley 527 de 1999 ha tenido que ser complementada por decenas de decretos, resoluciones y acuerdos para que su sentido vanguardista no pierda aplicación. Así, en los últimos cinco años (2005-2010) se han promulgado leyes como la anti-trámites, la de habeas data e inclusión de nuevos tipos penales, con la finalidad de evitar los vacíos normativos sobrevinientes por la acelerada mutación de la actividad electrónica.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ, A. & PAGÉS, LI. (1997, noviembre). "Una breve historia de Internet." Descargado 29 de septiembre de 2010 http://crismattweb.tripod.com/historia_internet.html

BALLESTEROS & BALLESTEROS. (2007, agosto). "El comercio electrónico y la logística en el contexto latinoamericano." *Revista Scientia et Technica* XIII (35) Universidad Tecnológica de Pereira.

CASTRO, M., GIRALDO, C., REMOLINA, N. & VARÓN, J. (2006). *Contratos Atípicos en el Derecho Contemporáneo Colombiano*. Bogotá: Universidad de los Andes, Universidad Empresarial y Cámara de Comercio de Bogotá.

DÍAZ, A. (2001, mayo). "Los documentos electrónicos y sus efectos legales en Colombia". *Revista de Derecho Informático* 034 Alfa-Redi. Descargado 08 de noviembre de 2010. http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo_shtml?x=678

DICKIE, J. (1999). *Internet and Electronic Commerce Law in the European Union*. [En Línea] Consultado: 29 de septiembre de 2010. Disponible en: <http://books.google.com>

FRAME, W. & WHITE, L. (2009). *Technological change, financial innovation and diffusion*

in banking. Federal Reserve Bank of Atlanta. Descargado 29 de septiembre de 2010. <http://www.frbatlanta.org/filelegacydocs/wp0910.pdf>

FIDLER, R. (1997). *Mediamorfosis. Comprender los nuevos medios*. Buenos Aires: Granica Editorial.

INSTANT SHIFT (2010). *The history of online shopping in Nutshell*. Descargado 30 de septiembre de 2010. <http://www.instantshift.com/2010/03/26/the-history-of-online-shopping-in-nutshell/>

LEVIS, D. & GUTIÉRREZ, M. (2000). *¿Hacia una herramienta educativa universal? Enseñar y Aprender en tiempos de Internet*. Buenos Aires: Ed. Ciccus- La Crujía.

MATTELART, A. (2000, agosto). "Como nació el mito de Internet". *Le Monde Diplomatique*, Edición núm. 14. Buenos Aires.

_____ (2002). *Historia de la sociedad de la información*. Buenos Aires: Editorial Paidós.

MELAMUD, A. (2005, junio). "Internet y las nuevas tecnologías." UPV: Buenos Aires. Recuperado 03 de diciembre de 2010 http://personales.upv.es/jbasago/Internet%20y%20nuevas%20tecnologias_arielmelamud.pdf

MORENO MUÑOZ, A. (2000). *Diseño Ergonómico de aplicaciones multimedia*. Barcelona: Editorial Paidós.

PISANI, F. (1997, diciembre). "1997, año del comercio electrónico." *El Norte Monterrey*, México p. 8. Descargado 24 de septiembre de 2010 PROQUEST <http://proquest.umi.com/pqdweb?did=23534948&sid=1&Fmt=3&clientId=18446&RQT=309&VName=PQD>

SWIFT (2010) "SWIFT History." Descargado 29 de septiembre de 2010 http://www.swift.com/about_swift/company_information/swift_history.page?

VALENZUELA, D., BURGOS, A. y CASTRO, A. (2002). "Contratación electrónica: ¿Es necesaria una convención internacional?" *Revista e-Mercatoria* (1) 2 Universidad Externado de Colombia: Bogotá. Descargado 09 de noviembre de 2010 <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen1/pdf02/contratacion.pdf>

VILLALBA, J. (2008, julio-diciembre). "Contratos por medios electrónicos: aspectos sustanciales y procesales." *Prolegómenos IX* (22) pp. 85-122. Universidad Militar Nueva Granada: Bogotá. Descargado noviembre 08 de 2010 <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/876/87602207.pdf>

Jurisprudencia

Sentencia Corte Constitucional C-662 de junio 8 de 2000. Magistrado Ponente Fabio Morón.

Fuentes de internet consultadas

Biblioteca del Congreso de la Nación República Argentina: <http://www.bcnbib.gov.ar/>

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN). Consultar <http://www.bcn.cl/>

Boletín Oficial del Estado. Gobierno de España. Ministerio de la Presidencia: <http://www.boe.es/>

Cámara de Diputados de México: <http://www.diputados.gob.mx/>

Gobierno de España. Ministerio de Economía y Hacienda y Ministerio de Industria: <http://www.facturae.es/>

UNCITRAL: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>

Unión Europea: <http://europa.eu/> y <http://eur-lex.europa.eu/>

Universidad Complutense de Madrid: <http://www.ucm.es/>

Universidad de Málaga. <http://www.uma.es/>

LA COMPETENCIA Y LA INTERVENCIÓN ESTATAL *

María Elena Grueso Rodríguez**
Corporación Universitaria Republicana

RESUMEN

Con la presente investigación se pretende abordar el tema de las prácticas legítimas de competencia y la intervención estatal de los mercados; al respecto se busca determinar si es apropiada y pertinente la intervención del Estado en el desarrollo de los mercados y cómo dicha intervención puede o no restringir la libertad de competencia.

Con el fin de resolver el debate planteado, se recurrió al método analítico y lógico y en este sentido se desarrollan en una primera parte los conceptos básicos del mercado y competencia, al igual que se abordan los distintos aspectos de la intervención del Estado en el mercado.

En este sentido se evidencia que a lo largo de la historia han existido grandes discusiones desde la concepción del Estado-nación a finales del siglo XVIII y hasta la fecha, relativas a los elementos de intervención en la economía, y repartición de la propiedad.

Es así como en el presente trabajo se han recopilado las principales percepciones sobre los elementos socioeconómicos que rodean

las problemáticas de intervencionismo estatal en el mercado y sus afectaciones en las prácticas de la competencia.

Por tanto, se evidencia que desde un enfoque puramente mercantilista y a la luz de los principios de libertad de competencia insertos en la Constitución de 1991, se logra determinar la forma en que el bien común puede protegerse y en especial los derechos de los consumidores, cuando en mayor o menor medida, el Estado interviene en los mercados.

Palabras clave: mercado, competencia e intervención del Estado.

ABSTRACT

With this research sought to see the issue of legitimate competitive practices and state intervention in the markets, the matter is to determine if appropriate and relevant state intervention in developing markets and as such action may or may not restrict free competition.

In order to resolve the ongoing debate, we resorted to analytical and logical approach

Fecha de recepción: 18 de septiembre de 2010. Fecha de aceptación: 13 de octubre de 2010.

* Este artículo es producto del proyecto de investigación terminado "La Competencia y la Intervención del Estado" que se desarrolló dentro de la línea de Derecho Comercial y Financiero del Grupo de Investigación Derecho Económico y Estado de la Corporación Universitaria Republicana.

** Docente Investigadora, Corporación Universitaria Republicana, Grupo de Derecho Económico y Estado. Abogada de la Universidad Sergio Arboleda, con especialización en Derecho Comercial y Derecho Financiero de la Universidad el Rosario y candidata a maestra en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Correo electrónico megrueso@hotmail.com.co

and in this sense is developed in the first part the basic concepts of market and competition, as well as addresses the various aspects of state intervention in the market.

In this sense it is evident that throughout history there have been much discussion since the inception of the Nation-State in the late eighteenth century and to date, on the elements of intervention in the economy, and property distribution.

Thus, in this study were collected perceptions of major socio-economic elements that surround the issues of state intervention in the market and its impact on competition practices.

Therefore, it is evident that from a purely mercantilist and in light of the principles of freedom of competition embedded in the constitution of 1991 was unable to determine how they can protect the common good and especially the rights of consumers when to a greater or lesser extent, the state intervenes in the markets.

Key words: market, competition and Government intervention.

METODOLOGÍA

Para la realización de la investigación que da pie a los resultados que se presentan en este artículo, se utilizó una estrategia que hizo necesario recurrir a los métodos analítico y lógico. El estudio se llevó a cabo a través de la consulta directa de los pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana, así como de las referencias puntuales que se encuentran en publicaciones sobre la materia, y finalmente se tuvieron en cuenta las demás fuentes bibliográficas que sobre el tema se han escrito por diferentes autores nacionales y extranjeros.

Una vez recopilada la información existente sobre el problema central del que se ocupó la investigación, y luego de su respectiva cla-

sificación según criterios de especialidad, pertinencia y relevancia científica, se realizó el análisis de la misma en la perspectiva de encontrar solución al problema planteado.

INTRODUCCIÓN

El presente texto es el resultado final del estudio del Grupo de Derecho Económico y Estado de la Corporación Universitaria Republicana, en desarrollo del proyecto respecto de las prácticas legítimas de competencia y la intervención estatal en los mercados.

La problemática que se plantea resolver es la referente a la conveniencia y pertinencia de la intervención estatal frente al desarrollo de los mercados y la libre competencia.

Para resolver la cuestión principal, el artículo desarrolla primeramente los conceptos básicos de mercado y competencia, a la vez que analiza los distintos aspectos que envuelve la relación Estado-mercado, entendiendo que dicha relación hace parte no solamente de una visión económica, sino, fundamentalmente, de una visión política de las funciones del Estado.

Este texto pretende analizar la problemática desde una percepción objetiva y jurídica sin desconocer la naturaleza sociopolítica del problema que se aborda. La relación entre la economía y el poder jurídico del Estado, no son un simple aspecto más de las políticas públicas sino que tocan al concepto mismo de modelo de Estado, al punto que las grandes discusiones desde la concepción del Estado-Nación a finales del siglo XVIII y hasta la fecha, se refieren justamente a los elementos de intervención en la economía, repartición de la propiedad, y quizá más actualmente, modelos de desarrollo sustentable y equidad en la distribución de los beneficios de la competencia.

En ese sentido, ha sido una labor fundamental en el trabajo, integrar al mismo tiempo, las principales percepciones sobre los elemen-

tos socioeconómicos que rodean las problemáticas de intervencionismo estatal en el mercado y sus afectaciones en las prácticas de la competencia.

En esta forma, como se evidencia que desde un enfoque puramente mercantilista y a la luz de los principios de libertad de competencia insertos en la Constitución de 1991, se logra determinar la forma en que el bien común puede protegerse y en especial los derechos de los consumidores, cuando en mayor o menor medida, el Estado interviene en los mercados.

Por otra parte se desarrollan los elementos fundamentales del derecho de la competencia, y a partir de dichos aspectos examina finalmente cómo la intervención estatal solamente puede ser válida mientras se limite a servir de garante a la libertad de empresa y las prácticas competitivas, a la vez que puede establecer correctivos que limiten dichas libertades únicamente en la búsqueda del bien común y como forma de retroalimentar a las mismas.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Es apropiada y pertinente la intervención del Estado en el desarrollo de los mercados y la libertad de competencia?

RESULTADOS

1. El mercado, su estructura y evolución histórica

El mercado puede ser entendido como un espacio, físico o virtual, donde confluyen agentes dispuestos a ofrecer determinado producto o servicio a otros agentes que están interesados en satisfacer sus necesidades y donde se determinará el precio sobre el cual se concretará la relación negocial. Es decir, que para la existencia de un mercado se requiere: i) objeto del negocio jurídico; ii) un ofertante de este (productor o distri-

buidor); iii) un demandante (adquirente o consumidor); iv) un territorio, y finalmente; v) el acuerdo de voluntades que se concreta con el precio (Londoño, 1998).

Londoño omite en esta descripción la competencia como factor característico del mercado, por considerar que la importancia de la misma como un elemento esencial del mercado depende de la concepción político-económica imperante en el ordenamiento que se estudie. Así, por ejemplo, mientras en un modelo de control central en el que el sistema de producción esté en manos del Estado, o en el que sea él quien determine todos los elementos de producción, no habría competencia y, sin embargo, existiría mercado en alguna medida.

Por su parte, Velandia (2008) manifestó: “Mercado es el lugar geográfico donde se cruzan las empresas interesadas en ofrecer un producto con los sujetos económicos interesados en satisfacer sus necesidades, es decir, donde se adquiere un bien o servicio a cambio de un precio”.

Ahora bien, ese mercado tiene una estructura determinada por el Estado o por las realidades propias de un segmento específico. En palabras de Velandia (2008): “número de empresas, uniformidad del producto, factibilidad del ingreso y tipos de competencia”, donde es posible determinar si estamos en presencia de un mercado con competencia perfecta, imperfecta o monopolio de acuerdo con la injerencia con que compiten los agentes económicos (Jaekel, 1998).

Es decir, que la competencia que se origine dentro del mercado es el elemento para determinar su estructura sin que ello afecte directamente su propia existencia, como mal podría pensarse.

– *La competencia perfecta*: se presenta cuando en un determinado mercado confluyen en una suma suficientes agentes (ofertantes y demandantes), adecuadamente informados,

respecto de un producto homogéneo y sin ningún tipo de obstáculos para que los agentes ingresen o se retiren a largo plazo (Velandia, 2008).

Es, pues, un escenario ideal que solo existe en el mundo de las ideas y del cual el derecho sería totalmente ajeno o superfluo.

– *La competencia imperfecta*: puede ser entendida como un punto intermedio entre el monopolio y la competencia perfecta (Velandia, 2008), o donde se presentan fallas del mercado porque “uno o más de los agentes de un determinado mercado, y debido a su gran capacidad adquisitiva, logra obtener un poder de mercado que lo ubica por encima de sus competidores en la toma de decisiones generales, especialmente en la influencia del precio de venta” (Márquez, 2007).

– *El monopolio*: es aquella situación en la que un solo empresario satisface las necesidades del mercado y, en consecuencia, determina las condiciones propias del mercado como: bienes ofertados, precio, cadena de distribución, calidad, entre otros. Puede originarse de manera natural (restricciones propias del mercado o barreras de entrada) o legal (por regulación interna). (Velandia, 2008).

A pesar de todo lo manifestado se debe decir que el mercado no siempre ha tenido el mismo peso o relevancia en el ámbito económico y mucho menos del derecho.

Es sumamente ilustrativo en ese sentido el análisis histórico efectuado por la Corte Constitucional (Sentencia C-535, 1997), en que el tribunal indica que el mercado como institución se puede observar como un acto histórico y cultural. Así, en una época el mercado no tenía tanta relevancia, toda vez que las comunidades eran autosuficientes, situación que no ha sido totalmente erradicada y se continúa presentando en algunas comunidades y grupos poblacionales especialmente rurales y alejados de los centros de comercio.

Posteriormente los mercados fueron controlados por los gremios y las corporaciones, quienes en sus respectivos campos controlaron las profesiones y oficios, sujetando de manera estricta la disciplina de producción. Finalmente, todo ello ha ido cediendo ante el avance sistemático e irrefrenable del comercio internacionalizado.

Así lo indica la Corte Constitucional al relatar que:

“Los estados nacionales, a su turno, al prohiar la filosofía mercantilista, asumieron bajo su protección el sistema corporativo, pero lo privaron de su autonomía en su afán por hacer de la prosperidad nacional una verdadera política de Estado, lo cual dio vida a infinidad de medidas de protección y a la directa participación del Estado en actividades económicas”.

La revolución industrial es un hito que modifica el concepto y el papel del mercado en la vida social y política. El mercado llegó a adquirir una importancia central como medio regulador de la actividad económica y lugar de intercambio y confrontación constante de los bienes económicos, hasta el punto de que la competencia como principio de la nueva cultura económica, fincada en los valores de la ideología liberal, se impuso definitivamente sobre el ideal de solidaridad que caracterizaba el sistema anterior, organizado para satisfacer necesidades previamente establecidas y servir de fundamento a la coexistencia ordenada de los productores como miembros de grupos y organizaciones. En lugar de la Corporación emergió el sujeto económico libre. Sin ataduras corporativas, la lealtad se predica ahora frente a la ley impersonal, general y abstracta y, de otro lado, por supuesto, frente al estímulo individual de perseguir racionalmente sus propios intereses materiales. Le corresponde a

la ley simplemente garantizar la libertad general.

Y es que este modelo de Estado liberal se impuso a la largo y ancho de la historia de occidente, como fruto de la implantación de las ideas liberales e ilustradas, que, traducidas a la luz de la revolución norteamericana, convirtió en un postulado inquebrantable la idea de un mercado libre.

Sin embargo, el excesivo liberalismo, las reiteradas crisis de los mercados y la necesidad de corregir sus desfiguraciones y excesos, tales como la presencia de monopolios y oligopolios, ayudó a que se superara la idea liberal de separación total de la economía y la política. En esta forma, el Estado Social de Derecho asume una posición de creación de derechos y obligaciones mínimas para quienes participan dentro de la economía, con el fin de dar libertad económica a todos los participantes. En este sentido es claro que dadas todas las herramientas que se le otorgan al Estado, éste es capaz de intervenir en la evolución y las variables macroeconómicas del mismo, lo que se refleja en los distintos mercados de bienes y servicios.

En el sentir de la Corte, “A lo largo de la evolución histórica se van conformando las instituciones de la economía de mercado. La libre iniciativa privada (libertad de empresa), se reivindica como zona de libertad frente a la precedente ordenación corporativa. La libertad de organización de los factores de la producción, que incluye la libertad contractual, como facultad del sujeto económico libre, responde a la necesi-

dad de que en el mercado, lugar de encuentro de los operadores, cada uno pueda sacar adelante su interés y asumir la responsabilidad consiguiente. A través del ejercicio de estas dos facultades, la Constitución reconoce un ámbito legítimo para el desarrollo de la razón instrumental que apunta a la satisfacción del interés material propio. Por su parte la crisis de las instituciones del mercado y la erosión de los poderes de los consumidores, aunada a la importancia que se le reconoce al mercado en las economías contemporáneas, han originado en cabeza del Estado poderosos instrumentos de intervención que le permiten sancionar concentraciones, abusos y disfunciones que a menudo se presentan en ellas, de suerte que a mayor imperfección de éstas el balance induce a una mayor intervención del Estado ya sea para corregirlas, compensarlas o, en casos extremos, sustituir enteramente los mecanismos de mercado.”

Es decir que: i) inicialmente el mercado era algo secundario, al ser los pueblos auto-suficientes, luego ii) los gremios profesionales determinaban la concurrencia al mercado, posteriormente iii) la internacionalización del comercio (mercantilismo) apoyado por los estados nacionales detentaron el derecho de asociación y de esta manera el comercio mismo (mercado), iv) la revolución industrial trajo a colación la libre iniciativa privada y el individualismo promulgado por Adam Smith, finalmente ante el abuso y las distorsiones que se presentaban en el mercado se evidenció la importancia de la intervención del Estado como agente corrector de los desequilibrios y propulsor del Estado de Derecho¹.

1 MÁRQUEZ, (2007) se cuestionó así: “Podría pensarse que el enfoque que estamos presentando corresponde a un modelo económico clásico, al estilo de Adam Smith, donde el Estado no debe intervenir en los mercados, permitiendo que la “mano invisible” los estabilice. Pensaríamos, que el carnicero, el panadero y el cervecero que menciona Smith al actuar de manera egoísta, buscando alcanzar sus propios objetivos personales lograrían alcanzar el objetivo final de equidad e igualdad para la sociedad. Sí. ¿Pero qué pasaría si el carnicero de Smith dejase de ser un simple carnicero de tienda, para convertirse en el único proveedor de carnes frías de un país? ¿O si el cervecero se convierte en un emporio cervecero que domine completamente un mercado determinado? ¿Tendrá

Respecto a este último estadio del mercado puede traerse a colación lo dicho por Molina (2003):

(...) “El ejercicio de la libertad económica sigue basándose en la satisfacción de intereses individuales, pero con los nuevos tiempos esa libertad está enmarcada bajo un esquema comunitario. Esto no contradice las leyes del mercado, por el contrario, las refuerza puesto que si el Estado vela por que todo individuo pueda ejercer su libertad de comercio dentro de ciertas normas y límites, no lo hace con la intención de manipular el mercado sino de garantizar que el funcionamiento de éste no afecte de manera grave los mismos individuos que lo ejercen, de esta forma se asegura que siempre exista el juego de la oferta y la demanda y que entre pequeños y grandes comerciantes existirán reglas de juego claras y medios de control eficientes que estarán siempre del lado del más débil y de los intereses del mayor número de personas”.

Nuestro ordenamiento colombiano se encuentra enmarcado dentro de un Estado social de derecho, lo que necesariamente implica un deber y un rol particularmente activo del Estado en la economía nacional para cumplir los fines señalados por nuestra Constitución Nacional, sin que ello, en modo alguno, implique el desconocimiento de la libertad económica, la libertad de empresa y de asociación, la libertad de asociación, el acceso a la propiedad privada, entre otros;

que también son de raigambre constitucional (Palacio, 2003).

En este sentido la sentencia fue enfática en establecer el rol del Estado frente a los mercados, a saber (C-228, 2010):

(...) “5. El modelo de Estado adoptado por la Constitución de 1991 no tiene un contenido neutro en lo que respecta al ámbito económico. En contrario, prevé normas superiores expresas fundadas en dos pilares que explican la relación entre el poder estatal y el mercado: i) la protección de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, garantías que carecen de carácter absoluto, puesto que su ejercicio debe acompañarse con la función social de la empresa, el interés social, la necesidad de contar con un mercado competitivo, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (Art. 333); y ii) la adscripción de competencias a las autoridades del Estado, basadas en su condición de director general de la economía (Art. 334 C.P.), y establecidas para garantizar el goce efectivo de las mencionadas libertades, el cumplimiento de los límites que le son propios, junto con las demás finalidades de la intervención que ha previsto el Constituyente, como son el uso adecuado de los recursos naturales y del suelo; la producción, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados; la racionalización de la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de

que permitir la sociedad que estas personas sigan buscando su propio interés personal, para así agregarlo al mío y obtener el interés colectivo? ¡No!

Con mercados más desarrollados como los de nuestra época, el ingreso per cápita no puede ser un método de análisis exclusivo del crecimiento del bienestar en una sociedad como lo habría sugerido Adam Smith. Debido a la posibilidad de un agente económico de alterar las condiciones del mercado, el derecho vuelve a jugar un papel fundamental para restablecer el orden; corregir las fallas del mercado y propender por la optimalidad y la eficiencia de éste. Así, se alcanzará la equidad y la justicia en una sociedad a través de la correcta distribución de los bienes escasos de una sociedad.”

los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano; el logro del pleno empleo de los recursos humanos; el aseguramiento a todas las personas y, en especial a las de menores ingresos, para que tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos; y, por último, la promoción de la productividad, la competitividad y el desarrollo económico”.

Y a continuación acotó:

(...) “6. Como se observa, el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general.”

Es pues, dentro de este escenario en donde la competencia habrá de establecerse de acuerdo a un modelo que protege las garantías individuales pero con un marcado carácter social (Vg. la función social de la propiedad).

2. La competencia

De manera muy sencilla podemos entender la competencia como un conflicto entre varios oferentes que, haciendo uso de sus mejores armas, buscan apropiarse del mercado

y de esta manera aumentar sus utilidades (Jaeckel, 1998). Esta misma noción ha sido profundamente ampliada a raíz de los abusos de la concepción liberal y la aparición del monopolio y ya se observan figuras que implican una responsabilidad frente al mercado como la posición dominante, las prácticas comerciales restrictivas y los actos abusivos (Molina, 2003).

En palabras de Zuluaga (1998):

(...) “Ahora bien, la competencia hace referencia a una situación del mercado en la cual las empresas oferentes de bienes y servicios luchan independientemente por mantener las preferencias del consumidor, buscando un objetivo específico, cual es el de obtener el incremento en sus ventas, un mejor nivel de utilidades y, como consecuencia, una mejor participación en el mercado en que actúan. La competencia, pues, resulta de la participación libre en el mercado por parte de quienes ofrecen bienes o servicios similares y, en la otra punta, los consumidores finales, que toman libremente su decisión de compra, basados en información suficiente sobre las características del producto, tales como precio, calidad y garantías, sin que en estas decisiones intervengan fuerzas diferentes a las del mercado mismo.”

Entendido el concepto de competencia se debe diferenciar, por un lado, la competencia pura y perfecta del siglo XIX de los economistas de la revolución industrial y del mercantilismo que propugnaban la no intervención del Estado, “la mano invisible”; y por el otro, la competencia actual que es eficiente y eficaz de acuerdo con los objetivos de la política económica y social del Estado (Betancourt, 1998). Por ello es que el Estado puede y debe proteger a la economía a través de la protección de la competencia y sus libertades; tal y como oportunamente la Corte Constitucional señaló:

(...) “la competencia es un principio estructural de la economía social del mercado, que no sólo está orientada a la defensa de los intereses particulares de los empresarios que interactúan en el mercado sino que propende por la protección del interés público, que se materializa en el beneficio obtenido por la comunidad de una mayor calidad y unos mejores precios de los bienes y servicios que se derivan como resultado de una sana concurrencia”².

“En ese orden de ideas, todas las personas tienen derecho a concurrir libremente al mercado ya sea para adquirir bienes u ofrecer los que comercialice o produce. No obstante, el ejercicio de esa actividad, tal como surge del mismo texto de la Constitución, tiene limitaciones con el fin de que no se irrumpa en el terreno de lo indebido y no se abuse del derecho a competir” (T-583, 2003).

Entonces se puede concurrir y participar activamente en el mercado siempre y cuando esa actividad sea desarrollada de una manera adecuada y acorde a las responsabilidades que como agente se tiene, es decir, que se debe abusar de los derechos o ejecutar actuaciones que restrinjan la competencia.

Por eso la libre competencia ha sido entendida por la Corte Constitucional de manera reiterada como³:

“En relación con la libre competencia, la Corte en Sentencia C-616 de 2001, al conocer sobre la constitucionalidad de algunas disposiciones relativas a la competencia entre las empresas prestadoras de servicios de salud, consideró que ésta se presenta **‘cuando un conjunto de empresarios (personas na-**

turales o jurídicas), en un marco normativo, de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos en la conquista de un determinado mercado de bienes y servicios. La libertad de competencia supone la ausencia de obstáculos entre una pluralidad de empresarios en el ejercicio de una actividad económica lícita’, y también señaló que el **‘elemento característico de la libre competencia es la tensión que se presenta entre los intereses opuestos de los agentes participantes en el mercado, cuyo mantenimiento exige la garantía de ciertas libertades básicas, que algunos doctrinantes han condensado en: a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades, b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estimen oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren’**” (negritas fuera del texto original) (C-389, 2002).

No sobra decir al respecto que la libre competencia:

“desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mante-

² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-616 del 13 de junio de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

³ Al respecto pueden consultarse las siguientes sentencias: (C-616, 2001), (T-375, 1997), (C-535, 1997), (C-815, 2001), (C-150, 2003) (T-583, 2003) (C-228, 2010).

ner y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.

“La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundará en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores.

“El objeto tutelado por la Constitución es el proceso mismo de competencia, con independencia de los competidores, sean éstos grandes o pequeños. De ahí la importancia de que el análisis de las medidas legales tome en consideración las condiciones y el contexto reales que en un momento dado se dan en cada uno de los mercados, si en verdad ellas se proponen, como debe serlo, obrar sobre sus fallas estructurales o dinámicas a fin de restablecer

o instaurar un margen adecuado de elasticidad y desconcentración.

“La Constitución no puede, sin recurrir a la ley, concretar en la realidad el principio de la libre competencia económica. Corresponde a la ley no solamente delimitar el alcance de la libertad económica, sino, además, disponer que el poder público impida que se obstruya o se restrinja y se evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.”(C-535, 1997).

3. Derecho del mercado y derecho de la competencia

El derecho surge como una herramienta para corregir las fallas del mercado⁴ como la competencia imperfecta, las externalidades y los problemas con la información, ya sea mediante el poder regulatorio, sancionatorio o incluso fijando precios o estableciendo monopolios (Márquez, 2007).

El derecho del mercado es entendido por la doctrina nacional como: “*Rama especializada en la cual se aglutinan los derechos y obligaciones que poseen las empresas para ejercer la libertad de entrada a una actividad comercial y los consumidores en desarrollo de su libertad de escogencia.*” (Velandia, 2008).

Ahora, dentro de ese derecho de los mercados se encuentran diferentes ramas, una de ellas el derecho de la competencia que a pesar de las dificultades para determinar su contenido (Betancourt, 1998), de su juventud (Berdugo, 2003) o incluso el hecho de ser denominada como parte de los parámetros modernos de constitucionalización del derecho privado (Molina, 2003), nos podemos aventurar a definir el derecho de la competencia como:⁵

4 (C-150, 2003).

5 VELANDIA, (2008) la definió como: “Rama que salvaguarda la intervención del Estado en la economía en busca de proteger el interés público, así como la propiedad privada.

Una rama del derecho que busca la presencia continua, armónica y leal de conflictos entre los diferentes agentes económicos que intervienen directamente en el mercado para, de esta manera, optimizar los recursos escasos y de esta manera permitir al Estado realizar sus fines y a los agentes satisfacer de manera más eficiente sus necesidades.

Es decir que, en palabras de Berdugo (2003), la función del derecho consiste en mantener la paz social resolviendo los conflictos que puedan surgir. Sin embargo, el orden natural del mercado es el del conflicto que conlleva la libre competencia; por lo tanto, en este ámbito, la función del derecho no es la de preservar la paz entre los consumidores, sino la de regular la lucha, en la cual se busca perjudicar a los rivales.

O sea que cada participante en el mercado lucha por atraer el mayor número posible de consumidores y si en esa lucha se utilizan medios legales y leales, quienes resulten vencidos en virtud del libre juego de la oferta y la demanda tienen la obligación de soportar dicho efecto, de lo contrario, su conducta se hace reprimible desvirtuando los presupuestos de la libre competencia. Ante tal situación, el Estado debe interpretar el alcance de las libertades y cumplir su obligación constitucional de servir de garante a la libertad de empresa y las prácticas competitivas y establecer correctivos

limitando esa libertad. Esta delimitación nos permite comprender la evolución que el concepto ha tenido a lo largo de la historia, y su adecuación a la realidad de los negocios y del mercado⁶.

CONCLUSIONES

De lo anterior es claro que el derecho de la competencia⁷ busca:

- Que efectivamente se produzca competencia en el mercado y no sea sustituida por la paz entre los competidores (antitrust o prácticas comerciales restrictivas) o, en otras palabras, por aquellas prácticas que restringen el juego de oferta y demanda.
- Que tal competencia sea leal y honesta, es decir, que el enfrentamiento mercantil se haga con herramientas lícitas y acordes a la naturaleza de la contienda, de forma que se proteja a los agentes de daños injustificados.
- A lo largo de la historia, se evidencia que los Estados se vieron en la necesidad de acudir a la defensa de los participantes en los mercados a través de medidas de protección; esto los hace partícipes activos en la actividad económica de sus naciones, sin que ello repercuta en contra de la libre competencia.

6 Sobre la nueva concepción de este concepto, señala Alberto Bercovitz: “Como puede pues apreciarse, la prohibición de competencia desleal ha pasado a ser la prohibición de actuar incorrectamente en el mercado. A la exigencia de competencia leal ha sucedido la vigencia del principio de corrección en el tráfico económico”.

7 Al respecto Palacio, (2003): “El derecho de la competencia comprende dos grandes áreas de estudio; en primer lugar, comprende el denominado derecho de la competencia desleal, que es aquel que regula las relaciones de los agentes dentro del mercado y la rivalidad existente entre los mismos para la constitución, conservación y desarrollo de la clientela, sancionando todos aquellos comportamientos que resultan contrarios a los usos y las buenas costumbres mercantiles y en segundo lugar, comprende las prácticas restrictivas de la libre competencia o derecho de la promoción de la competencia, el cual proscribire y sanciona todas aquellas conductas que de alguna manera restringen, limitan o eliminan el desarrollo de la libre competencia al interior del mercado: ley 155 de 1959 y decreto 2153 de 1992.”

- El derecho de la competencia pretende que los agentes luchen entre sí (prácticas comerciales restrictivas), pero que tal disputa se enmarque dentro de los principios constitucionales y del derecho comercial (competencia desleal).
- Globalmente, la época de ejercer la competencia sin límites ha pasado y la vertiente que prevalece es la conciencia de que el mundo real de la economía presenta desequilibrios que no pueden ser subsanados con la sola actuación de las fuerzas del mercado a través de la competencia; por lo tanto, actualmente se busca que en aplicación de políticas moderadas de regulaciones de los Estados se puedan fortalecer las economías.
- La intervención del Estado en la economía de sus naciones, lejos de ser perjudicial para los mercados, es beneficiosa y redundante en el respeto de los derechos de los productores que asumen su posición en cumplimiento de la normatividad existente y respetando a su competidor.

BIBLIOGRAFÍA

BERDUGO, J. (2003). "Aspectos generales del derecho de la competencia". En C. D. Medellín, *Derecho de la competencia* (págs. 69-96). Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

BETANCOURT, B. (1998). "Aproximaciones al derecho de la competencia". En M. Velilla, *Derecho de la Competencia* (págs. 22-35). Bogotá: El Navegante Editores.

JAECKEL, J. (1998). "Apuntes sobre competencia desleal". En C. D. Competencia, *Jurídicas Seminarios 8* (págs. 15-88). Bogotá: Fundación Cultural Javeriana.

LONDOÑO, F. (1998). "Significado o no del derecho de la competencia". En M. Velilla, *Derecho de la competencia* (págs. 377-389). Bogotá: El Navegante Editores.

Márquez, F. (2007). *Apuntes sobre derecho económico*. Bogotá: Fundación Cultural Javeriana.

MOLINA, C. (2003). "Constitución y competencia". En C. D. Medellín, *Derecho de la competencia* (págs. 98-118). Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

PALACIO, R. (2003). "Aspectos generales del derecho de la competencia desleal". En C. d. Medellín, *Derecho de la Competencia* (págs. 51-69). Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.

VELANDIA, M. (2008). *Derecho de la competencia y del consumo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

ZULUAGA, M. (1998). "La perspectiva colombiana de la promoción de la competencia". En M. Velilla, *Derecho de la competencia* (págs. 31-39). Bogotá: El navegante Editores.

Jurisprudencia

C-228, D-7865 (Corte Constitucional, 24 de marzo de 2010).

C-150, D-4194 (Corte Constitucional, 25 de febrero de 2003).

C-389, D-3765 (Corte Constitucional, 22 de mayo de 2002).

C-815, D-3367 (Corte Constitucional, 2 de agosto de 2001).

C-616, D-3279 (Corte Constitucional, 13 de junio de 2001).

C-535 (Corte Constitucional, 23 de octubre de 1997).

T-375, T-130126 (Corte Constitucional, 1997).
T-583, T-701705 (Corte Constitucional, 17 de julio de 2003).

Sentencia C-535, D-1598 (Corte Constitucional, 23 de octubre de 1997).

FONDOS DE CAPITAL DE RIESGO Y LAS PYMES COLOMBIANAS *

Ciro Germán López Díaz**
Corporación Universitaria Republicana

RESUMEN

Los Fondos de Capital de Riesgo (FCR), se definen como entidades financieras o firmas que se conforman por un grupo de inversores privados que aportan una cantidad determinada de dinero para realizar inversiones de distinto tipo. Se ha demostrado que gracias a la intervención de los FCR en Pymes a través de recursos financieros y no financieros que pueden brindar, éstas últimas mejoran su infraestructura tecnológica, administrativa, y adquieren un mayor nivel de innovación, es decir, se vuelven competitivas.

Por ello en el siguiente artículo se explicará en primer lugar lo que se entiende por Fondo de Capital de Riesgo, su modo de operar, y todo lo relativo al mercado de capital de riesgo que se constituye en torno a ellas. Seguidamente se trae a colocación el papel de los FCR en América Latina, sus orígenes en Colombia y su actual situación. Finalmente se analizan casos exitosos como el programa Yozma en Israel y se concluye con los beneficios que se obtendrían si se promueven esta clase de inversión en la Pymes colombianas.

Palabras clave: fondos de capital de riesgo, capital privado, nuevas formas de financiamiento, inversión extranjera, Pymes, TLC, competitividad, innovación, sectores dinámicos de la economía.

ABSTRACT

The Venture Capital Funds are defined as financial institutions or firms that are conformed by a group of private investors whom provide a certain amount of money to make investments of different types. It has been shown that due to the intervention of the FCR in SMEs, through financial and non-financial resources they might offer, the SMEs improve its technology and administrative infrastructure, and acquire a higher level of innovation, becoming more competitive.

Thus in the following article will firstly explain what is meant by Risk Capital Fund, its operation, and everything on the venture capital market that is around them. Furthermore, it is referred the role of CRF in Latin America, its origins in Colombia and its current situation. Finally, we analyzed

Fecha de recepción: 2 de agosto de 2010. Fecha de aceptación: 26 de septiembre de 2010.

* Producto de la investigación terminada: La acción de reclamación sin infracción, el lado oscuro del TLC EE.UU. - Colombia. Línea de Derecho Comercial y Financiero del Grupo de Derecho Económico y Estado, categorizado D por Colciencias, República de Colombia.

** Abogado de la Universidad Sergio Arboleda; especialista en Comercio Internacional, Universidad Sergio Arboleda - Universidad George Town; candidato a Maestría en Derecho Mercantil, Universidad Sergio Arboleda. Docente investigador de la Corporación Universitaria Republicana, Grupo de Derecho Económico y Estado. Correo electrónico: cirolopez0060@hotmail.com

successful cases like Yozma program in Israel and it concludes with the benefits that would be obtained if this kind of investment is promoted in Colombian SMEs.

Key words: venture capital funds, private capital, new funding, foreign investment, Pymes, FTA, competitiveness, Yozma program, Israel, dynamic sectors of the economy, innovation.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿Los Fondos de Capital de Riesgo son una posible solución a los efectos contrarios que traerá a las Pymes colombianas los tratados de libre comercio.

ESTRATEGIA METODOLÓGICA

Para lograr resolver el problema de investigación planteado, en primer lugar me remito a anteriores investigaciones que se han realizado sobre los efectos de los TLC en las pymes colombianas, donde se analizará los resultados que han derivado de esos estudios. Luego se describirá todo lo que se puede entender por Fondo de Capital de Riesgo, sus ventajas, desventajas, y finalmente empleando el método histórico, traeremos a colación casos de países que han promovido esta forma de financiación, para así visualizar los efectos que podría generar el empleo de ésta figura en Colombia.

INTRODUCCIÓN

En una previa investigación titulada: la acción de reclamación sin infracción el lado oscuro del TLC EE.UU. - Colombia, se estudió este mecanismo de solución de controversias, que fue incluido en el acuerdo de integración económica bilateral. Esta ac-

ción se encuentra primeramente consagrada en el acuerdo GATT (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio) en el artículo 23 literal b).

Artículo XXIII: Anulación o menoscabo, que dice:

“1. **En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada**, o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de:

- a) Que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del presente acuerdo; o
- b) **Que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo; o**
- c) **Que exista otra situación,**

Dicha parte contratante podrá, con objeto de llegar a un arreglo satisfactorio de la cuestión, formular representaciones o proposiciones por escrito a la otra o otras partes contratantes que, a su juicio, estime interesadas en ella. Toda parte contratante cuya intervención se solicite de este modo examinará las representaciones o proposiciones que le hayan sido formuladas”¹.

Luego de analizar los casos en los cuales la acción de queja se ha empleado, se concluyó, en dicha investigación que la inclusión de este recurso dentro de los mecanismos de solución de controversia, del TLC EE.UU - Colombia, trae como consecuencia que este acuerdo de integración económica bilateral, tenga un lado oscuro, es decir, que además de los beneficios y contratiempos que ya se conocen, la acción de reclamación

¹ Acuerdo sobre derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio-visión general. www.wto.org/spanish/trap_o_s/trips_s/intel2_s.htm . Consultada: 28 de diciembre 2009.

sin infracción se puede interpretar como la acción que obstaculiza la labor del estado colombiano como auxiliar de la economía, más precisamente de las Pymes, que son la clase de empresa más vulnerable a los efectos negativos del TLC.

Nuestras Pymes que representan el 70% de la producción industrial se verán afectadas, con acuerdos como el TLC con los EE.UU., ya que estas no cuentan con la tecnología y métodos de producción necesarios para que sean realmente competitivas frente a sus homólogas extranjeras, además será muy difícil competir contra productos americanos de excelente calidad y a precios inigualables, si sumamos a la disminución del precio como consecuencia de la desgravación arancelaria, la devaluación de dólar, que es la política que se encuentra aplicando los EE.UU., para aumentar sus exportaciones como una solución a la crisis económica que se encuentra atravesando.

Las anteriores conclusiones también se obtuvieron de una consulta prospectiva Delphi en el marco de los seminarios sobre asimetría del comercio: TLC Colombia-EE.UU., organizado por la Universidad Nacional de Colombia, entre el 18 de agosto y el 29 de septiembre de 2005.

En materia de impactos futuros del TLC en las Mipymes, “las mayores cargas negativas pueden desencadenar quiebra de empresas (34%), desequilibrios regionales (22%) y la reducción de ventas y mercados (16%). También se presentarán baja en la producción de un (4%), disminución de empleo en un (5%), y pérdida de patentes y derechos de autor en un (9%)”².

A los anteriores datos se le suma, que los sectores más afectados con el desarrollo del

TLC con los EE.UU, serían muy seguramente, los sectores agrícolas en un 49%, el farmacéutico en un 15% y el de alimentos y bebidas en un 12%. Estas conclusiones resultan muy graves si se tiene “presente que el sector agrícola es el bastión estratégico del desarrollo futuro de los países y en particular Colombia por su riqueza de recursos naturales”³ y más preocupante resulta lo anterior si vemos que en un periodo de 40 años se agotará el petróleo, el cual durante mucho tiempo ha sido base en gran parte de la economía nacional, por lo que “las miradas y acciones deben enfocarse al fomento de la agricultura y su innovación hacia la bioeconomía, como alternativa de desarrollo sostenibles, en materia de alimentos, medicinas y energía”⁴.

Entonces si se dan los anteriores efectos negativos, las Pymes de Colombia requerirán que el Estado les brindase auxilio, pero resulta que con la incorporación de la acción de reclamación sin infracción en el TLC, ello no será posible, por las consecuencias que podría acarrear, si se ejerce por los EE.UU., la acción de queja, como respuesta a las medidas que tome el gobierno nacional a favor de las industrias locales.

De manera más amplia, lo que se plantea, es que el gobierno nacional, no podrá prestar ayuda de manera espontánea a las Pymes que se vean afectadas por el desarrollo del TLC, debido a que cada vez que se tomen medidas para reducir los efectos negativos del acuerdo, que al final hagan que el consumo nacional se redirija hacia lo producido por la industria nacional, anulando o menoscabando las ventajas que esperaba recibir los EE.UU. con la celebración de TLC, entonces se aplicaría la acción de queja por parte de ellos, obligando a que el Estado colombiano revoque la medida

2 SOLER, Yesid; *Impacto del TLC en las microempresas* – Prospectiva de las Microempresas frente al TLC, pág. 1. <http://prospectivatlc.blogspot.com> . Consultada: 04 de enero de 2010.

3 *Ibidem.*, pág. 5.

4 *Ibidem.*

que tomó y en caso de no ser ello posible, debe aplicar medidas compensatorias.

Entre esa clase de medidas se encuentra el acelerar el cronograma de desgravación arancelaria, el cual, se creó para darle tiempo a que las Pymes se refuercen, es decir, para que alcancen un nivel de competitividad, y si esa medida se toma, los efectos negativos del TLC serían en porcentajes más altos, a los que se dieron en la consulta antes citada.

Entonces el Estado preferirá que algunas empresas cierren sus puertas y no asumir medidas compensatorias como la de darle fin inmediato al cronograma de desgravación arancelaria, que es lo que de algún modo evita que el efecto negativo del TLC se dé.

Para evitar que Colombia se vea en esa situación tan difícil, como lo es el ver como sus empresas se afectan por un acuerdo de integración económica bilateral, que se celebra por las oportunidades que trae consigo, se requiere fomentar la competitividad, es decir, “en primer lugar impulsar la innovación tecnológica local (26%), y en segundo lugar mejorar la calidad para competir (21%)”⁵.

Pero para lograr lo anterior, además de una buena administración, de creatividad e innovación, se necesitan recursos económicos, que es una de las principales limitantes para que las Pymes de Colombia sean realmente competitivas, y este punto, se logra resolver con los Fondos de Capital de Riesgo.

FONDOS DE CAPITAL DE RIESGO UNA GRAN OPCIÓN PARA LAS PYMES COLOMBIANAS

Los Fondos de Capital de Riesgo se definen como entidades financieras o firmas que se

conforman por un grupo de inversores privados que aportan una cantidad determinada de dinero para realizar inversiones de distinto tipo.

Cada fondo busca realizar las inversiones en diferentes zonas de interés, ya que mientras algunos pueden buscar invertir en proyectos nacionales y con enfoque social, otros tienden la inversión a proyectos de talla internacional y comercial.

Su modo de operar consiste en adquirir parte de una empresa o participación temporal en el capital de aquéllas que no cotizan en bolsa de valores, preferiblemente que no sean financieras, ni de aquellas que son de naturaleza inmobiliaria. “Las entidades de capital-riesgo pueden tomar participaciones temporales en el capital de empresas cotizadas en las bolsas de valores siempre y cuando tales empresas sean excluidas de la cotización dentro de los doce meses siguientes a la toma de la participación”⁶.

El fin primordial de esta clase de entidades financieras es brindar una ayuda a empresas que requieren inversión para alcanzar un crecimiento, que se pueda traducir en madurez de la industria, y una vez esto ocurra se permite el retiro del fondo, obteniendo este al final del ejercicio un gran beneficio.

“El inversor de riesgo busca tomar participación en empresas que pertenezcan a sectores dinámicos de la economía, de los que se espera que tengan un crecimiento superior a la media. Una vez que el valor de la empresa se ha incrementado lo suficiente, los fondos de riesgo se retiran del negocio consolidando su rentabilidad. Las principales estrategias de salida que se plantean para una inversión de este tipo son:

- Venta a un inversor estratégico.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Concepto de Fondo Capital de Riesgo, descargado de <http://www.finanzasblog.com.ar/capital-riesgo>. Consultada: 3 de febrero de 2010.

- IPO (Oferta Pública Inicial) de las acciones de la compañía.
- Recompra de acciones por parte de la empresa.
- En los últimos años ha sido también muy frecuente la venta a otra entidad de capital riesgo”⁷.

Al ver brevemente lo que define a un Fondo de Capital de Riesgo, éste tiene para muchos algunas grandes similitudes a la tarea principal que tiene un Banco, la cual es generar inversión, pero “lo que distingue al capital de riesgo es la manera en que se aporta el dinero y cómo se busca el pago del mismo. A diferencia de un banco, estos fondos participan de los emprendimientos en calidad de socios. De esta forma, las empresas no se ven obligadas a pagar cuota e interés, sino que ceden una parte del negocio, tal como lo harían con un asociado cualquiera”⁸.

Los Fondos de Capital de Riesgo se consideran una herramienta de orden financiero, mediante la cual un grupo de inversionistas, acompañados por funcionarios como lo son un administrador y un gestor profesional, integran un fondo el cual se dedica a invertir en empresas o proyectos que en la mayoría de los casos se hallan en la fase de crecimiento (*early-stage*), y que por supuesto se caracterizan por tener una alta expectativa de rentabilidad.

Al mercado de capital de riesgo acuden los Emprendedores, denominación que reciben aquellos que necesitan recursos de tipo tanto financiero como los no financiero, para

lograr materializar sus visiones y proyectos, encontrando éstos, en los Fondos de Capital de Riesgo la posibilidad certera para alcanzar las metas empresariales que se encuentran plasmadas en sus planes de negocio iniciales, “así como un soporte valioso en la gestión de sus mismas empresas, toda vez que se amplía la red de contactos y se recibe asesoría estratégica y financiera constantemente por parte de la sociedad gestora del Fondo”⁹.

El empleo de los Fondos de Capital de Riesgo “ha permitido a países desarrollados apoyar su talento y apetito emprendedor, convirtiendo ideas y ciencias básicas en productos y servicios que son admirados por el resto del mundo. También el Capital de Riesgo construye y fondea compañías desde la forma más simple, quizás un plan de negocios, y las convierte en organizaciones rentables y maduras. Finalmente tan solo en Estados Unidos, el 17% del PIB, y el 9% de empleos del sector privado, provienen de empresas que en algún momento fueron respaldadas por los Fondos de Capital de Riesgo”¹⁰.

Por lo anterior, los Fondos de Capital de Riesgo, al pasar los años han adquirido importancia como promotores del desarrollo industrial, aunque hay quienes le imputan ser una de las causas de la actual crisis económica.

Personajes de la Academia como el ingeniero Juan Carlos Carullo, en su escrito sobre los Fondos de Capital de Riesgo, que lleva por título “Proyecto Estrategia para el Capital de Riesgo en la Argentina; Característi-

7 Conceptos de Fondo de Capital de Riesgo, descargado de <http://www.finanzasblog.com.ar/capital-riesgo>. Consultada: 3 de febrero de 2010.

8 LOIDI, Jonatan Marco; Fondos de Capital de Riesgo, ¿qué son, para qué sirven y cómo contactarse con ellos?; Universidad Católica de la Plata; descargado de Fundación Empresa Global. consultas@jonatanloidi.com.ar. (2009). Consultada: 30 de enero de 2010.

9 Entidad promotora de proyectos, análisis y estructuración de financiamiento, gestión de fondos de capital privado; 2008; descargado de <http://www.promotora.com.co/progresCapital/fondosCapital.html>. 12 de septiembre de 2010.

10 *Ibidem*.

cas, Problemas y Recomendaciones”, deja claro que uno de los principales inconvenientes que se presentan para que empresas innovadoras, demandantes de alta tecnología, logren materializar un crecimiento idóneo, son las escasas posibilidades de obtener recursos financieros, de allí que “la posibilidad de aprovechamiento del potencial emprendedor de un país está íntimamente relacionada con la existencia y el desarrollo de un mercado de capital de riesgo dispuesto a aportar recursos financieros y capacidad de gerenciamiento a los emprendedores”¹¹.

Los Fondos de Capital de Riesgo, no son una figura cualquiera, su papel para el futuro de las economías nacionales es vital, y más para aquellas como la nuestra en la cual, las posibilidades para que Pymes accedan a grandes créditos es escasa o incluso casi nula, lo que obstruye la oportunidad de constituir una economía realmente en desarrollo.

“Estudios realizados en Europa y en EE.UU. muestran que las empresas financiadas por capital riesgo son generadoras de mayor empleo, de mejor calidad y con mejores salarios que los negocios tradicionales. En consecuencia el mercado de capital riesgo no es un fin en sí mismo, sino un medio para obtener beneficios sociales y económicos a través del incremento de la competitividad y a partir de la constitución de un sector de Pymes más vigoroso, generando mayor crecimiento económico y aumentando las oportunidades de empleo”¹².

Entonces, para lograr que la economía de Colombia emerja de manera considerable, se requiere que a los grandes industriales que representa tan solo un 2% de las empresas nacionales, se les sume Pymes, con tecnolo-

gía e innovadoras, que participen en nuevos mercados, pero hay un gran obstáculo, y es que en nuestro país muchas de estas empresas se encuentran en sectores tradicionales de la economía, muchos de ellos saturados y en los que hablar de innovación es casi imposible, características que no son atractivas para lograr una inversión por parte de los Fondos de Capital de Riesgo.

Por lo cual, para lograr que nuestras Pymes se beneficien de este capital, se debe partir por cambiar la mentalidad del empresario; que se deje atrás la producción de bienes y servicios que nos han caracterizado por décadas. Para lograrlo, además de mostrar las nuevas oportunidades comerciales, se debe incentivar para la creación de nuevas empresas, a través de mecanismos que vayan más allá de las tradicionales incentivos monetarios, y que se logren constituir empresas con planes de desarrollo industrial, que sean realmente atractivos para los Fondos de Capital de Riesgo.

Finalmente se debe hacer que muchos colombianos que poseen ahorros, se unan con sus similares y constituyan fondos que les permita hacer inversiones bajo esta modalidad, que se caracteriza por permitir el control de la empresa mientras esta se fortalece.

El Estado colombiano debe iniciar el proceso de captación en estos Fondos de Capital de Riesgo, como lo es hoy en día en muchos países, una verdadera industria de capital de riesgo “que no sólo incluye los aspectos relativos a la financiación, sino también los procesos de aprendizaje, la adquisición de capacidades, la transformación de las instituciones, de las redes y vínculos entre los eslabones y segmentos de las cadenas productivas”¹³.

11 CARULLO, Juan Carlos; Proyecto Estrategia para el Capital de Riesgo en la Argentina; Características, Problemas y Recomendaciones; Centro Redes – centro de estudios sobre ciencia, desarrollo, y educación superior asociado al consejo nacional de investigaciones científicas y técnica (CONICET); Programa CREAM-CIT11. 2008, pág. 1. Consultada: 19 de agosto de 2010.

12 Ibidem. pág. 10.

13 Ibidem.

MODOS DE OPERACIÓN DE LAS LOS FONDOS DE CAPITAL DE RIESGO

La operación que realizan los Fondos de Capital de Riesgo, recibe distinta denominación dependiendo de la fase en la cual se realice la inversión. A las que centran sus actividades en desarrollar, proyectos empresariales que se hallan en etapas tempranas, se les denomina **Venture Capital**, y aquellas cuya actividad consiste en invertir en empresas ya consolidadas, el término a emplearse es **Private Equity**.

En cuanto a las operaciones **Private Equity**, ésta a su vez se divide en otras en las que se puede desarrollar:

- “**Management Buy-Out (MBO)**: consistente en la adquisición de una sociedad, o de parte de ella o de sus activos por un grupo de directivos que trabaja en la misma, apoyados por una empresa de capital inversión.
- **Management Buy In (MBI)**: consistente en la adquisición de una sociedad en la que el control de esta es obtenido por un personal de dirección externo a la misma, apoyados por una empresa de capital inversión.
- **Management Buy In Management Buy-Out (BIMBO)**: consistente en la adquisición de una sociedad en la que el control de esta es obtenido por la combinación de un equipo de directivos que trabaja en la misma junto con el apoyo de directivos externos”¹⁴.

Los tipos de operación de las que encontramos en la modalidad **Private Equity** de los Fondos de Capital de Riesgo, conocidas en grupo como las **MBO**, funcionan a través de la constitución de una sociedad, entre el equi-

po de dirección de la empresa y la entidad de capital riesgo.

Ésta destina su capital social a la adquisición de las acciones de la sociedad objeto de la inversión, el cual se integrará a parte de los aportes hechos por los accionistas, por préstamos obtenidos de entidades financieras.

MERCADO DE CAPITAL DE RIESGO

Los Fondos de Capital de Riesgo, hacen parte de todo un mercado, conocido como el **mercado de capital de riesgo**. En él convergen demandantes y oferentes de este servicio, el cual, se otorga a cambio de adquirir participación accionaria en las empresas que demandan el capital.

“Se generaliza al hablar de un solo mercado de capital riesgo, cuando son en realidad dos mercados con características distintas. Por un lado, existe un mercado informal integrado por inversores ángeles, prácticamente invisible y con importantes dificultades para el encuentro entre oferentes y demandantes de capital. Por otro lado, existe un mercado formal, integrado por Fondos de Capital Riesgo (FCR) visibles y accesibles para los interesados”¹⁵.

En el mercado formal los oferentes son los Fondos de Capital de Riesgo, los cuales son nuestro centro de análisis, como la gran alternativa para que en especial las Pymes de Colombia accedan a la inversión que todas requieren en algún momento para lograr su expansión y pasar de la fase del negocio familiar, a uno en el que se pueden ofrecer más de 100 empleos formales, y en que las ganancias se den en divisas.

Quienes demandan el servicio de capital de riesgo se denominan **Emprendedores**, ser-

14 Concepto de **Private Equity** descargado <http://www.mediatoris.com/empresas/mediatoris-capital-inversion> . Consultado el 7 de abril de 2010.

15 Op. cit, CARULLO, pág. 10.

vicio que se puede concretar en recursos financieros y no financieros y que es requerido para concretar los proyectos visionarios de estos con sus empresas.

Es importante recalcar que en los proyectos, las visiones que se tengan con respecto a lo que se pueda hacer con la empresa, la puede o no clasificar en dos grupos de empresas, en las cuales las expectativas y capacidades de éstas hacen que sean objeto de la inversión, y son las empresas de 'alto potencial' (*Middle-market*) y las de 'muy alto potencial' (*high potential*) de crecimiento.

“Las primeras son empresas cuyas ventas a cinco años del nacimiento se estiman en el rango entre \$10 millones y \$50 millones de dólares y una tasa de crecimiento por arriba del 20% anual. Estas empresas son el objetivo de inversión para inversores ángeles. Las empresas de muy alto potencial tienen proyecciones de ventas mayores a \$50 millones en los primeros cinco años de vida y aspiran a lograr su cotización pública en los mercados de valores en ese plazo o tener algún otro tipo de estrategia de salida exitosa”¹⁶.

Con los datos anteriores, se ha de concluir que no es muy fácil que una Pyme y más las colombianas alcancen a estar dentro de este rango, en especial en el de muy alto potencial, ya que en primer lugar “estas representan el 1% de las empresas creadas”¹⁷, a ello se le suma que la mayoría de nuestras Pymes, operan en mercados tradicionales, con muchos oferentes y lo hacen con métodos que no son realmente innovadores, y es que unos de los obstáculos que deben resolver nuestras Pymes para lograr ser competitivas y por

ende tener un crecimiento superior a la media, y así ser objeto de inversión por el mercado de capital de riesgo, son el superar el bajo nivel de infraestructura y tecnología, y en segundo lugar, el más importante y por el cual un inversor de riesgo duda antes de invertir, es “la carencia de visión prospectiva (20%), que es un elemento que se debe abordar mediante la visualización y la construcción prospectiva de escenarios en el ámbito tecnológico, económico, territorial y social”¹⁸, es decir, que las empresas tengan un plan de desarrollo empresarial, en el que se influyan todas las variables posibles.

Continuando con los actores del mercado de capital de riesgo, se anunció, que existen dos oferentes, los Fondos de Capital de Riesgo y los Inversores Ángeles, estos últimos son individuos que tienen excedente de recursos para invertir en empresas con alto potencial de crecimiento, que no cotizan en bolsas públicas de valores y no tienen vínculos familiares con el grupo fundador. Esta clase de inversores prefieren el anonimato, por lo que resulta difícil identificarlos, a pesar de que son comunes en todos los países del mundo.

“Los Inversores Ángeles son conocidos también como Business Angel, se trata de individuos que usualmente aportan capital a un Start-up a cambio de una participación accionaria. Generalmente aportan su propio capital y lo hacen a través de redes, grupos o clubes de ángeles para compartir esfuerzos y unir capitales”¹⁹.

A simple vista no se encontraría diferencia sustancial entre acudir a un Ángel Inversor o a un Fondo de Capital de Riesgo, ya que,

16 JACOBSON & CARULLO; Capital de Riesgo en Argentina, Diagnóstico, necesidades y políticas; artículo científico; 2004; descargado de <http://www.icesi.edu.co/ciela/antiores/Papers/emcr/1.pdf>. 12 de marzo de 2010.

17 *Ibidem*.

18 Op. cit, SOLER., pág 4.

19 VAQUERO, Fernando; blog académico publicado y descargado de http://emprendedoresyemprendimientos.blogspot.com/2008/04/inversor-angel_01.html; 2008. Consultado el 8 de junio de 2010.

la manera de operar de cada uno tiende a ser similar, pero aunque no parezca, si hay diferencias, que hacen y confirman que los fondos son la fuente de financiación más fuerte que ha llevado al progreso a otros países.

Se puede concretar que son dos las diferencias, las cuales resultan ser de vital importancia, que se convierten en las razones que conducen a los emprendedores a trabajar en lograr captar la atención de los Fondos de Capital de Riesgo.

La primera es en cuanto a las sumas de dinero que se pueden hacer como inversión.

Los Fondos de Capital de Riesgo hacen inversiones gigantes en Pymes diferente a los Inversores Ángeles que se caracterizan por realizar pequeñas inversiones en las Star-up.

Lo anterior es a consecuencia de que una Pyme y una Star-up, son empresas distintas, en la que el nivel de riesgo y lo que se espera que produzca a futuro es diferente.

“Las Star-up son empresas que provienen del mundo del emprendimiento, o sea, emprendedores que levantan compañías que aportan positivamente al desarrollo de sus países y de ellos mismos, al promover prácticas asociadas a la innovación, desarrollo de tecnologías, empleos de calidad, mejor distribución de la riqueza, etc.”²⁰.

Las Start-Up por lo general comienzan como una idea de negocio creativa, en el que el paso inmediato es agregar diferenciación a dicha idea a través de innovación, para finalmente emprender el negocio.

Las Start-Up se distinguen por su riesgo y grandes recompensas gracias a la escalabilidad exponencial de su negocio. Es decir, tienen un bajo costo de implementación, un

riesgo más alto y una retroalimentación de la inversión potencial más atractiva.

He aquí el negocio de los Inversionistas Ángeles, que es apostar pequeñas inversiones en varias compañías Start-Up, aludiendo que existe una probabilidad muy alta de que alguno de los pujantes negocios se desmarque del resto y pueda escalar exponencialmente.

Entonces, si lo que caracteriza a un Inversor Ángel es hacer inversiones no muy altas y a Star-up, su diferencia con los Fondos de Capital de Riesgo, es que estos últimos en algunos países no realizan inversiones por debajo del millón de dólares, sumas que permiten la adquisición de tecnología de alta gama, que permita una real expansión, que conduce a que pequeñas y medianas empresas logren hacer parte de la internacionalización de las economías de sus países de origen.

La segunda diferencia es lo referente a la característica de la visibilidad, ya que los Fondos de Capital de Riesgo se caracterizan por no encontrarse en el anonimato, al contrario, cada vez que sea posible buscan aumentar su popularidad para así lograr ser reconocidos por emprendedores de excelentes oportunidades.

“Los fondos utilizan su reputación como factor de atracción. En general los FCR tienen muchas más relaciones y contactos que los Inversores Ángeles y pueden conseguir buenos negocios para las empresas en las que invierten. Muchos de ellos incluso generan sinergias entre las empresas integrantes de su cartera de inversiones. A su vez, debido a su capacidad para detectar limitantes al crecimiento de las empresas en las que invierten, pueden intervenir en la conducción de la misma para mejorar la dirección de la empresa”²¹.

20 http://bloquestartup.bligoo.com/content/view/108247/Que_es_una_Start_Up.html. Consultado el 30 de agosto de 2010.

21 Op. cit, JACOBSON & CARULLO, pág. 15.

Las anteriores razones permiten sostener la idea que los Fondos de Capital de Riesgo, son plenamente necesarios, para lograr una transformación real, y sostenible de las Pymes de Colombia, que son el futuro de las fuentes de empleo.

FONDOS DE CAPITAL DE RIESGO EN AMÉRICA DEL SUR

Los Fondos de Capital de Riesgo, iniciaron en este lado del mundo, o más concretamente se lograron desarrollar en nuestra región hacia los años 90, época en la cual, se presentaron sucesos como la apertura económica, que se adoptó por parte de algunos países latinoamericanos entre los que se encuentra Colombia, una vez se había propuesto esta política comercial por parte de la “mujer de hierro”, Margaret Thatcher, quien en su momento era la primer ministro de Inglaterra, y por el presidente Ronald Reagan de los EE.UU.

Es importante recalcar la apertura económica debido a que se puede considerar sin temor a la equivocación, que su objetivo principal, trajo como consecuencia el origen de la presencia de los FCR en Sur América.

Muy a pesar que “la lógica detrás de este modelo consistió en que al introducir un elemento de competitividad extranjera, la calidad de los productos internos y la innovación aumentan, mientras que los costos tienden a bajar, de tal manera que es de mayor beneficio para el consumidor”²², sus inicios no generaron las mejores percepciones, debido a que ocasionó una serie de dificultades al no encontrarse preparadas nuestras industrias para ingresar a un mercado, en el cual, las políticas de proteccionismo que durante décadas empleó el gobierno colombiano y que

caracterizó el comercio internacional de nuestro país, tendía a su desaparecimiento.

Lo anterior fue a causa del objetivo primario de la apertura económica, si el fin era lograr incluir el elemento de competitividad, para hacer que las industrias nacionales evolucionasen a causa de tener que competir con industrias extranjeras, ello no se podría concretar si continuaba el empleo de medidas proteccionistas, que eran las que hacían más competitiva a la industria nacional y no lo eran éstas gracias a su modelos de producción.

Una vez se inició la apertura económica, se vislumbró un hecho que durante años, estuvo oculto a causa de las medidas proteccionistas que se aplicaban en la región, y era la falta de competitividad, el atraso en la tecnología a emplearse en la producción, que los productos latinoamericanos no tenían ventajas sobre sus homólogos con origen en países desarrollados.

Muchas empresas colombianas fueron a la quiebra, viéndose obligadas a ponerse en venta, a realizar fusiones con nacionales o extranjeras para poder asumir la situación que en ese momento se vivía.

La solución era iniciar un proceso de modernización, no solo en la tecnología que se emplearía en la producción, sino en la manera de determinar mercados, no se podría pensar solo en sobrevivir abasteciendo el mercado nacional, por el aumento de la competencia, por lo que se vio la necesidad de buscar otros mercados, pero para ello, se necesitaban enormes recursos financieros para poder hacer una real expansión de las industrias colombianas.

Entonces se presentó la oportunidad para los Fondos de Capital de Riesgo, que aparecie-

²² SKIDMORE, David; International Political Economy: The Struggle for Power; descargado de <http://www.lablaa.org/blaavirtual/ayudadetareas/poli/poli69.htm>. Consultado el 29 de agosto de 2010.

ron entre 1995 y 1998, como la solución a la inversión que se requería para hacer las industrias suramericanas más competitivas, pero resulta que la mayoría de estas eran empresas familiares, “las cuales no tenían información sobre la participación en el capital de la empresa. Así mismo, los equipos de gerenciamiento no siempre resultaban ser los más aptos dado que se encuentran ocupados por miembros de la familia. Es decir, en los emprendimientos de pequeña escala nos encontramos con la problemática típica, en cuanto a control, decisiones de inversión y sucesión, de las empresas familiares”²³.

Aparte del gran obstáculo que era el que las empresas en nuestra región no tenían una estructura financiera y administrativa que permitiera el fácil ingreso de los Fondos de Capital de Riesgo, muchos de estos comenzaron a perder el interés de hacer inversiones debido a que desde 1997 comienzan a presentarse una ola de crisis económicas en Latinoamérica, volcando sus interés a empresas tecnológicas y relacionadas con el internet que se encontraban en auge, hasta que ha a comienzos del siglo XXI, se presenta una notable disminución en el crecimiento de la economía de EE.UU., haciendo que el valor de las empresas de tecnología bajase al punto de llegar a su cierre, lo que condujo que los Fondos de Capital de Riesgo frenaran sus inversiones en ese sector.

El anterior suceso hizo que los Fondos de Capital de Riesgo volcaran su mirada nuevamente a empresas más maduras, además el potencial de América Latina como región para inversión comenzó en aumento gracias a las diversas políticas empleados por países como Brasil, quien en el 2007 logró que se instalara allí una sede del fondo Draper Fisher Jurvetson, el cual es considerado como uno de las grandes Fondos de Capital de

Riesgo de los EE.UU., debido a que es uno de los grandes inversores de Hotmail y Skype.

El capital de riesgo y las Pymes en América Latina

Una característica de las Pymes en nuestra región, es que estas se encuentran escasas de recursos financieros, necesarios para adquirir todos los elementos que les permita convertirse en pequeñas y medianas empresas exportadoras, las cuales, generan mayores niveles de ingresos y a su vez más oportunidades de trabajo, que es necesario para lograr reducir los niveles de pobreza de la región.

Obtener un crédito por parte de una gran empresa es sencillo, debido a que puede presentar grandes garantías, por lo cual, los bancos otorgan esos créditos de forma fácil y sencilla, pero el panorama se oscurece frente a las Pymes, ya que, al no tener grandes recursos en sus cuentas, ni inmensas garantías, los bancos tienden a ser duros con éstas, aplicándoles altas tasas de intereses, lo que ha llevado a que las que desean empezar a participar de una forma más competitiva en el mercado, incluso hacer parte de los productos que se exportan y que generan divisas para el país, desecha la opción de las entidades bancarias como financiadores de sus proyectos, y buscan a los Fondos de Capital de Riesgo.

Pero resulta que este mercado, el cual es protagonizado por los FCR y las PyMES, es escaso, debido a que por parte de los países latinoamericanos no existen grandes beneficios, que incentiven el crecimiento de los inversionistas en esta clase de fondos, por lo cual, acceder a un crédito por parte de estos, es casi o igual de difícil que al de un banco por la escasa oferta.

23 Fundación Empresa Global; artículo académico; descargado de <http://www.arcap.org/site/wp-content/uploads/2010/08/Informe-Capital-de-Riesgo-Parte-I.pdf>. 2008. Consultado 19 de septiembre de 2010.

Por ello es especialmente importante que se brinde un mayor apoyo a los Fondos de Capital de Riesgo en América Latina, para que no solo sean los fondos de origen extranjeros los encargados de brindar las oportunidades, si no que sean los mismos nacionales, que lleven sus recursos a estos fondos y comiencen a ser parte de la evolución de su economía y dejar de depender de las oportunidades que quieran dar desde el exterior.

Lo anterior queda expuesto cuando traemos a exposición el trabajo realizado por el Fondo Multilateral de Inversiones – FOMIN, del Banco Interamericano de Desarrollo – BID, quien en búsqueda de que los Fondos de Capital de Riesgo, aumente sus inversiones obviamente en las Pymes de la región, “ha inyectado capital en aproximadamente 40 fondos al presente. Cuando el FOMIN invierte en estos fondos, busca atraer a otros inversores que podrán ser nuevos en la industria pero que pueden confiar en el expertise del FOMIN en el área”²⁴.

“No menos importante ha sido la cooperación activa del FOMIN con el sector público y privado en lo que respecta a cambios regulatorios, para hacer de los mercados de la región más atractivos a los inversores del sector privado internacionales y locales. El FOMIN aprobó el otorgamiento de financiamiento a la Asociación Latinoamericana de Capital de Riesgo (LAVCA), que trabajará junto a otras asociaciones del capital de riesgo en la región a fin de ayudarlos en la introducción de cambios necesarios en el ámbito legal y regulatorio que mejoren el clima de negocios”²⁵.

Hay quienes se preguntan ¿Por qué no hay capital de riesgo en los países emergentes?,

países como los latinoamericanos, ¿por qué, ha sido tan difícil lograr el desarrollo de este mercado?

La duda anterior salta a la vista, debido a que el éxito de una PyME, en muchos casos se logra cuando “los emprendedores puedan acceder a financiamiento **en etapas tempranas de la vida de sus empresas**.

Sin el acceso al financiamiento (ya sea deuda o capital) es poco factible que los emprendedores sobrevivan ya que sus recursos personales son limitados”²⁶, y las Pymes son cada día más importantes para la economía de los países emergentes, porque son las protagonistas y las encargadas de que esos países logren un mayor protagonismo en el mercado exterior.

Es evidente entonces que el éxito que puede llegar a tener en muchos casos las Pymes, es a causa de que “Los emprendedores en algunos países desarrollados (principalmente en Estados Unidos) y en economías emergentes (como Israel) cuentan con una industria que ha sabido financiar estos nuevos proyectos y generado ganancias al mismo tiempo. Esta industria es la industria del capital de riesgo, que por ser un término con una connotación negativa es preferible usar su traducción en inglés: *venture capital*”²⁷.

Entonces, si gracias al capital de riesgo, han surgido con gran éxito empresas, al punto de convertirse en aquellas que se encuentran en cada rincón del mundo como lo son Google, Yahoo!, Intel, Microsoft, entre otras, ¿por qué la industria del Venture Capital no se ha desarrollado con facilidad en otras partes, como en América Latina?

24 BOLANOS, Christian; descargado de <http://christianbolanos.info/web/page/34/?s>. (2009). Consultado el 02 de marzo de 2010.

25 SOY ENTREPRENEUR; descargado de <http://www.soyentrepreneur.com/home/index.php?p=nota&idNota=5607>. (2008). Consultado el 11 de septiembre de 2010.

26 CHARVEL, Roberto; Porque no hay Capital de Riesgo o Venture Capital en los Países Emergentes; Descargado de <http://www.kapitalprivado.com/2010/02/26/%C2%BFpor-que-no-hay-capital-de-riesgo-o-venture-capital-en-los-paises-emergentes/>. (2010) Consultado el 08 de mayo de 2010.

Las repuestas no existen de manera clara, solo se puede traer a colación conclusiones que se han dado por expertos como los profesores Josh Lerner y Paul Gompers de Harvard Business School, quienes son los académicos más influyentes en el tema.

Las posibles causas del no desarrollo del mercado de capital de riesgo en América latina son:

1. “Las industrias de reciente creación buscando financiamiento del tipo *Venture Capital* en América Latina, no calificarían como industrias atractivas de inversión para los fondos de *Venture Capital* en Estados Unidos o Israel”²⁸. Esto debido a que la mayoría de nuevas empresas, que han surgido en este hemisferio, pretenden participar en mercados saturados, o en los que ya existen grandes productores, frente a los cuales resulta casi imposible competir, y por lo cual sus ganancias no permiten que clasifiquen en empresas de medio o alto potencial.
2. “Las estructuras contractuales en los países en desarrollo hacen muy difícil que un inversionista institucional esté dispuesto a invertir sin tener una posición mayoritaria en la empresa. Esto puede que funcione con empresas consolidadas, pero será muy difícil que funcione en empresas de reciente creación en donde si el emprendedor cede la mayoría de la empresa, no capturaría el valor futuro del emprendimiento por lo que los incentivos no se alinean. Por otro lado, debido a que los contratos en países emergentes son difíciles de enforcing, el no tomar control hace demasiado riesgosa la inversión”²⁹.

Algo que caracteriza a los FCR, es que estos toman control de la empresa emprendedora, para garantizar de algún modo el éxito de su inversión, pero, las Pymes que se encuentren en su etapa inicial, más precisamente, su propietario no va ha estar dispuesto a ceder el control de la mayoría de su empresa a un tercero. Esto ya se trató con anterioridad, se requiere un cambio del pensamiento del emprendedor latinoamericano, consistente en sacrificar un tiempo, su poder de decisión sobre la PyME y a cambio verla crecer de manera exitosa.

3. “Por lo general las empresas de reciente creación en los países emergentes no alcanzan el volumen necesario para listarse en las bolsas de valores en un período de cinco a siete años. Un caso interesante de una economía emergente es Israel en donde la industria de *Venture Capital* fondea empresas en etapas tempranas que en un período de cinco a siete años se listan en el NASDAQ de Estados Unidos”³⁰.

Esto es importante, ya que gracias a que las empresas en crecimiento se puedan enlistar en el Nasdaq, éstas tienen la opción de colocar sus acciones en la bolsa, para lograr recaudar los recursos que con el tiempo van requiriendo para continuar con el crecimiento que se inicio con el Fondo de Capital de Riesgo. Cuando una empresa no logra estar en un periodo de cinco a siete años dentro de la bolsa, es muestra de que ellas no han logrado el desarrollo esperado, si no que por el contrario han crecido de forma lenta o incluso se han

27 Ibidem., pág. 23.

28 Ibidem., pág. 23.

29 Ibidem.

30 Ibidem., pág. 23.

estancado y en ello influye demasiado, las políticas económicas de sus países de origen y la poca visión que caracteriza a los emprendedores de la región.

4. “Una de las razones más representativas y refrescantes de por qué no hay *Venture Capital* en países emergentes, es el hecho de que en los países emergentes no hay emprendimientos con un alto capital intelectual e innovador. El *Venture Capital* funciona mejor en industrias como las telecomunicaciones, tecnología, biotecnología, nanotecnología, industria armamentística en donde hay un alto componente de valor agregado y no se enfoca a financiar restaurantes, panaderías, tiendas de ropa o agronegocios entre otras industrias”³¹.

Este punto vuelve e insiste en que un gran inconveniente que tienen las PyMES en América latina y por qué no, las colombianas, es que no es solo que no existan los recursos para lograr la internacionalización de las empresas, es que las empedradoras que actualmente existen, no hacen parte de las que integran la nueva economía, es decir, de aquellas que se desenvuelvan en el sector tecnológico, telecomunicaciones, entre otros.

¿CÓMO SE ACCEDE POR PARTE DE UNA PYME A UN FONDO DE CAPITAL DE RIESGO?

Obtener un crédito por parte de una Pyme solicitado a un FCR, tiene ciertas exigencias, no es que por el hecho de que no se cobren intereses, sea tan sencillo como llegar, llenar una solicitud, y listo. Pues no, “al igual que los bancos, los fondos buscan empresas que puedan justificar a través de un *plan de negocios*, la probabilidad de éxito de su idea”³².

Como se anunció en partes anteriores, una de las razones por las cuales los Fondos de Capital de Riesgo no realizan tantas exigencias o el establecimiento de tasas de interés, es debido, a que una vez se realiza el desembolso, este hará parte de la toma de decisiones de la empresa que obtuvo el crédito, siendo ello la garantía de que la inversión se realice de manera adecuada, para así garantizarse la recuperación del crédito dado a la Pyme.

“Dependerá del tipo de fondo que se trate, cuál será la participación que pretenda tener en la gestión y toma de decisiones. Éste es tal vez el factor determinante a la hora de recurrir a un Fondo de Capital de Riesgo porque muchos empresarios no desean compartir la toma de decisiones con otros agentes”³³.

Lo anterior es un punto clave que deben tener en cuenta los propietarios de una PyME, ya que, aunque se pueden obtener los recursos financieros que permitirán el crecimiento de la empresa, por otro lado se pierden los derechos sobre ésta, en cuanto al direccionamiento, porque cada vez que se pretenda aplicar una política, ésta deberá ser consultada con el FCR que funciona como prestatario. Ello es uno de los puntos en contra, que tiene esta clase de inversión, por ello muchas veces se prefiere pagar altas tasas de interés a una entidad bancaria, a cambio de no perder el control de la pequeña y mediana empresa.

Continuando con los puntos que se deben tratar al momento de lograr la inversión por parte de un Fondo de Capital de Riesgo en una PyME, es el acuerdo al que se debe llegar en lo relacionado a “la cantidad de acciones o la participación en relación con el dinero aportado. Aportar la mitad de la inversión no necesariamente significa quedarse con el 50% del total accionario, debido a

³¹ *Ibidem*.

³² Op. cit. LOIDI, pág. 9.

³³ *Ibidem*.

que aquí entran en juego otras consideraciones como quién será el que desarrolle el negocio, de quién fue la idea original, etc.”³⁴.

De una u otra forma, este acuerdo es muy importante, ya que, con base en ello, se concreta el verdadero control que se tendrá sobre la PyME por parte del FCR y los propietarios de ésta, por ello, estos últimos deben insistir en que el paquete accionario no quede en su totalidad o en su mayoría en manos del fondo, si no mostrar que las ideas, que las instalaciones y demás herramientas con las que cuenta la empresa, son iguales o incluso superiores al aporte que hace el inversionista en ella.

“Es importante aclarar que los fondos rara vez se quedan con la mayoría del paquete accionario”³⁵, ya que ello acontece a menos que la inversión sea de inmensas proporciones, que nada de lo que allí se encuentre se equipara al crédito otorgado.

“Finalmente, una forma muy recomendada para acceder a los Fondos de Capital de Riesgo es en las distintas escuelas de negocios. Estas en general, están vinculadas con los inversores de riesgo y pueden asistir a los emprendedores en el establecimiento de un contacto que, en última instancia, podrá derivar en el financiamiento de su proyecto”³⁶.

ISRAEL, UN EJEMPLO DE LO ÚTIL QUE RESULTARÍAN LOS FCR EN LAS PYMES DE COLOMBIA

Un modelo a seguir por Colombia, es el caso de Israel, el cual, siendo un país de tan solo siete millones de habitantes, ha alcanzado un éxito de magnas dimensiones, gracias a las

políticas en las que se insistió en la innovación, en la tecnología, y por supuesto a la incursión del capital de riesgo.

Autores del libro titulado “Star-Up Nation”, Dan Senor y Saul Singer, establecen como logro el desarrollo de Israel, y entre las razones que citan están:

1. “El importante impacto del programa Yozma: un fondo de Fondos de Capital Riesgo, que ha permitido situar a Israel como el primer país a nivel mundial en inversión de Capital Riesgo per cápita”³⁷.

Con ello se muestra, que el gobierno nacional debe aplicar medidas en las cuales, se logre captar el interés no solo de extranjeros, sino también de cientos de colombianos con recursos, que no encuentran opciones claras de inversión, para que se vinculen a los Fondos de Capital de Riesgo, y así tener una fuente inmediata de obtención de recursos que tanto se requieren.

2. “La fuerte contribución de los judíos soviéticos que emigraron a Israel entre 1990-2000 (más de 800.000), con unos niveles de preparación académica muy elevados”³⁸.

La formación académica es una de las falencias en nuestro sistema de educación, ya que no se fomenta en los diferentes programas la iniciativa empresarial, ni mucho menos, la que es relativa a los sectores que hacen parte de la nueva economía. De qué sirve tener en algunos casos los recursos, si la mayoría de los profesionales, como los abogados, solo tienen la formación para adelantar

34 *Ibidem*. LOIDI, pág. 9.

35 *Ibidem*.

36 *Ibidem*, pág. 9.

37 SENOR & SINGER (2010); The story of irael’s economic miracle; descargado de <http://venturatis.wordpress.com/2010/02/11/israel-un-caso-de-exito-en-innovacion-y-capital-riesgo>. Consultada: 27 de junio de 2010.

38 *Ibidem*, pág. 28.

procesos, y no tienen la capacidad de ser visionarios, para constituir empresas que permitan la obtención de divisas.

3. “La necesidad de agudizar el ingenio en un entorno adverso (recordáis “El Lazarillo de Tormes” o “El Buscón de Quevedo”): es un país con pocos habitantes (necesitan exportar), con un alto nivel de conflictos bélicos, escaso en recursos naturales, un clima poco propicio, etc.”³⁹.

Este punto muestra que las condiciones en que surgió Israel, no son muy distintas a las de Colombia, pero lo que diferenció, fue esa decisión de los emprendedores y del gobierno nacional, de dejar de lado las políticas tradicionales, los sectores económicos explotados durante décadas y evocándose a los que están teniendo cada día mayor demanda en el mercado externo.

Su desarrollo ha llegado al punto de ser “el primer país no USA, por número de compañías cotizadas en el NASDAQ (63 Israel, 48 Canadá, 6 Japón)”⁴⁰.

“En definitiva, un país del que podemos aprender mucho en cuanto al modelo de desarrollo de su innovación, capital riesgo y espíritu emprendedor, y que está en vías de solucionar sus aspectos menos atractivos”⁴¹.

¿Qué tan grande fue el crecimiento de Israel?

Se preguntarán en cifras cuál fue el crecimiento de la economía israelí; cuánto llegó a ser su producto interno bruto; cual fue el tiempo que se requirió para ello. Pues la respuesta es

sorpréndete, Israel logró un crecimiento mayor que el que tiene un país desarrollado sin contratiempos, como lo son las guerras que ha tenido lugar en este país. “Entre 2003 y 2007, el país vivió la Segunda Guerra de Líbano, cubrió el costo de la retirada de Gaza y, de paso, creció al 3% per cápita, por encima del promedio de los países desarrollados. El sector de alta tecnología, representó el 51% de las exportaciones de bienes industriales, tuvo mucho que ver con eso”⁴².

Todo ese crecimiento se logró al programa Yozma, que fue el fondo de Fondos de Capital de Riesgo iniciado por el gobierno de Israel en 1993 para “desarrollar el sector que iba a financiar el boom tecnológico del país”⁴³.

El programa Yozma consistió en que el Gobierno Nacional de Israel “repartió US\$80 millones entre los fondos privados más prestigiosos para aparecer como un inversor más, sin intervenir en las decisiones de las start-up que se financiarían luego con ese dinero”⁴⁴. Esta política, fue lo más acertada, porque a diferencia de lo que sucedía en otras partes del mundo como en Europa, las empresas que se financiarían con los créditos otorgados por los Fondos de Capital de Riesgo, no serían controlados por el Estado, ya que, como se sabe, estos fondos tienden a tener control sobre las decisiones de las compañías, y si el gobierno de Israel, era el directamente inversor, estas empresas nacientes serían de algún modo estatales, y se perdería la autonomía y el crecimiento que se logra en la empresas privadas, porque en ellas solo importa el desarrollo, y no se detienen o se direccionan de acuerdo a la política del momento, o las directrices del partido político que se encuentre en el poder.

39 *Ibidem*.

40 *Ibidem*.

41 *Ibidem*.

42 *Ibidem*.

43 *Ibidem*.

44 *Ibidem*.

Este programa, permitió que en Israel pasara desde 1993 al 2007, de 300 empresas de alta tecnología a más de 3.000.

Una frase muy importante que hemos de tener en cuenta en Colombia fue la dada por el economista Morris Teubal, de la Universidad Hebrea de Jerusalén y es que, “En Israel fue un acierto ir contra la ideología dominante entre los economistas y adoptar una política estatal de targeting en vez del apoyo general a la industria”⁴⁵.

El apoyo a Fondos de Capital de Riesgo se opuso al pensamiento económico del momento y determinó el boom tecnológico israelí.

EL RETORNO DE LOS FONDOS DE CAPITAL DE RIESGO A LOS PAISES EN DESARROLLO

A pesar de que el mercado de capital de riesgo durante años no logró tener un buen desenvolvimiento en nuestra región, en estos momentos los Fondos de Capital de Riesgo están tomando cada día más fuerza en América Latina, gracias a la aparición en escena de un nuevo inversionista dentro de los que aportan recursos a los FCR y son los fondos privados de pensiones, práctica que se está llevando a cabo en países como México, Brasil y Colombia.

“Es inminente que los fondos de pensiones locales inviertan en capital privado. Los fondos de pensiones que son parte integral del ahorro interno es canalizado a actividades productivas a través de los fondos de capital privado. Se crea un flujo positivo de recursos de la planta productiva hacia la planta productiva del país de origen. Adicionalmente, los pensionados tendrían acceso a

retornos extra normales al invertir en este tipo de activos y el retorno de sus inversiones sería en moneda local que será la que necesitarán cuando se jubilen”⁴⁶.

Si se continua con esta ideología, en la cual, lo que importa es únicamente los grandes retornos que puedan recibir los pensionados que realizan sus inversiones a través de sus fondos en el mercado de capital de riesgo, la consecuencia inmediata sería que éstos optarían por realizar sus inversiones en países desarrollados, en especial en aquellos en los que las operaciones se concreten en divisas como el dólar americano, el euro o el Yen, ya que así, el retorno de la inversión al cambio de su moneda sería mucho mayor.

“Muchos reguladores están en contra de esto, ya que, consideran que es ilógico que los fondos de pensiones de países emergentes fondeen operaciones de capital privado en países desarrollados”⁴⁷. Ello tienen mucho de lógica, si vemos que una de los grandes inconvenientes que tenemos en países en desarrollo, es la falta de recursos de financiamiento, y el apoyar a que una de las pocas oportunidades de recursos que tendríamos para nuestras Pymes se enfoque a invertir en países en los cuales no hay escases de recursos financieros, es algo ilógico, porque, lo que se busca cada día es lograr que los Fondos de Capital de Riesgo se direccionen a países suramericanos, y con esta política estaríamos haciendo todo lo contrario, porque, daríamos a entender que no somos una región segura de inversión, al punto que ni siquiera nuestros propios FCR están dispuestos a realizar sus operaciones aquí.

Por ello es necesario que se apliquen políticas de intervención económica por parte de los gobiernos nacionales de los países emer-

45 TEUBAL, Morris; Entrevista por Francisco de Zarate; ingeniar Group; descargado de <http://forodeinnovacion.blogspot.com/2009/06/en-israel-fue-un-acierto-ir-contra-la.html>. (2009). Consultado 14 de agosto de 2010.

46 Op. cit, CHARVEL, pág. 23.

47 *Ibidem*.

gentes con miras a regular las operaciones que vayan a realizar los fondos privados de pensiones que se encuentran participando en los mercados de capital de riesgo, para hacer que este canal de inversión tenga como prioridad la inversión en las Pymes que se sitúan en el mismo país en el que tienen origen las pensiones.

“Cualquiera que sea el resultado final de los reguladores de los fondos de pensiones en países emergentes, es positivo que la industria de capital privado se vuelva un tipo de activo en el cual puedan invertir los fondos de pensiones. No solo esto generará mayor liquidez y competencia en el mercado, sino que también se genera mayor transparencia e información sobre la industria”⁴⁸.

Un gran ejemplo de lo que es la unión de los Fondos de Capital de Riesgo con los fondos privados de pensiones es el “operador de fondos de capital privado mexicano (Nexus) que ha levantado tres fondos de capital privado está en el proceso del levantamiento de su cuarto fondo. Su estrategia es levantar capital de los fondos de pensiones mexicanos llamados Afores”⁴⁹.

El éxito alcanzado por el Fondo de Capital de Riesgo Nexus, ha sido de tal magnitud, que fue objeto de evaluación por parte de “The Boston Consulting Group o BCG en el proceso de inversión de su cuarto fondo. La evaluación fue publicada en la Bolsa Mexicana de Valores el día 1 de marzo del 2010”⁵⁰.

A continuación se citará los puntos más importantes del informe presentado sobre el fondo Nexus:

1. “Retornos de su primer segundo y tercer fondos: 30.1% (realizado), 28.6% (casi completamente realizado) y 26.4% (estimado). Estas son tasas internas de retornos (TIR) brutas en pesos. Es importante destacar que estos rendimientos se podrían posicionar en el primer decil de retornos de fondos de capital privado a nivel mundial”⁵¹.
2. “La TIR neta a los Limited Partners fue de 26.5% (realizada), 25.3% (mayormente realizada) y 26.4% (estimada) respectivamente a los tres fondos”⁵².
3. “La comisión de manejo no coincide con el estándar de la industria del 2%. Cobraron 2.5% en los primeros dos fondos y 2.26% en el tercer fondo”⁵³.
4. “El retorno de los dos primeros fondos se debe mayormente a una transacción exitosa. En el primer fondo de cinco inversiones, una fue positiva y en el segundo de seis inversiones tres fueron positivas y una de ellas tuvo un retorno muy alto”⁵⁴.
5. “Las inversiones con mejores retornos del portafolio de 11 transacciones tuvieron salidas en bolsa, lo que es consistente con la literatura. Estas dos transacciones generaron múltiplos de 11.4 y 13.8 cash on cash respectivamente era de menor tamaño que las operaciones de private equity realizadas en años anteriores por los fondos privados de inversión”⁵⁵. Luego de ver los diferentes casos como el de Israel, y fondo mexicano Nexus, los colombianos que tienen recursos adicionales deben invertir en

48 Ibidem.

49 Ibidem.

50 Ibidem.

51 Ibidem.

52 Ibidem.

53 Ibidem.

54 Ibidem.

55 Ibidem.

los Fondos de Capital de Riesgo, por tres razones:

1. “Atractivos retornos ajustados por riesgo y posibilidades de diversificación.

Potencial de alcanzar atractivos retornos a largo plazo sin incrementar la volatilidad de un portafolio conformado por inversiones transadas públicamente, mejorando la diversificación del portafolio y su exposición al riesgo⁵⁶.

2. “Responsabilidad Social Empresarial.

Contribución activa y eficiente al desarrollo económico regional y a la generación de empleo calificado, a través del impulso financiero y estratégico del sector del emprendimiento, en industrias de alta tecnología y valor agregado⁵⁷.

3. “Alto impacto potencial en el desarrollo económico de la región.

Canalización de recursos de inversión, con un alto impacto en la cadena de creación y consolidación de nuevas empresas, con probada eficacia para el desarrollo de los mercados de capitales, la generación de oportunidades de financiación para el empresariado y el mejoramiento de la competitividad de sectores estratégicos de la economía⁵⁸.

CONCLUSIONES

- El anterior artículo científico se deriva de la investigación titulada la acción de

reclamación sin infracción, el lado oscuro del TLC EE.UU. - Colombia, en la que se estudio los alcances que trae la incorporación de éste recurso en el capítulo de solución de controversias del acuerdo de integración bilateral. En esa investigación se concluyó que la acción de queja acaba en gran parte con el Estado como auxiliar de la Economía, ya que, no se podrán tomar medidas a la ligera para ayudar a nuestras empresas, una vez entre a regir el TLC, porque existirá el temor de ser objeto de una reclamación bajo este recurso y las consecuencias son peores, que las que se darían si no se ayuda a la industria nacional en su competencia libre con los EE.UU., como lo sería el aceleramiento del cronograma de desgravación arancelaria, principalmente.

- En base a lo anterior se estableció que no se podrán tomar medidas por parte del Estado de Colombia una vez entre a regir el TLC, con el objetivo de ayudar a las diferentes industrias nacionales que se vean perjudicadas por el acuerdo, ya que, cualquier clase de medida, ya sea subvenciones, pago preferencial, o incentivos tributarios, como reducción del IVA, entre otros, aunque busquen contribuir a que nuestras empresas no se cierren por el hecho de que sus ventas se redujeron, a causa de la gran capacidad competitiva de las industrias americanas, el efecto real de esas medidas al final, será que la demanda colombiana de los bienes y servicios tienda a los que tienen origen en nuestro país, anulando las ventajas que EE.UU. tiene esperadas, y que fueron el motor para sentarse a negociar un acuerdo de integración bilateral económica como lo es TLC con Colombia.

56 Entidad promotora de proyectos, análisis y estructuración de financiamiento, gestión de fondos de capital privado; 2008; descargado de <http://www.promotora.com.co/progresCapital/fondosCapital.html>. Consultada: 10 de mayo de 2010.

57 Ibidem.

58 Ibidem.

- Se dice que las medidas que se apliquen a futuro, re- direccionarán la tendencia en la demanda de los bienes, ya que, si es una subvención a los productores, se obtendrá un producto a menor precio que el de la competencia que tiene origen en EE.UU., o si es un exención de impuestos como el IVA, el efecto sería el mismo, o si se le da a los elaboradores de un bien un incentivo por el hecho de consumir la materia prima colombiana, también se obtendría lo mismo, que es poner en desventaja los productos americanos, a lo cual se le puede aplicar la acción de reclamación sin infracción.
- Por lo anterior la única medida que podrá emplear el gobierno y no ser objeto de la acción de reclamación sin infracción es la de promover los Fondos de Capital de Riesgo, debido a que, una vez entre el TLC con los EE.UU a regir, o los demás acuerdos en los que incluya la acción de reclamación sin infracción, esta será la principal medida que podrá tomar el Estado Colombiano para auxiliar a la empresas nacionales que resulten afectadas por los Tratados de Libre Comercio, porque, las demás medidas que se tomen podrán ser objeto de reclamación bajo la acción de queja y las consecuencias son mayores que si no se auxilia a la empresas nacionales.
- Los Fondos de Capital de Riesgo son una solución para las Pymes de Colombia, en especial, para aquellas que van a sufrir los efectos negativos que trae consigo el haber negociado tratados de libre comercio, cuando aun no se cuenta con un nivel alto de competitividad.
- Es la solución, debido, a que con los FCR, se logran suplir los obstáculos que no han permitido que seamos un país con una economía con crecimiento real, como lo son la falta de infraestructura tecnológica, nivel de innovación, y el difícil acceso a recursos financieros.
- Los FCR permiten dar solución a los obstáculos que durante años no han permitido que nuestras pymes sean de aquellas que generan grandes dividendos, por ser exportadoras, de las que generan también suficientes empleos, ya que, la inversión que ellos hacen es en grandes sumas, por lo cual se puede adquirir tecnología de alta gama, necesaria para mejorar los niveles de producción, para obtener bienes o servicios de mejor calidad y precios competitivos.
- También ayudan a las pymes, debido a que además de los recursos financieros, gracias al modelo que los caracteriza, participan de las decisiones de la empresa mientras se logran las metas por las cuales se accedió invertir, es decir, prestan ayuda administrativa, e incentiva la innovación que es lo que permite que una vez se llegue a la cima se pueda mantener en ella.
- Se puede también inferir que aunque los FCR son necesarios para que las Pymes de Colombia logren ser competitivas, y así no sufrir los efectos negativos de los TLC que se haya celebrando el país, se presenta un gran obstáculo para acceder a este clase de inversión, y es que nuestras pymes carecen de las características necesarias para que sean atractivas para un FCR, como la falta de visión, de un plan de desarrollo empresarial innovador, de empresas que estén o vayan a participar en sectores dinámicos de la economía, como lo es el de la tecnología.
- Luego de ver casos como el de Israel, el de Brasil, el surgimiento de empresas como yahoo, gracias a intervención de los FCR, no cabe duda, que estos permitirán que las pymes de Colombia subsanen sus falencias, y logren ser competitivas, en las nuevas condiciones del mercado nacional, que se darán a causa de los TLC.
- Que el Estado colombiano debe gestionar el surgir de los FCR en el país, dar a conocer esta modalidad de inversión,

- para que quienes no tengan claridad de donde hacer inversiones se dirijan a este modelo de negocio, y así lograr que se invierta en las pymes colombianas, las cuales generaran empleo, y el crecimiento de nuestra economía
- También si desde ya se impulsa a que los Fondos de Capital de Riesgo invierta en nuestras pymes, cuando comiencen a regir los TLC, estos no serán trágicos, al contrario si se podrán percibir como lo han querido vender desde la primera vez que se hablo de ellos, como una gran oportunidad de expansión económica.
 - Ahora algo que queda claro, es que además de la falta de recursos, de innovación, de tecnología que tiene nuestras pymes y que se resuelve con los FCR, se debe cambiar algo, y es la mentalidad de empresario nacional, se debe olvidar los sectores de la económica tradicionales y dirigirse a aquellos que aunque no sean conocidos, se sepa que serán grandes el día de mañana.
 - Colombia debe aplicar el modelo Yozma que se hizo en Israel o algo similar, pero agregándole 2 puntos. El primero es que una parte de esos fondos tendrá que invertir en pymes que pertenezcan a sectores de la economía que se lesionaran con los TLC, y en segundo lugar, hacerlo en sectores de la tecnología, ya que además de ser en estos los más rentables, si en Colombia se produce la tecnología que requieren las otras pymes para ser competitivas, lograr ello sería más fácil, por la disminución de costos, sería una cadena productiva, en la cual todos de retroalimentan.
 - Concretamente se puede establecer, que los Fondos de Capital de Riesgo, son la herramienta que se requiere para lograr una verdadera internacionalización de la economía de Colombia, la cual, no se ha llevado de manera rápida, al punto que estamos entre los países con menor integración de las economías nacionales al comercio exterior en América Latina, a pesar de que se están negociando múltiples tratados de libre comercio, pero ello no es suficiente, debido a que se requiere que nuestras PyMES incorporen tecnología que les permita darle valor agregado a sus productos o servicios para convertirse en exportadoras y beneficiarse de los futuros TLC con el Asia y la Unión Europea, lo cual, se lograra claramente con las inversiones que nos pueden ofrecer los FCR, y más ahora con el auge que estos se encuentran adquiriendo en Colombia, a través de la participación que busca tener en ellos los fondos privados de pensiones.
 - Se debe desechar el percibir al sector bancario como la fuente de recursos financieros, para los emprendedores, volquemos nuestras miradas al mercado de capital de riesgo, allí ganamos todos, quienes buscamos negocios en los cuales hacer inversiones, y quienes requieren de estas para que Colombia sea realmente un país en desarrollo.
 - Es de vital importancia para los abogados especializados en el derecho comercial, sobre todo para aquellos que prestan sus servicios a empresas, como lo son las Pymes, el saber sobre los Fondos de Capital de Riesgo, el cómo operan estos, las ventajas y desventajas que acarrea el optar por esta clase de crédito, los mecanismos y puntos clave que se deben cumplir para lograr captar la atención de éstas entidades. Con todo ello los abogados comerciales pueden brindar un asesoramiento completo, sobre las alternativas de financiación distinta a la bancaria, como lo son los Fondos de Capital de Riesgo, que además han sido los causantes del crecimiento vertiginoso de empresas en países como Israel y EE.UU, al punto que han permitido la participación de éstas en un espacio de 5 años en la bolsa de valores.

- Existe la necesidad inmediata de cambios en cuanto políticas de comercio exterior que ha de tomar el gobierno nacional, que van desde, reformas tributarias que inciten a los Fondos de Capital de Riesgo a realizar sus inversiones en la Pymes colombianas, mediante exenciones tributarias.

BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo sobre derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio-visión general. www.wto.org/spanish/trapo_s/trips_s/intel2_s.htm. 28 de diciembre de 2009.

SOLER, Yesid. *Impacto del TLC en las microempresas*. Prospectiva de las Microempresas frente al TLC, pág. 1. <http://prospectivatlc.blogspot.com>. 04 de enero de 2010.

Concepto de Fondo Capital de Riesgo. Descargado de <http://www.finanzasblog.com.ar/capital-riesgo>. 03 de febrero de 2010.

LOIDI, Jonatan Marco. Fondos de Capital de Riesgo, ¿qué son, para qué sirven y cómo contactarse con ellos?; Universidad Católica de La Plata; descargado de Fundación Empresa Global. consultas@jonatanloidi.com.ar. (2009), 30 de enero de 2010.

Entidad promotora de proyectos, análisis y estructuración de financiamiento, gestión de Fondos de Capital Privado. 2008. Descargado de <http://www.promotora.com.co/progresCapital/fondosCapital.html>, 12 de Septiembre de 2010.

CARULLO, Juan Carlos. Proyecto Estrategia para el Capital de Riesgo en la Argentina; Características, problemas y recomendaciones; Centro REDES-Centro de estudios sobre ciencia, desarrollo, y educación superior asociado al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnica (CONICET); Programa CREAR-CIT⁵⁹. 2008

Concepto de Private Equity. Descargado de <http://www.mediatoris.com/empresas/>

[mediatoris-capital-inversion](http://www.mediatoris.com/empresas/), 7 de septiembre de 2010.

JACOBSON & CARULLO. Capital de Riesgo en Argentina. Diagnóstico, necesidades y políticas; artículo científico; 2004; descargado de <http://www.icesi.edu.co/ciela/antecedentes/Papers/emcr/1.pdf>, 12 de marzo de 2010.

VAQUERO, Fernando. Blog académico publicado y descargado de http://emprendedoresyemprendimientos.blogspot.com/2008/04/inversor-angel_01.html, 8 de junio de 2010.

SKIDMORE, David. International Political Economy: The Struggle for Power. Descargado de <http://www.lablaa.org/blaavirtual/ayudadetareas/poli/poli69.htm>, 29 de agosto de 2010.

Fundación Empresa Global. Artículo académico descargado de <http://www.arcap.org/site/wp-content/uploads/2010/08/Informe-Capital-de-Riesgo-Parte-I.pdf>. 2008, 19 de septiembre de 2010.

BOLANOS, Christian. Descargado de <http://christianbolanos.info/web/page/34/?s>, 2 de marzo de 2010.

CHARVEL, Roberto. Por qué no hay Capital de Riesgo o Venture Capital en los países emergentes; descargado de <http://www.kapitalprivado.com/2010/02/26/%C2%BF-por-que-no-hay-capital-de-riesgo-o-venture-capital-en-los-paises-emergentes/>. (2010), 8 de mayo de 2010.

SENOR & SINGER (2010). The story of israel's economic miracle; descargado de <http://venturatis.wordpress.com/2010/02/11/israel-un-caso-de-exito-en-innovacion-y-capital-riesgo/>, 27 de junio de 2010.

TEUBAL, Morris. Entrevista por Francisco de Zarate; ingeniar Group; descargado de <http://forodeinnovacion.blogspot.com/2009/06/en-israel-fue-un-acierto-ir-contrala.html>. (2009), 14 de agosto de 2010.

APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS DE LA OIT EN MATERIA DE DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LAS DECISIONES DE LOS OPERADORES JUDICIALES EN COLOMBIA *

Francisco Rafael Ostau De Lafont De Leon**
Leidy Ángela Niño Chavarro***
Universidad Libre Bogotá D.C.

RESUMEN

Este informe de investigación analiza algunas decisiones de la Corte Constitucional Colombiana en materia de organización sindical y negociación colectiva a través de la metodología de casos, estableciéndose las posibles decisiones de los casos puestos a consideración a operadores judiciales en aplicación directa de los convenios de la OIT No. 87, 98, 154 y 135. Para encontrar los hallazgos se utilizaron los métodos descriptivo, analítico y no-experimental.

Palabras clave: convenios OIT, bloque de constitucionalidad, derecho de asociación sindical, libertad sindical, negociación colectiva, operadores judiciales.

ABSTRACT

This research analyses some decisions of the Colombian Constitutional Court related to union organizing and collective bargaining through case method. Therefore, it is

possible to establish the potential of judicial decisions in application of ILO conventions (87, 98, 154 and 135). In order to obtain the findings the descriptive, analytical and non-experimental methods were used.

Key words: ILO conventions, constitutional block, right of union association, freedom association, collective bargaining, legal operator.

INTRODUCCIÓN

El grupo de investigación de Protección Social y Conflicto - línea de investigación "impacto de la OIT en la legislación laboral colombiana", ha analizado los efectos de las decisiones de la Corte Constitucional (año 2000 al 2010) en materia de organización sindical y negociación colectiva, a partir de los nuevos estudios laborales con énfasis en la sociología jurídica y en la sociología del trabajo que se han venido impulsando en los últimos años a través de elementos teóricos y prácticos (metodología de casos). Su apli-

Fecha de recepción: 16 de octubre de 2010. Fecha de aceptación: 16 de noviembre de 2011.

* El presente artículo es producto de la investigación sobre el Impacto de la OIT en la legislación laboral colombiana realizado dentro del Grupo de Investigación Protección Social y Conflicto en la línea de investigación "Impacto de la OIT en la Legislación Laboral Colombiana" adscrito al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre.

** Doctor en Derecho de la Universidad Javeriana, Universidad del Rosario y Universidad Externado de Colombia. Director del Grupo de Investigación Protección Social y Conflicto. Correo electrónico: paco_syares@yahoo.es

*** Abogada especializada en Derecho Laboral y Seguridad Social integrante del grupo de investigación Protección Social y conflicto. Correo electrónico: angie_nomore@yahoo.es

cación permitiría generar una teoría que explique algunos fenómenos concretos a partir de casos representativos desde dos momentos. El primero, con el estudio del desarrollo de los elementos constitucionales implementados por la Corte Constitucional para la aplicación de los Convenios Internacionales de la OIT; y el segundo, a partir de la utilización del método de casos para analizar las situaciones en los cuales los operadores judiciales colombianos tendrán que aplicar en forma directa, los convenios internacionales de la OIT.

Al estudiar el impacto de los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia en las decisiones de los operadores judiciales, ¿pueden los operadores judiciales en Colombia aplicar en forma directa los Convenios 87 y 98 de la OIT, en los casos que se plantean en el presente informe?

Para la consecución de la respuesta a la anterior pregunta, la metodología empleada en el presente informe es el método del caso como herramienta de investigación en las ciencias sociales que permite realizar un análisis sobre la base de realidades que son conceptualizadas en el campo teórico. Esta metodología permite en forma teórica, dar herramientas argumentativas a los operadores judiciales

para la decisión de casos concretos y reales, dentro de los lineamientos de las ciencias sociales contemporáneas¹ y así establecer argumentos para la toma de decisión a través de la ficción del caso². Igualmente se utilizarán los instrumentos documentales a partir de las diferentes jurisprudencias de la Corte Constitucional que serán analizadas desde la lectura de la sociología jurídica.

Los resultados de la presente investigación demuestra que los operadores judiciales tendrán la competencia de resolver la conflictividad surgida al interior de las organizaciones sindicales y tendrán que tener en cuenta los criterios de la Organización Internacional del Trabajo a través de sus organismos de control para poder argumentar la solución de esta conflictividad, situación que será manifestada con mayor claridad en el estudio de casos³.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENIOS DE OIT

La Constitución Política Colombiana ha establecido en su artículo 53 que “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación inter-

- 1 FEYERBEND, Paul K. *For and Against Method*. The University of Chicago Press; Chicago, IL, United States; 1999
- 2 WATKINS, John. “Methodological Individualism and Social Tendencies”. Edited by Richard Boyd, P. Gasper y J.D. Trout; *The philosophy of science*; The MIT Press; Cambridge; 1991, pág. 733.
- 3 URRUTIA MONTOYA, Miguel; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana y otros. *Derechos Sindicales y Desarrollo*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2010. Esta obra no comparte el criterio expuesto, por cuanto proponen una reforma laboral para adaptar la legislación colombiana a las normas de la OIT en cuanto a la declaración de huelga por parte de las Federaciones y Confederaciones, permitir el derecho de huelga en los servicios públicos no esenciales y permitir la negociación colectiva en el sector público. En cuanto a estos temas, el grupo de protección social y conflicto considera que no es necesario producir una reforma ya que los convenios 87 y 98 de la OIT son aplicables directamente en todos los aspectos relacionados con la negociación colectiva en materia de huelga de federaciones y confederaciones. Hay suficientes criterios de los organismos de control sobre los derechos de huelga en los servicios públicos esenciales y no esenciales (comité de libertas sindical. Notas: derecho de federaciones y confederaciones 730 y 731; derecho de huelga en los servicios esenciales y no esenciales 581 a 584; de la comisión de normas notas 136 a 179).
- 4 CAVELIER, Germán. *Régimen Jurídico de los Tratados Internacionales en Colombia*; Legis; Bogotá; 2000; 3 ed.; pág. 249.

na”⁴. Colombia ha ratificado 60 convenios, de los cuales 54 se encuentran en vigor y 6 están denunciados. La Corte Constitucional ha construido algunos elementos dentro de la teoría del bloque de constitucionalidad⁵ (sustentado en el preámbulo y los artículos 1, 5, 9, 39, 53, 56, 93⁶, 94, 102 y 214 de la Carta Política) desde dos lecturas. En *stricto sensu*⁷ se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicho y a los tratados internacionales que consagran derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción. En *lato sensu*⁸, el bloque de constitucionalidad está compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para efectuar el control de constitucionalidad, es decir, la Constitución, los Tratados Internacionales (artículo 93 de la Carta), las leyes orgánicas y en algunas ocasiones las leyes estatutarias.

Para la Corte Constitucional, todos los convenios internacionales sobre derechos humanos son parte del bloque de constitucionalidad. En materia de convenios internacionales sobre el mundo del trabajo, la Corte ha decidido de manera expresa incluir algunos de los convenios ratificados o no por Colombia, en el bloque de constitucionalidad, siendo estos, parte de la Constitución Nacional.

La Corte Constitucional ha considerado que los convenios 87 y 98 de la OIT son

parte del bloque de constitucionalidad en estricto sentido. Así, cualquier disposición del Código Sustantivo del Trabajo relativa a la organización sindical y la negociación colectiva que sea contraria a los Convenios de la OIT, serán disposiciones inconstitucionales, sea por vía directa en aplicación del control de constitucionalidad por la Corte Constitucional o, por aplicación de la vía de excepción de inconstitucionalidad⁹. En caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales en virtud de lo establecido en el artículo 4° de la Constitución Política. Cuando la autoridad judicial o el funcionario público estimen que las normas existentes sean contrarias a los preceptos constitucionales, pueden decidir su inconstitucionalidad con efectos interpartes por vía de excepción y negarse a su aplicación¹⁰.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha concluido que la excepción de inconstitucionalidad puede aplicarse de oficio y como consecuencia, su utilización “no comporta un exceso en los límites materiales y personales del proceso en el cual ésta se verifica”, como tampoco el desconocimiento del valor jerárquico normativo en que se estructura el ordenamiento jurídico. La aplicación oficiosa de la excepción de inconstitucionalidad no da origen, por este sólo hecho, a una vía de hecho judicial. La excepción de inconstitucionalidad no exige necesariamente que su aplicación haya sido solicitada

5 CORTE CONSTITUCIONAL; “Sentencias: C-401/05, C-1001/05, C-047/06, A.V. C-394/07, C-228/09, C-307/09”; *Corte Constitucional* “www.corteconstitucional.gov.co/relatoria”.

6 CORTE CONSTITUCIONAL; “Sentencia T 568/99”, reiterado en Sentencia C-567/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y Sentencia C-038/04 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. *Corte Constitucional*; “www.corteconstitucional.gov.co/relatoria”.

7 CORTE CONSTITUCIONAL; “S. C-617/08, S. C-228/09, S. C-307/09”. *Corte Constitucional* “www.corteconstitucional.gov.co/relatoria”.

8 CORTE CONSTITUCIONAL; Sentencia S. C-401/05, C-1001/05, C-047/06, A.V. C-394/07, C-228/09, C-307/09, (A.V. C-394/07. *Corte Constitucional* “www.corteconstitucional.gov.co/relatoria”.

9 CHARRY URUEÑA, Juan Manuel. *La excepción de inconstitucionalidad*; Ediciones Jurídica Radar, Bogotá; 1994.

10 CORTE CONSTITUCIONALIDAD; “Sentencia C-600/98. M.P. Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO”. *Corte Constitucional* “www.corteconstitucional.gov.co/relatoria”.

por una de las partes dentro del proceso, en tanto que es una obligación del funcionario judicial declararla si la encuentra probada¹¹.

La excepción de inconstitucionalidad no es un instrumento cuya competencia solo esté en cabeza de los jueces, porque puede ser aplicada por cualquier autoridad e incluso por los particulares. Cualquier norma del ordenamiento jurídico, independientemente de su jerarquía, puede ser inaplicable si es contraria a la constitución, siendo éste el instrumento más eficiente para la defensa de la Carta¹².

Los Convenios Internacionales de la OIT N° 87, 95, 98, 100, 111¹³, 132¹⁴, 138, 151, 154, 169 y 182¹⁵ hacen parte del bloque de constitucionalidad por mandato expreso de la Corte Constitucional¹⁶ y como el estudio de caso en el presente informe se basará esencialmente en la aplicación directa de algunos de ellos, se establecerá a continuación unos criterios generales.

El Convenio 87¹⁷ de la OIT sobre derecho de asociación ratificado por Colombia mediante la Ley 26 de 1976 relativo a la libertad sindical, consagra entre sus principios el de-

recho a constituir las organizaciones que estimen convenientes y afiliarse a las mismas, sin autorización previa; el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente a sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades, el de formular su programa de acción, sin injerencia de las autoridades públicas y el derecho a la negociación colectiva libre y voluntaria. Este convenio está destinado a proteger el libre ejercicio del derecho de asociación de las organizaciones de empleadores y trabajadores frente a las autoridades públicas¹⁸.

El Convenio 98 ratificado mediante la Ley 27 de 1976 y el Convenio 154 ratificado mediante la Ley 524 de 1999 junto con su recomendación 163 de 1981, sobre el fomento de la negociación colectiva, establecen como principio general que ninguna persona debe ser objeto de discriminación en el empleo a causa de su actividad o de su afiliación sindical legítimas, siendo esta protección particularmente necesaria para los dirigentes sindicales. Estipula que la protección contra los actos de discriminación antisindical debe ser efectiva, debiendo la legislación

11 CORTE CONSTITUCIONAL; "Sentencia T-808/07. M.P. Dra. CATALINA BOTERO MARINO. C 600/98; C 492/00"; *Corte Constitucional* "www.corteconstitucional.gov.co/relatoria".

12 CORTE CONSTITUCIONAL; "Auto 035/09. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa"; *Corte Constitucional* "www.corteconstitucional.gov.co/relatoria".

13 CORTE CONSTITUCIONAL; "Sentencia T 1266 de 2008"; *Corte Constitucional* "www.corteconstitucional.gov.co/relatoria".

14 CORTE CONSTITUCIONAL. "Sentencia C 035 de 2005"; *Corte Constitucional* "www.corteconstitucional.gov.co/relatoria".

15 CORTE CONSTITUCIONAL. "Sentencia S. C-567/00, T-1303/01, C-035/05, S.P.V. C-177/05, C-465/08, C-466/08, C-617/08"; *Corte Constitucional* "www.corteconstitucional.gov.co/relatoria".

16 CORTE CONSTITUCIONAL; "Sentencia C 465 de 2008. M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA"; *Corte Constitucional* "www.corteconstitucional.gov.co/relatoria". La Corte ha establecido que el Convenio 87 de la OIT forma parte del bloque de constitucionalidad, lo cual significa que sus normas constituyen un parámetro para el juicio de constitucionalidad de las normas legales. El Convenio 87, y los demás convenios de la OIT referidos al derecho de asociación sindical y a la libertad sindical que forman parte del bloque de constitucionalidad, constituyen un parámetro complementario del artículo 39 de la Constitución.

17 VON POTOBOSKY, Geraldo. "Freedom of association: The impact of Convention No. 87 and ILO action"; *International Labour Review*: Special Issue: Labour Rights, Human Rights. Vol. 137, núm. 2 1998/2.

18 ODERO, Alberto and GUIDO Horacio. *Ilo Law on Freedom of Association: Standards and procederes*. Geneva, International Labour Office, 1995.

contener disposiciones que protejan de manera suficiente y consagrar la existencia de procedimientos capaces de garantizar que las quejas sean examinadas con prontitud, imparcialidad, economía y eficacia.

Estos convenios predicen la total independencia de las organizaciones de trabajadores de los empleadores y sus organizaciones en el ejercicio de sus actividades y viceversa. El Convenio 154¹⁹ desarrolla como eje principal el fomento de la negociación colectiva que comprende todas aquellas negociaciones que tienen lugar entre empleadores o sus organizaciones y las organizaciones de trabajadores con el fin de fijar las condiciones de trabajo y empleo y/o regular las relaciones entre empleadores y trabajadores y/o regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores. El objetivo de este convenio es estimular una negociación colectiva libre y voluntaria entre partes que representan organizaciones libres e informadas²⁰. En el mismo sentido, se ha producido el Convenio 135 y la recomen-

dación 143 de 1971 sobre los representantes de los trabajadores, incluido el despido por razón de su condición de representante²¹.

COMENTARIOS DEL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL Y LA COMISIÓN DE EXPERTOS EN APLICACIÓN DE CONVENIOS Y RECOMENDACIONES

El Comité de Libertad Sindical²² y la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones²³ han establecido criterios y principios de los Convenios 87 y 98 que son guía obligatoria²⁴ en su aplicación. Este órgano de control confronta las situaciones de hecho que se le presentan con las normas internas de los Estados, frente a las normas internacionales aplicables según los Tratados ratificados por los Estados involucrados (en este caso, la Constitución de la OIT y los Convenios sobre libertad sindical)²⁵; luego, formula recomendaciones y las somete al Consejo de Administración, que emite recomendaciones de carácter

19 GLASSNER VERA, Keune, Maarten. *Negotiating the crisis? collective bargaining in Europe during the economic downturn*, Geneve; International Labour Office–Geneva; ILO, 2010.

20 GERNIGON Bernard, Alberto Otero and GUIDO Horacio. *Collective Bargaining: Ilo Standards And The Principles Of The Supervisory Bodies*, International Labour Office, Geneva, 2000.

21 POLITAKIS George P. (Edited by), *Protecting Labour Rights as Human Rights: Present and Future of International Supervision. Proceedings of the international colloquium on the 80th anniversary of the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Geneva, 24-25 November 2006.

22 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Fifth (revised) edition Geneva, 2006.

23 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION; *Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98)*, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 81st Session, 1994, Report III, Part 4A. Geneva, 1994.

24 CORTE CONSTITUCIONAL; Sentencia C 465 de 2008. M.P. Dr. MANUEL José Cepeda Espinosa. *Corte Constitucional* “www.corteconstitucional.gov.co/relatoria” “Las decisiones del Comité de Libertad Sindical no son recomendaciones en sí mismas, sino principios orientadores de la interpretación de los Convenios de la OIT”.

25 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales En América Latina: Una Recopilación de Casos*. Programa Para Promover El Convenio NÚM. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, Ginebra, 2009.

vinculante según las normas que rigen la organización²⁶. Colombia está obligada, por ser el Estado, parte del Tratado Constitutivo de la OIT, a acatar las recomendaciones del Consejo de Administración²⁷.

Xavier Beaudonnet²⁸ indica que los comentarios o pronunciamientos de los órganos de control internacional en el caso de la OIT son guía en la interpretación y aplicación de los convenios²⁹. Estos comentarios y recomendaciones son interpretaciones con valor jurídico, por ser una lectura respaldada por la Constitución de la OIT válida hasta tanto no se acuda a la Corte Internacional de Justicia a fin de obtener una interpretación definitiva y de una aplicación de buena fe de los tratados internacionales³⁰. El análisis que hacen los organismos de control sobre los convenios 87 y 98 de la OIT, así como la conformación de principios e interpretaciones y recomendaciones sobre la aplicación en términos generales o en términos particulares, es de carácter obligatorio en su aplicación³¹ por los operadores jurídicos, mientras no haya un pronuncia-

miento contrario de la Corte Internacional de Justicia.

El anterior criterio está avalado por la propia Constitución de la OIT, por la Convención de Viena y por las decisiones de la Corte Constitucional que se han mencionado. Caso contrario sería, generar una libre interpretación de los Convenios que no pueden ser comparados a una ley interna y dada su naturaleza, la interpretación de sus órganos de control son parte de ellos y por lo tanto, de carácter obligatorio. Es así como el derecho de huelga que no aparece en ninguno de los dos convenios, surge de la interpretación de los organismos de control sobre el artículo 3° del Convenio 87³² (El Comité de Libertad Sindical es un organismo tripartito).

La Corte Constitucional ha reiterado, siguiendo los lineamientos de la Carta de la OIT, que las recomendaciones no son normas creadoras de obligaciones internacionales sino directrices, guías o lineamientos que deben seguir los Estados Partes en busca de condiciones dignas en el ámbito laboral de

26 RODGERS, Gerry; SWEPSTON, Lee; LEE, Eddy and Jasmien Van Daele. *The International Labour Organization and the quest for social justice, 1919-2009*. International Labour Organization, Geneva, 2009.

27 CORTE CONSTITUCIONAL; "Sentencia 568/99. M.P. Carlos Gaviria Díaz". *Corte Constitucional* "www.corteconstitucional.gov.co/relatoria".

28 BEAUDONNET, Xavier. *International labour law and domestic law Subtitle: Training manual for judges, lawyers and legal educators*. OIT; Turin, pág. 92. 2009.

29 INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *International Labour Conference, 77th Session 1990. Report III (Parts 1, 2 and 3): Information and Reports on the Application of Conventions and Recommendations. Summary of Reports (Articles 19, 22 and 35 of the Constitution)*. International Labour Office Geneva 1990.

30 *Ibid.* pág. 93 y 94.

31 SERVAIS, Jean-Michel. *International labour law*. Kluwer Law International B.V, The Netherlands, pág. 71. 2009.

32 Esta posición es contraria a lo expresado por los autores Fanny Ramírez en su obra: *Cartilla guía Utilización NIT en decisiones judiciales: Proyecto Promoción de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo - OIT*. Bogotá OIT 2010. pág. 28. y MOLINA MONSALVE, Carlos Ernesto. *La Utilización del Derecho Internacional por los jueces colombianos, en la solución de litigios laborales*. En: VIII Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. VIII Américas Regional Congress of Labor and Social Security Laws. XXVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Memorias. Cartagena de Indias, Mayo 25 al 28 de 2010, que consideran que las recomendaciones de los organismos de control sobre los convenios 87 y 98 de la OIT no son de carácter obligatorio para operadores judiciales sino como fuentes interpretativas.

sus países³³, pero en algunas ocasiones las recomendaciones que emiten los órganos de control sí son vinculantes³⁴.

Los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (artículo 93 Constitución Política) por lo que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar los tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer e interpretar su alcance y el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales³⁵ (en el caso de los Convenios 87 y 98 de la OIT, precisamente desarrolla el ejercicio del derecho de asociación sindical).

Todo tratado de derechos humanos ratificados por Colombia, que se refiera a derechos constitucionales, tiene rango constitucional y hace parte del bloque de constitucionalidad para determinar el alcance y contenido de los derechos constitucionales³⁶, por ello, si las normas sobre derecho de asociación sindical y negociación colectiva del Código Sustantivo del Trabajo, son contradictorias con los convenios 87 y 98 de la OIT, estos convenios se aplicarían de forma directa sobre el mismo Código.

La contradicción jurídica entre la Constitución Política, los convenios 87 y 98 de la OIT y el Código Sustantivo del Trabajo (Decretos 2663 y 3743 de 1950 adoptado por la Ley 141 de 1961 como legislación permanente), es por la existencia de dos modelos jurídicos de organización sindical y de negociación colectiva. El modelo del código se caracterizaba por ser un modelo interventor de las

estructuras orgánicas y funcionales de las organizaciones sindicales, creando un control de aplicación obligatoria como fue el caso de la Resolución 4ª de 1952 que establecía la obligatoriedad de acogerse a la proforma de los estatutos sindicales. Este Código establecía un control de reconocimiento jurídico y una intervención por parte del ejecutivo en la solución de los conflictos colectivos por medio de tribunales de arbitramento obligatorios, creando formalismos en la negociación colectiva y en la declaratoria de ilegalidad o legalidad de los ceses de actividades. Desde el año 1991 con la expedición de la Constitución Política, este modelo comenzó a ser transformado por la Corte Constitucional en las decisiones de declaratoria de inconstitucionalidad o de constitucionalidad condicionada en algunos casos, para llegar a establecer el nuevo modelo jurídico sindical colombiano y de negociación colectiva a partir del convenio 87 y 98 de la OIT, que tienen como característica el ser un modelo autónomo a partir de la voluntad de las partes.

DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS DE OIT EN MATERIA DE DERECHO LABORAL COLECTIVO

Algunas de las decisiones de inconstitucionalidad o constitucionalidad condicionada se contemplan en casos como los de las sentencias: SU-342/95, C-096/93, C-593/93, C-009/94, C-110/94, C-473/94, C-548/94, C-085/95, C-450/95, C-075/97, C-432/96, C-542/97, C-271/99, C-385/00, C-569/00, C-1491/00, C-201/02, C-063/08, C-567/00,

33 CORTE CONSTITUCIONAL; "Sentencia T-568/99. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Sentencia C-200/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis". *Corte Constitucional* "www.corteconstitucional.gov.co/relatoria".

34 *Ibidem*.

35 CORTE CONSTITUCIONAL; "Sentencia C-010/00. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T-1319/01 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes". *Corte Constitucional* "www.corteconstitucional.gov.co/relatoria".

36 CORTE CONSTITUCIONAL; "Sentencia C-038/04. M.P. Eduardo Montealegre Lynett." *Corte Constitucional* "www.corteconstitucional.gov.co/relatoria".

C-797/00, C-1050/01, C-449/05, C-1188/05, C-311/07, C-349/09, C-674/08, C-280/07, C-695/08, C-734/08, C-466/08, C-467/08, C-621/08, C-627/08, C-672/08, C-674/08, C-732/08, C-465/08, C-466/08, y C-1234/05.

La sentencia C 465/08³⁷ declaró la exequibilidad del artículo 370 del Código Sustantivo del Trabajo entendiendo que el depósito de la modificación de los estatutos sindicales cumple exclusivamente funciones de publicidad, sin que ello autorice al Ministerio de la Protección Social para realizar un control previo sobre el contenido de la reforma. La comunicación de los cambios aprobados por un sindicato en su Junta Directiva ante el Ministerio equivale al depósito de una información ante él, por lo que la administración no puede negarse a inscribir a los miembros de la Junta Directiva que han sido nombrados con el cumplimiento de los requisitos exigidos porque constituiría una injerencia indebida de la administración en la vida interna de las organizaciones sindicales. La Corte Constitucional ha señalado que en caso de conflictividad interna de una organización sindical sobre estatutos sindicales o nombramiento de representantes de trabajadores, debe acudir a la justicia laboral para que sea quien decida sobre el asunto.

La Sentencia C-858/08³⁸ de la Corte Constitucional con fundamento en el artículo 3° del Convenio 87 de la OIT en el cual las organizaciones sindicales establecerán sus planes de acción en defensa de los intereses de sus afiliados de conformidad con el artículo 10° del mismo Convenio, ha señalado varios tipos de huelga como defensa de sus intereses. En esta decisión, la Corte Constitucional declara exequible el artículo 429 literal

e) en la expresión “con fines económicos y profesionales propuestos a sus patronos” y “cuando persiga fines distintos de los profesionales o económicos” contenida en el literal b) del artículo 450 de la misma norma, en el entendido de que tales fines no excluyen la huelga atinente a la expresión de posiciones sobre políticas sociales, económicos o sectoriales que incidan directamente en el ejercicio de la correspondiente actividad, ocupación, oficio o profesión.

La Corte Constitucional ha aplicado los Convenios 87 y 98 de la OIT, en algunos casos en forma directa³⁹, para resolver la inconstitucionalidad o no de una norma del Código Sustantivo del Trabajo, en otros casos, los ha utilizado para interpretar o desarrollar principios utilizándolos como argumentos para la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas del Código.

En los casos planteados en este informe se aplican de manera directa los Convenios 87 y 98 de la OIT y las recomendaciones de los órganos de control en preferencia a las normas del Código Sustantivo del Trabajo en uso de la excepción de inconstitucionalidad.

METODOLOGÍA DE CASOS

Hoja caso núm. 1: ejercicio del derecho de asociación sindical. Aplicación del artículo 2° del Convenio 87 de la OIT en forma directa frente a la conformación de un sindicato compuesto por trabajadores con contrato de trabajo, contrato de prestación de servicios y contratos de trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que prestan su servicio en una misma empresa.

37 CORTE CONSTITUCIONAL. “Sentencia C-465/08. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa”; *Corte Constitucional* “www.corteconstitucional.gov.co/relatoria”

38 CORTE CONSTITUCIONAL. “Sentencia C-858/08 M.P. Nilson Pinilla Pinilla” *Corte Constitucional* “www.corteconstitucional.gov.co/relatoria”.

39 La Corte Constitucional ha aplicado de manera directa los Convenios de la OIT. Al respecto véase: Corte Constitucional Sentencia C-381 de 2000.

Caso: En una empresa X, un grupo de personas compuesto por 15 trabajadores con contrato de prestación de servicios⁴⁰, 15 personas que prestan sus servicios a través de una cooperativa de trabajado asociado⁴¹ (no vinculados laboralmente en la empresa) y 15 trabajadores con contrato de trabajo fundan una organización sindical. En sus estatutos sindicales establecen que pueden ser afiliados a su organización, cualquier persona natural que preste sus servicios en la empresa X. Fundada la organización sindical, el Ministerio de la Protección Social procede a realizar la inscripción de conformidad con el artículo 365 del Código Sustantivo del Trabajo y la Sentencia C-465/08.

Frente a esta situación, se solicita ante la Jurisdicción Laboral la nulidad del Estatuto Sindical en relación con la cláusula de los afiliados y como consecuencia, la cancelación

del registro sindical de la nueva organización sindical por no reunir el número mínimo de afiliados con fundamento en los artículos 12, 353, 356 y 359 del Código Sustantivo del Trabajo.

Referentes normativos para la decisión del Operador Judicial. Constitucionales. Artículos 1, 5, 9, 39, 53, 56, 93⁴², 94, 102 y 214 de la Constitución Política. **Legales.** Ley 26 de 1976 por medio de la cual se ratifica el Convenio 87, Ley 27 de 1976 por medio de la cual se ratifica el Convenio 97 en su artículo 1° de la OIT, Código Sustantivo del Trabajo, artículo 353, 356 y Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, artículos 2° y 13. Ley 79/88 Decreto 468/90 y Decretos 4588/06 y Ley 1233/08. **Jurisprudencia nacional aplicable:** Sentencias C-465/08, T-1328/01, C-211/00, T-445/06, C-154/96, C-674/08⁴³. Decisiones del Comité de Libertad Sindical

40 CORTE CONSTITUCIONAL. “Sentencia C-739/02”; *Corte Constitucional*, “www.corteconstitucional.gov.co/relatoria”. Igualmente pueden ejercer el derecho de asociación sindical todos los trabajadores en una empresa, ya sean contratistas independientes, intermediarios, trabajadores ocasionales o transitorios, trabajadores con contrato de trabajo a domicilio, teletrabajadores, trabajadores remitidos por agencia de colocación de empleo o trabajadores en misión, trabajadores de outsourcing.

41 Sobre el caso de los trabajadores cooperativos, la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones en el año 2008 en su informe recomienda “la Comisión pide al Gobierno [de Colombia] que tome las medidas necesarias para garantizar explícitamente que todos los trabajadores sin distinción, incluidos los trabajadores de las cooperativas y de otras figuras contractuales, independientemente de la existencia de un vínculo laboral, pueden gozar de las garantías del convenio”. Así mismo, el Comité de Libertad Sindical de la OIT en tratándose del Caso 2051 de Colombia pide al Gobierno que vele por garantizar que la figura de las cooperativas de trabajo asociado no se utilice para encubrir la realidad de la empresa y auténticas relaciones de trabajo con la finalidad de perjudicar a las organizaciones sindicales o a sus afiliados. Sin embargo, el concepto emitido por el Ministerio de la Protección Social en la oficina Jurídica y de apoyo legislativo el 24 de julio de 2008, en contra de la OIT, ha señalado que “los asociados a una cooperativa no pueden ejercer el derecho de negociación colectiva ni votar la huelga, entre otras cosas por cuanto al ser el asociado a la vez dueño de la empresa, no existe posibilidad legal de presentar un pliego de peticiones”. En el 2009 en la 88ª reunión, la comisión nuevamente pide al gobierno de Colombia se analice la situación de los trabajadores de las cooperativas asociadas sobre el derecho de sindicalización.

42 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-568/99. *Corte Constitucional* “www.corteconstitucional.gov.co/relatoria”. Dicho pronunciamiento ha sido reiterado por la Corte en Sentencia C-567/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y Sentencia C-038/04 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

43 “Es bueno recordar que entre la libertad sindical y la democracia existe una dependencia mutua que, incluso, puede verse como una relación circular, pues es evidente que sólo en estados democráticos puede garantizarse la verdadera eficacia del derecho a constituir organizaciones sindicales para la defensa de los derechos comunes de un oficio o profesión y que el ejercicio del derecho a la libertad sindical contribuye a afianzar y consolidar la democracia en una sociedad”. *Corte Constitucional* “www.corteconstitucional.gov.co/relatoria”.

y de la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones. Recomendación 169 de la OIT y la Declaración de Principios de 1968 de la OIT. **Otras leyes internacionales.** La Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 20.1 y 23.4, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXII, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 22.1, 22.2, y 22.3; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 8 a) y d) ratificado mediante la Ley 74 de 1968; Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de de derechos económicos sociales y culturales (Protocolo de San Salvador); Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 16.1, 16.2 y 16.3 ratificado mediante la Ley 16 1972.

Análisis del operador judicial. El operador judicial laboral debe analizar su competencia para anular una cláusula de un estatuto sindical contradictorio de la Constitución Nacional y las leyes para ordenar la cancelación del registro sindical. El artículo 2° del Código Procesal Laboral modificado por la Ley 712/01 dispone que los jueces laborales son competentes del análisis de los estatutos sindicales porque el ejercicio del derecho de Asociación Sindical está vinculado al mundo del trabajo (no necesariamente a la formalidad de vinculación por contrato de trabajo sino también por otro tipo de vinculación que determine una actividad laboral en la empresa). Cualquier conflictividad que se origine de la actividad laboral debe ser solucionada ante la jurisdicción especial laboral, de conformidad con la decisión de la Corte Constitucional. El juez laboral decidirá la legalidad o ilegalidad de los estatutos

sindicales. Si los estatutos son ilegales por permitir la afiliación de trabajadores no vinculados laboralmente a la empresa mediante contrato de trabajo, ordenará la cancelación del registro sindical. Es necesario resaltar que el operador judicial deberá tramitar este asunto por el proceso ordinario laboral y no por aplicación del artículo 380 del Código Sustantivo del Trabajo sobre disolución, liquidación y cancelación de la inscripción del registro sindical que se debe usar exclusivamente para las violaciones de las prohibiciones del sindicato, artículo 379 del Código como una sanción determinada judicialmente.

Frente a la legalidad o ilegalidad de las cláusulas del Estatuto Sindical se debe tener en cuenta que el artículo 2° del Convenio 87⁴⁴ de la OIT ratificado por Colombia, mediante la Ley 26 de 1976, establece que “los trabajadores y los empleadores sin ninguna distinción y sin autorización previa tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes así como el de afiliarse a éstas con la condición de observar los estatutos de las mismas”. El artículo 3° establece que “las organizaciones de trabajadores y empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, elegir libremente a sus representantes, organizar sus actividades y formular su programa de acción. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal”.

Al respecto el Comité de Libertad Sindical en sus notas 216, 209, 254, 255, 258, 260, 261, 262, 263⁴⁵ interpretando el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, reitera el derecho que tienen todos los trabajadores, sin ninguna

44 DUNNING, Harold. *The origins of Convention No. 87 on freedom of association and the right to organize.* In: INTERNATIONAL LABOUR REVIEW: Special Issue: Labour Rights, Human Rights. Vol. 137, núm. 2 1998/2.

45 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO.* Fifth (revised) edition Geneva, 2006.

distinción, de constituir libremente las organizaciones que estimen convenientes y de afiliarse a las mismas. La comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones⁴⁶ de la OIT en sus notas 45 y 46, ha interpretado como principio general que todos los trabajadores sin importar su forma de vinculación pueden ejercer el derecho de asociación sindical.

No obstante, la aplicación directa del artículo 2 del Convenio 87 de la OIT, es necesario resaltar que el artículo 39 de la Constitución Nacional así como los artículos 353 y 356 del C.S.T. no establecen como condición para el ejercicio del derecho de asociación sindical estar vinculado mediante contrato de trabajo en una empresa.

A lo anterior, el operador judicial se encuentra ante la situación de que las normas sustantivas del trabajo han establecido que las organizaciones sindicales son organizaciones de trabajadores, utilizando este término para las personas naturales vinculadas laboralmente mediante contrato de trabajo, siendo normas contrarias al Convenio 87 de la OIT. A este efecto, pueden ejercer el derecho de asociación sindical todos los trabajadores en una empresa, ya sean contratistas independientes, intermediarios, trabajadores ocasionales o transitorios, trabajadores con contrato de trabajo a domicilio, teletrabajadores, trabajadores remitidos por agencia de colocación de empleo o trabajadores en misión y trabajadores outsourcing.

En el caso planteado, el operador debe darle preferencia al Convenio de la OIT frente a las normas del Código y declarar los estatu-

tos sindicales de la organización sindical conforme a lo consagrado en la constitución, las leyes y el bloque de constitucionalidad.

Hoja de caso núm. 2⁴⁷: *conflictividad interna sindical*. Aplicación del artículo 3° del Convenio 87 de la OIT en forma directa frente a la autonomía de las organizaciones sindicales en la redacción de los estatutos sindicales.

Caso: Un grupo de trabajadores funda una organización sindical y establece en sus estatutos sindicales lo siguiente: “el periodo de la Junta Directiva será de diez años y será designado por el presidente de la organización sindical”. En una organización sindical hay cambio en su Junta Directiva y los nombramientos se producen, según algunos miembros de la organización, contrariando los estatutos sindicales. Los trabajadores acuden ante el operador judicial porque la organización sindical ha nombrado dos juntas directivas y existe duda acerca de la legalidad de algunas de ellas, contrariando los estatutos sindicales.

Algunos trabajadores solicitan ante el juez laboral la nulidad de las cláusulas de los estatutos sindicales por contradecir el artículo 391 del Código Sustantivo del Trabajo sobre la elección de la Junta Directiva de conformidad con la sentencia C-466/08. Esta sentencia declara inexecutable la norma “en papeleta escrita y aplicando el sistema de cociente electoral”, por lo tanto, la organización sindical debe aplicar algún sistema de elección democrática, esto es, con la participación de sus afiliados y los periodos de los representantes sindicales, estarán de conformidad con este principio.

46 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98), Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 81st Session, 1994, Report III, Part. 4A.* Geneva, 1994.

47 Téngase en cuenta todos los elementos utilizados sobre competencia y la aplicación directa del Convenio 87 y 98 de la OIT para los casos que a continuación se plantean.

Referentes normativos para la decisión del operador judicial. *Constitucionales:* artículos 1, 5, 9, 39, 53, 56, 93⁴⁸, 94, 102 y 214 de la Constitución. *Legales:* Ley 26 de 1976 por medio de la cual se ratifica el Convenio 87 de la OIT; artículo 3°. *Jurisprudencia Nacional Aplicable.* Sentencia C-466/08, C-674/08. Decisiones del Comité de Libertad Sindical y Comisión de Expertos. Recomendación 169 de la OIT, la declaración de principios de 1968 de la OIT.

Análisis del operador judicial. Una vez analizada la competencia del operador judicial⁴⁹, el Convenio 87 de la OIT en su artículo 3°, permite a las organizaciones de trabajadores y empleadores constituir las organizaciones que estimen convenientes y el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos dentro del principio de democracia sindical. Al respecto, el Comité de Libertad Sindical en sus notas 369 a 383⁵⁰ y la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones⁵¹, han establecido que las organizaciones sindicales gozan de plena autonomía para redactar sus estatutos sindicales y son libres de elegir a sus representantes. Adicionalmente, estas representaciones deben ser designadas de conformidad con el principio de democracia sindical, donde pueden participar todos los afiliados. Un periodo de diez años es

contrario al principio de democracia sindical, sin que esto se oponga a la posibilidad de la reelección de los representantes de los trabajadores de conformidad con sus estatutos. El operador judicial aplicará directamente el principio de democracia sindical consagrado como elemento esencial del Convenio 87 de la OIT desarrollado en las notas 30 y siguientes del comité de libertad sindical donde se insiste en que el sistema democrático es fundamental para el ejercicio de los derechos sindicales.

El operador judicial deberá analizar si las elecciones se produjeron de conformidad con los estatutos sindicales, aplicando las notas 440 al 453 del comité de libertad sindical⁵² y las notas 112 a la 121⁵³ de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, en la cual se recomienda que la decisión debe estar rodeada de la garantía del derecho de defensa y objetividad a fin que se preserve el derecho de los trabajadores a elegir libremente a sus representantes conforme lo dispuesto en el artículo 3° del Convenio 87 de la OIT. Con fundamento en el artículo 39 de la Constitución Política el operador deberá decretar la nulidad de las cláusulas de los estatutos por ser violatorias del artículo 3° del Convenio 87.

48 CORTE CONSTITUCIONAL. "Sentencia T-568/99". Dicho pronunciamiento ha sido reiterado por la Corte en Sentencia C-567/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y Sentencia C 038/04 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. *Corte Constitucional* "www.corteconstitucional.gov.co/relatoria".

49 Son sujetos procesales activos para poner en conocimiento de los operadores jurídicos la conflictividad interna (estatutos sindicales, elecciones de representantes sindicales,) los trabajadores afiliados al sindicato y no los empleadores o trabajadores no afiliados al sindicato.

50 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Fifth (revised) edition, Geneva, 2006.

51 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98)*, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 81st Session, 1994, Report III, Part 4A. Geneva, 1994.

52 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Fifth (revised) edition Geneva, 2006.

Hoja de caso núm. 3: Garantía del Fuero Sindical

Caso: un trabajador que presta su servicio en la empresa X por medio de un contrato de prestación de servicios es presidente de la junta directiva de la organización sindical de esa empresa. La empresa X da por terminado el contrato de prestación de servicios antes de su vencimiento por la actividad sindical con el argumento de que el trabajador no puede gozar de fuero sindical por no ser trabajador vinculado directamente con la empresa. El trabajador acude ante el operador judicial en la acción de reintegro de acción sindical.

Referentes normativos para la decisión del operador judicial. Constitucionales: artículos 1, 5, 9, 39, 53, 56, 93⁵⁴, 94, 102 y 214 de la Constitución. **Legales:** Convenio 87, 98 y 135 de la OIT., artículos 406 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo.

Análisis del operador judicial: en este caso, ¿Puede o no ejercer el derecho de asociación sindical un trabajador vinculado a una empresa mediante contrato de prestación de servicios? De conformidad con el artículo 2° del Convenio 87 de la OIT, todos los trabajadores sin ninguna distinción pueden

ejercer el derecho de asociación sindical. Al respecto, el Comité de Libertad Sindical en sus notas 262, 785, 799, 804 y siguientes⁵⁵ y la comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones⁵⁶, reitera que los trabajadores sin distinción por su manera de vinculación pueden formar y hacer parte de las organizaciones sindicales de conformidad con el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT.

El Convenio 135 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores que también es parte del bloque de constitucionalidad establece en su artículo 1° que “Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor”⁵⁷. Igualmente, la Recomendación No. 143 sobre los representantes de los trabajadores en su aparte 3°, numeral 5, establece que “los representantes de los trabajadores en la empresa deberían gozar de protección eficaz contra todo acto

53 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98)*, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 81st Session, 1994, Report III, Part 4A. Geneva, 1994.

54 CORTE CONSTITUCIONAL. “Sentencia T-568/99”. Dicho pronunciamiento ha sido reiterado por la Corte en Sentencia C-567/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y Sentencia C-038/04 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. *Corte Constitucional* “www.corteconstitucional.gov.co/relatoria”.

55 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Fifth (revised) edition Geneva, 2006.

56 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98)*, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 81st Session, 1994, Report III, Part 4A. Geneva, 1994.

57 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “C135 Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971” “www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm”.

que pueda perjudicarlos, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales representantes, de su afiliación al sindicato, o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes en vigor”⁵⁸.

El artículo 1° del Convenio 98 de la OIT reitera que “Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”⁵⁹, aplicando en el caso planteado de manera directa la estabilidad laboral del trabajador frente al empleador que le presta sus servicios. La aplicación del artículo 406 y 407 del Código Sustantivo del Trabajo al establecer en su literal C) que los miembros de la Junta Directiva y subdirectiva de todo sindicato en un número de diez están amparados por fuero sindical, por lo tanto, no podrán ser desvinculados sin que previamente un juez laboral califique la justa causa correspondiente.

Las estipulaciones de los artículos 405, 406 y 407 del Código Sustantivo del Trabajo sobre fuero sindical, no establecen que dicha garantía sea exclusiva para los trabajadores con contrato de trabajo, sino por el contrario, son para todos los trabajadores como lo establece la Constitución Nacional en su artículo 39 cuando reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión. El operador jurídico en aplicación directa de los Convenios de la OIT ordenará el reintegro y el pago de los salarios dejados de percibir.

CONCLUSIONES

El grupo de investigación de protección social y conflicto ha concluido que por los efectos producidos por las decisiones de la Corte Constitucional con fundamento en la Constitución de 1991, en lo relacionado con el mundo de las organizaciones sindicales y la negociación colectiva en Colombia primero: a la fecha (año 2010) es competencia de la jurisdicción laboral resolver la conflictividad que se presente al interior de las organizaciones sindicales como estatutos sindicales, reformas, nombramientos de Junta Directiva. Su argumentación legal será a partir del Convenio 87 de la OIT y los comentarios de sus organismos de control.

Segundo: el ejercicio del derecho de asociación sindical en Colombia, de conformidad con el artículo 1 del Convenio 87 de la OIT, puede ser ejercido dentro de los términos del derecho de asociación positivo, es decir, por todo el mundo del trabajo en Colombia (entiéndase mundo del trabajo todas las personas que ejercen un trabajo subordinado o no, formal o informal, independiente, por contrato de prestación de servicio, vinculado por cooperativas asociativas de trabajo, etc.).

Tercero: la conflictividad relacionada con la negociación colectiva y el ejercicio del derecho de huelga frente a su legalidad o ilegalidad, igualmente sigue siendo competencia de los jueces laborales (Ley 1210 de 2008), sin embargo, los criterios sobre el ejercicio del derecho de huelga, esto es, criterios sobre los servicios públicos esenciales, huelga de pliego de peticiones, huelga de no pago de las obligaciones laborales, o huelga de solidaridad, se decidirán de conformidad con los Convenios 87, 98, 151, 135 y 154 de la OIT, y a los comentarios de los organismos de control de la OIT.

58 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “R143 Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971” “www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm”.

59 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “C-98. Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949” “<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>”.

Finalmente, se reitera que no es necesario establecer reglamentaciones o producir nuevas normas en estas materias por la aplicación directa de los Convenios 87 y 98 de la OIT en la solución de los conflictos jurídicos en estos asuntos. Basta que los operadores conozcan, profundicen la aplicabilidad de los convenios 87 y 98 de la OIT y las decisiones de los organismos de control para actuar de conformidad con estos criterios en la toma de decisiones, bien sea por las decisiones de la Corte Constitucional en las declaraciones de inconstitucionalidad en algunos casos, o en la declaratoria de constitucionalidad condicionada en otros, o aplicando la excepción de inconstitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCAND, Sebastien, MUÑOZ GRISALES Rodrigo, FACAL, Joseph, DUPUIS, Jean-Pierre. *Sociología de la Empresa, Del Marco Histórico a las Dinámicas internas*, Bogotá: Siglo de Hombres editores, 2010.
- ARCHILA NEIRA, Mauricio. *Idas y venidas Vueltas y Revueltas, Protestas Sociales en Colombia, 1858-1990*, Bogotá, D.C., 2003.
- BEAUDONNET, Xavier. *International labour law and domestic law Subtitle: training manual for judges, lawyers and legal educators*. OIT; Turin, 2009.
- BERNARDO BATIZ, Jorge Alonso y otros. *Los derechos humanos y los retos del nuevo milenio*. México, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores. 2000.
- CASTAÑO, Hugo López. *Ensayos sobre Economía Laboral Colombiana*, Bogotá, 1996.
- CASTILLO, Juan José. *La Soledad del Trabajador Globalizado. Memoria, Presente y Futuro*, Editorial Catarata, 2008.
- CHARRY URUEÑA, Juan Manuel. *La excepción de inconstitucionalidad*, Ediciones Jurídica Radar, Bogotá, 1994.
- CAVELIER, Germán. *Régimen Jurídico de los Tratados Internacionales en Colombia*. Legis, 3 ed, Bogotá, 2000.
- CUELLAR, María Mercedes. *Los Sindicatos y la Asignación del Ingreso en Colombia, Un Siglo de Historia Laboral*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Asobancario, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2009.
- CUESTA, Laura. *Impacto de los sindicatos en Colombia: ¿Mayores salarios y más desigualdad?*, Documento CEDE 2005-45 ISSN 1657-7191, Edición electrónica, 2005.
- CORREA HENAO, Magdalena. *Libertad de Empresa en el Estado Social de Derecho*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- CORTE CONSTITUCIONAL, “www.corteconstitucional.gov.co/relatoria”.
- DELGADO SALAZAR, Ricardo. *Acción Colectiva y Sujetos Sociales. Análisis de los Marcos de Justificación Éticos-Políticos de las Organizaciones Sociales de Mujeres, Jóvenes y Trabajadores*, Bogotá D. C., 2009.
- DUNNING, Harold. *The origins of Convention No. 87 on freedom of association and the right to organize*. In: INTERNATIONAL LABOUR REVIEW: Special Issue: Labour Rights, Human Rights. Vol. 137, núm. 2 1998/2.
- FEYERBEND, Paul K. *For and Against Method*. The University of Chicago Press, Chicago, IL, United States, 1999.
- GLASSNER VERA, Keune, Maarten. *Negotiating the crisis? collective bargaining in Europe during the economic downturn*; Geneve, International Labour Office. Geneva, ILO, 2010.
- GERNIGON Bernard, Alberto ODERO and Horacio GUIDO. *Collective Bargaining: Ilo Standards And The Principles Of The Supervisory Bodies*; Geneva, International Labour Office, 2000.

GONZÁLEZ HERAZO, Edgardo Rafael. *La Difícil Libertad Sindical y Las Relaciones de Conflicto en Colombia, Estudio de Derecho Comparado*, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2010.

Homenaje al Doctor LÓPEZ GUERRA, Guillermo. *Evolución y Tendencias de las Relaciones Laborales en Colombia*, Colegio de Abogados del Trabajo, 2006.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *International Labour Conference, 77th Session 1990. Report III (Parts 1, 2 and 3): Information and Reports on the Application of Conventions and Recommendations. Summary of Reports (Articles 19, 22 and 35 of the Constitution)*. International Labour Office Geneva, 1990.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. Fifth (revised) edition Geneva, 2006.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION; *Freedom of Association and Collective Bargaining: General Survey of the Reports on the Freedom of Association and the Right to Organize Convention (No. 87), 1948 and the Right to Organize and Collective Bargaining Convention (No. 98)*, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, 81st Session, 1994, Report III, Part 4A. Geneva, 1994.

LEAL BUITRAGO, Francisco. *Discurso y razón: una historia de las ciencias sociales en Colombia*. Ediciones Uniandes, Facultad de Ciencias Sociales. Fundación Social. Primera Edición, Tercer Mundo Editores, Santa Fe de Bogotá, 2000.

MEDINA CASTILLO, José Enrique. *Crisis de la Sociedad Salarial y Reparto del Trabajo*, Editorial Comares, 1999.

MELANO MATIZ, Jorge, SARKIS, Bassam. *Administración de los Conflictos Laborales, La negociación Colectiva en Colombia y la Región Andina, Colombia*, Editorial Legis, 2004.

MOLINA MONSALVE, Carlos Ernesto. *La Utilización del Derecho Internacional por los jueces colombianos, en la solución de litigios laborales*. En: VIII Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. VIII Américas Regional Congress of Labor and Social Security Laws. XXVIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Memorias. Cartagena de Indias, Mayo 25 al 28 de 2010.

NOEL, André y DEUBEL, Roth. *Discurso sindical, compromiso de la política pública de derechos humanos en Colombia*. Bogotá, Edición Aurora, 2006.

ODERO, Alberto and GUIDO Horacio. *Ilo Law on Freedom of Association: Standards and procederes*. International Labour Office, Geneva, 1995.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Aplicación del convenio núm. 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina: una Recopilación de Casos*. Programa Para Promover el Convenio núm. 169 de la OIT (PRO 169), Ginebra, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. "C135 Convenio sobre los representantes de los trabajadores, 1971" "www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm"

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. "C98 Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949" "<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>"

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. "R143 Recomendación sobre los representantes de los trabajadores, 1971" "www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm"

OSTAU DE LAFONT, Francisco. *El fin del modelo jurídico sindical*, Tesis para optar al título de Doctor En sociología Jurídica de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

PÉREZ GARCÍA, Miguel. *El servicio temporal y otras formas de contratación*, Editorial Carre-ra 7, Bogotá, 2009.

POOLE, Michael. *Teorías del Sindicalismo una sociología de las relaciones industriales*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de España, 1991.

POLITAKIS George P. (Edited by), *Protecting Labour Rights as Human Rights: Present and Future of International Supervision. Proceedings of the international colloquium on the 80th anniversary of the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Geneva, 24-25 November 2006.

RAMÍREZ, Fanny. *Cartilla guía utilización NIT en decisiones judiciales. Proyecto Promoción de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo-OIT*, Bogotá, 2010.

RODGERS, Gerry, SWEPSTON, Lee, LEE, Eddy and Jasmien Van Daele. *The International Labour Organization and the quest for social justice, 1919-2009*. International Labour Organization, Geneva, 2009.

SÁNCHEZ ÁNGEL, Ricardo. *¡Huelga!, Lucha de la Clase Trabajadora en Colombia, 1975-1981*, Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, 2009.

SANTOS, Miguel, RUESGA Benito, PÉREZ ORTIZ, Laura y otros. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Análisis económico de la negociación colectiva en España. Una propuesta metodológica. *Informes y Estudios Relaciones Laborales*, No. 83, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España, Madrid, 2007.

SERVAIS, Jean-Michel. *International labour law*. Kluwer Law International B.V, The Netherlands, 2009.

SILVA ROMERO, Marcel. "Bloque de Constitucionalidad". En: *El derecho procesal laboral*. XXVI. Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, 2005.

TABOADA IBARRA, Eunice L. *Hacia una Nueva Teoría de la Empresa, Elementos desde la Economía Institucional Contemporánea*, 2007.

TARELLO, Giovanni. *Teorías e Ideologías en el Derechos Sindical, La experiencias italiana después de la Constitución*, Editorial Comares, 2002.

URRUTIA MONTOYA, Miguel, RODRÍGUEZ FRANCO, Diana y otros. *Derechos Sindicales y Desarrollo*. Universidad de los Andes, Bogotá, 2010.

VALDÉS DALRÉ, Fernando. *Libertad de Asociación y Empresarios en los países de la Unión*, 2006.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Yolanda. *Antisindicalidad y Relaciones de Trabajo (un estudio de la conducta antisindical en la empresa)*, Editorial Universidad Autónoma de Madrid, 1994.

VÁSQUEZ SANÍN, José Luciano. *Situación de los derechos de los trabajadores en Colombia: violencia, impunidad y violación a los derechos laborales y sindicales*. Escuela Nacional Sindical, Medellín, 2009.

VON POTOBSKY, Geraldo. "Freedom of association: The impact of Convention No. 87 and ILO action", *International Labour Review: Special Issue: Labour Rights, Human Rights*. Vol. 137, núm. 2 1998/2.

WATKINS, John. "Methodological Individualism and Social Tendencies". Edited by Richard Boyd, P. Gasper y J.D. Trout; *The philosophy of science*; The MIT Press; Cambridge, 1991.

NACIÓN Y NACIONALISMO EN EL SÁHARA OCCIDENTAL: UNA PERSPECTIVA DESDE EL CONSTRUCTIVISMO *

Walter Cadena Afanador**

Mónica Rosas Márquez***

Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, D. C.

RESUMEN

Este artículo analiza el conflicto en el Sáhara Occidental desde una lectura interdisciplinaria entre el Derecho Internacional y las Relaciones Internacionales, en particular, del constructivismo. Con este propósito se presenta una breve síntesis de las vicisitudes históricas que ha enfrentado el pueblo saharauí en la construcción de nación y del apropiamiento de un discurso nacionalista, bajo la catalogación como un territorio no autónomo y en proceso de descolonización. Se hace un abordaje acerca de los conceptos de nación y nacionalismo para luego estudiar el conflicto en el Sáhara bajo la lente del constructivismo.

Palabras clave: Sáhara Occidental, nación, nacionalismo, libre determinación, constructivismo.

ABSTRACT

This article analyzes the conflict in Western Sahara from an interdisciplinary lecture

between International Law and International Relations, and particularly, of constructivism. For this purpose, we will present a brief synthesis of the historic vicissitudes that had confronted the Saharawi people during the building of their nation and their takeover of a nationalistic discourse under the cataloguing of being a non-autonomous territory and in process of decolonization. We will board the concepts of nation and nationalism to study later the Saharan conflict under the lens of constructivism.

Key words: Western Sahara, nation, nationalism, self-determination, constructivism.

INTRODUCCIÓN

El cambio es una de las constantes características que se han presentado a través de la historia de la humanidad. Es indudable que existe un progreso continuo gracias a la capacidad de mejoramiento del ser humano, desarrollando nuevas tecnologías e

Fecha de recepción: 5 de agosto de 2010. Fecha de aceptación: 7 de octubre de 2010.

* Este trabajo es producto del proyecto EES-583 “Deconstrucción del Estado nación contemporáneo”, adscrito al grupo “Estudios Internacionales y Políticos” de la Facultad de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad (Faries) de la Universidad Militar Nueva Granada (Umng).

** Abogado, Magíster en Relaciones Internacionales. Docente asistente y director del Centro de Investigaciones de la Faries, Universidad Militar Nueva Granada; docente investigador de la Universidad Libre. Correo electrónico: walter.cadena@unimilitar.edu.co.

*** Investigadora del proyecto “Deconstrucción del Estado nación contemporáneo”, integrante del grupo “Estudios Internacionales y Políticos” de la Faries, Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: rosaemily14@hotmail.com.

inventos, así como mejorando su organización social y política. Esta precisamente ha sido objeto de diversas reestructuraciones, por lo que sería erróneo asegurar que el Estado-nación moderno sea el pináculo de la evolución política. Como parte de dicho proceso han surgido otras organizaciones, las cuales actualmente están siendo catalogadas como actores internacionales por lo menos en la práctica, y dichos actores *empíricos* paulatinamente se han convertido en sujetos del Derecho Internacional.

El modelo de organización política preponderante por más de cuatrocientos años ha sido el Estado-nación, pero su marco conceptual se ha venido redefiniendo, en particular a partir de dos variables como son la nación y el nacionalismo. Existe una relación casi intrínseca entre estos conceptos ya que el nacionalismo surge cuando se da la preexistencia del Estado y, así mismo, el discurso nacionalista da origen a la nación y no la inversa.

No obstante ni el Estado depende de la nación ni las naciones siempre prosperan como estados, pero los nacionalismos se valen de los elementos de la nación para la consecución de poder dentro del Estado. Es así como la etnia, la cultura, el lenguaje y la libre determinación han jugado un papel importantísimo en la formación de naciones, del mismo modo que disciplinas como la economía y la geografía han brindado elementos de explicación teórica.

El Estado-nación apareció debido a una multiplicidad de fuerzas históricas confluyentes que moldearon las formas de organización social. Esos cambios ocurrieron en Europa durante los Siglos XIII y XVI, entre los que se destaca la fractura del compromiso medieval entre la Iglesia y el poder feudal, donde la Iglesia estaba extendida por todo el mundo occidental, mientras que los príncipes feudales tenían una relación efectiva localista e incapaz de erigir reyes o emperadores que impusieran su voluntad a los distintos señores feudales (González, 2003, p. 70).

Por su parte, el concepto de nación aparece en el siglo XVIII, después de que surgen las primeras manifestaciones de nacionalismo, siendo los términos nacionalismo y nación dos conceptos emergentes en un contexto histórico en el cual se dieron grandes cambios en torno al Estado, la democracia y los derechos del ser humano. Dichas transformaciones dieron lugar a una conciencia colectiva; esto es, hacia una personalidad llevada a gran escala, que ha permitido establecer que el nacimiento del Estado-nación moderno descansa en un proceso que le reconoce mayor autonomía al individuo respecto a los vínculos con el Estado.

Dentro de los diversos cambios que se han generado después de la segunda guerra mundial, el contexto internacional se ha reconfigurado, no solo en función de las potencias hegemónicas, sino también en función de los sujetos y los actores del Derecho Internacional, planteándose una redefinición del papel del Estado.

Para efecto de este documento, se evaluarán los conceptos de nación y nacionalismo, así como el papel del Estado desde una lectura interdisciplinaria entre las relaciones internacionales y la política. Se pone como punto de análisis el caso del Sáhara Occidental, como inconcluso proceso de descolonización y como paradigmático ejemplo de un laboratorio social donde se reconstruyen los conceptos antes mencionados dentro de los imperativos del mundo contemporáneo.

Para ello se parte desde la perspectiva del constructivismo, donde se puede observar cómo la acción estatal está condicionada o es limitada por la *estructura*, la cual parte de la naturaleza de que la sociedad internacional se caracteriza por su anarquía, determinada por la distribución asimétrica del poder. Esta situación se hace manifiesta en casos como el de las pretensiones de independencia de la República Árabe Saharaui Democrática (Rasd), la cual ha visto su mayor obstáculo en el apoyo tácito hacia la contra-

parte en el conflicto, esto es, Marruecos, por parte de determinadas potencias del sistema internacional.

Desde el constructivismo los atributos materiales no tienen tanta importancia como en otras corrientes de las relaciones internacionales, ya que se valoran de manera primordial las experiencias compartidas, normas, valores e ideas.

De allí que el problema planteado apunta hacia determinar la actual naturaleza conceptual de términos como nación y nacionalismo, realizando la lectura de un estudio de caso, tomando como campo de análisis el Derecho Internacional y las Relaciones Internacionales, en particular, desde el constructivismo.

Para ello se desarrolla una metodología cualitativa, documental, de carácter sociojurídico con interpretaciones interdisciplinarias desde las relaciones internacionales, y cuyo tipo de metodología es descriptiva, histórica, lógica, explicativa, inductiva-deductiva y transdisciplinar. Para el logro de este objetivo se acude a fuentes normativas primarias y fuentes secundarias (literatura y *journals* referentes al tema).

Este trabajo tiene un propósito metodológico cuya naturaleza es ser integrador y propedéutico, ya que brinda algunas reflexiones teóricas sobre el fenómeno planteado. De esta manera el documento desarrolla el contexto del surgimiento y formación de la nación y del nacionalismo a partir del contexto histórico del conflicto en el Sáhara Occidental. Luego se hace un recorrido por la naturaleza jurídica y política de la nación y del nacionalismo, detallando sus características y proponiendo armonizaciones conceptuales en torno a los términos, siempre tomando como referencia el estudio de caso. El documento finaliza con el análisis del conflicto del Sáhara Occidental y las implicaciones estructurales e institucionales de la construcción de nación y nacionalismo a la luz del constructivismo.

EL SÁHARA OCCIDENTAL COMO TERRITORIO NO AUTÓNOMO

El espectro noticioso mundial del 8 de noviembre del 2010 estuvo copado por el desmantelamiento por parte de las autoridades marroquíes del campamento de *Agday Izik*, el cual se encontraba en proximidades de El Aaiún, capital del Sáhara Occidental. Este evento permitió sacar el tema saharauí de una bruma que lo ha venido envolviendo en los últimos 35 años, y que salvo contadas excepciones, se ha constituido en un auténtico conflicto olvidado.

Más allá de la cifra de muertos, las denuncias de violaciones a los derechos humanos y de las lecturas que se pueden dar a la intervención (legítima y necesaria desde la posición marroquí o desmedida e ilegal desde la postura saharauí), esta noticia le dio coyunturalmente al conflicto un estatus en la agenda internacional que nunca antes había tenido. Las declaraciones emanadas de diversas instancias gubernamentales, entre las que se destacan las promulgadas por el Parlamento europeo y el Congreso español, generaron una reacción del gobierno de Rabat que ha tornado más tensas sus relaciones diplomáticas. De ello dan cuenta las declaraciones de Taieb Fassi-Fihri, Ministro de Relaciones Exteriores de Marruecos, al diario *El País* de España: “Estamos en un estado de guerra en su sentido global. Tenemos enemigos que atacan los supremos intereses del país” (Bárbulo, 2010).

Lejos de hacer un recuento histórico del conflicto del Sáhara sobre el que hay abundante literatura, se parte de la premisa de que los movimientos nacionalistas saharauíes surgieron como movimientos de resistencia contra la penetración extranjera en el Sáhara Occidental. Cuando se dieron las primeras excursiones de europeos en la región a principios del Siglo XX, se hizo evidente el rechazo de los nativos. Una primera etapa se dio en los albores del Siglo XX cuando Chej Maelainin unió todas las *qabilas* (tribus) de la región para luchar contra los france-

ses, y los españoles, así como contra aquellas tribus que aceptaron la soberanía francesa. La segunda etapa correspondió a los enfrentamientos entre las fuerzas armadas nacionalistas integradas por marroquíes y saharauis contra los ejércitos francés y español en los años de 1957 y 1958. (Hernández, 2001, p. 20).

Cuando se iniciaron las campañas de liberación, el ejército que luchó contra Francia y España se denominó “Ejército de Liberación” (E.L.) y lo que pretendía era liberar el territorio del norte de África de la ocupación extranjera; no necesariamente manifestando un sentimiento particular hacia el Sáhara Occidental. De hecho el E.L. se enfrentó también en Argelia, Túnez y Libia en conjunto con las tribus de estos lugares, aunque cabe destacar que la mayoría de las luchas tuvieron lugar en los territorios del Sáhara Occidental (Hernández, 2001, pp. 20-21).

Existen diversas versiones acerca del origen y propósito de lucha del E.L. Al respecto Hodges (1983, p. 102) señala que, por ejemplo, antiguos miembros de la resistencia afirman que los hombres participaron de la resistencia porque se sintieron ligados con el monarca alauita, mientras que dentro de su discurso político el Frente Polisario (acrónimo del Frente Popular de Liberación de Saguía el-Hamra y Río de Oro) hace una interpretación independentista para las acciones del E.L., las cuales consideran que sirvieron de ejemplo a los *Tekna* y *Erguibat* (principales tribus de la región, junto con otras como los *Arosien*, los *Uld Tidrarin*, entre otros) para pensar en la posibilidad de alcanzar la independencia junto con el resto de las tribus saharianas.

En efecto, para Omar Hadrami, miembro fundador del Frente Polisario, el E.L. se dirigió al sur porque en Marruecos no tenía sentido su lucha. A pesar del argumento dado por Hadrami, la conclusión más válida sobre por qué la disputa se direccionó hacia el sur es debido a que el

territorio ocupado por las fuerzas coloniales francesas y españolas se encontraba en esa región, lo que forzó a que los guerrilleros del E.L. acudieran al apoyo de los líderes tribales beréberes del sur y, en general, de la población nómada de lo que hoy es el Sáhara Occidental. Cuando Marruecos alcanzó la independencia, no se dio un proceso de reconocimiento del E.L., lo cual generó una profunda decepción entre los que ahora eran excombatientes (Hernández, 2001, p. 22).

El proceso de descolonización del Sáhara empezó en 1956 en el seno de las Naciones Unidas (N.U.), cuando España ingresó a dicha organización. Al acogerse España a la Carta y a todo el acervo normativo del sistema de N.U., no podía mantener una dominación colonial sobre país alguno. De allí que a partir de noviembre de 1958, España se vio obligado a dar el primer paso al reconocer que poseía *provincias ultramarinas* y declaró el 7 de noviembre de 1960 que estaba dispuesta a transmitir a las N.U. información sobre estos territorios.

Al finalizar el año de 1960, la Asamblea General de las N.U., mediante la Resolución 1514, declaró la importancia de desarrollar un proceso de descolonización que otorgase, eventualmente, la independencia a las colonias, y le dio al Sáhara Occidental, en ese momento Sáhara español, el calificativo de *territorio no autónomo*. El 18 de noviembre de 1961 el representante permanente adjunto de España en las N.U. realizó, por primera vez, un informe detallado sobre el Sáhara ante la Comisión de Información sobre los Territorios no Autónomos.

El 16 de diciembre de 1965, mediante la Resolución 2072, las N.U. realizaron una petición formal a España, para que hiciera lo necesario para la liberación de la región de Ifni y del Sáhara español. Desde aquel momento, España siguió transmitiendo regularmente a las N.U. informaciones sobre el Sáhara, debido a su calidad como *territorio no autónomo*.

A finales de 1969 nació en la región el Movimiento de Liberación del Sáhara (MLS), liderado por un grupo de jóvenes nacionalistas saharauis, entre los que se destacaba Mohamed uld El Hadj Brahim uld Lebsir, conocido con el nombre de *Bassiri*, quien a la postre se convirtió en un mártir y un referente emancipatorio para los que defienden la causa saharauí. El MLS pretendía llegar a la firma de un tratado con España, en el que se reconociera la independencia del Estado saharauí y se asegurara la defensa de este durante 10 o 15 años. Estas intenciones fueron manifestadas al gobernador general del Sáhara Occidental, el cual hizo caso omiso a la propuesta (Es-Sweyih, 1998, p. 15).

A mediados de junio de 1970 algunos líderes tribales con el apoyo del gobierno español pretendían presentar una carta manifestando sus intenciones de pertenecer formalmente a España, de lo que se enteraron los integrantes del MLS, para lo cual se organizó una manifestación en El Aaiún para sabotear sus intenciones. Las autoridades españolas respondieron de manera violenta, registrándose diversos heridos. Bassiri fue detenido y esa fue la última vez que se le vio. Al respecto cabe destacar que en el 2010 dos diputados españoles iniciaron ante las autoridades españolas una solicitud para desclasificar la documentación sobre el caso Bassiri, y así conocer su desenlace y la posible responsabilidad del gobierno español. Lo que resulta claro es que el MLS abonó el terreno para que años después surgiera el Frente Polisario, principal abanderado de la causa saharauí (Hernández, 2006, p. 50).

Los órganos competentes de las N.U. reconocen al pueblo saharauí el derecho a la autodeterminación y a la independencia, dentro del proceso de descolonización. En tal sentido, el informe de octubre de 1975 emitido por la Corte Internacional de Justicia (CIJ), cuando contestó una solicitud hecha por la Asamblea General de las N.U., se ha constituido en una pieza de Derecho Internacional clave para las pretensiones independentistas saharauis. Dicha solicitud se remitía a dos

cuestiones fundamentales referentes a objeciones planteadas por Marruecos y Mauritania sobre el “Sáhara español”:

I. Determinar si el Sáhara Occidental (Río de Oro y Sakiet el Hamra) era un territorio sin dueño (*terra nullius*) cuando fue colonizada por España. La opinión general de los 16 miembros de la Corte es que no era *terra nullius*. La CIJ reconoció un proceso de colonización por parte de España, el cual inició en 1884 con la proclamación de su protectorado sobre el Río de Oro, y no de ocupación, hecho esencial para considerar a un territorio como *terra nullius*, situación que no se dio, en concepto de la Corte tal como se verifica por dos situaciones:

- a) Que en el momento de su colonización el Sáhara Occidental estaba habitado por pueblos que, aunque eran nómadas, estaban organizados social y políticamente en tribus y tenían jefes competentes para representarlos;
- b) Que España no actuó sobre la base de establecer su soberanía sobre *terra nullius*: por eso, en su decreto de 26 de diciembre de 1884, el Rey de España proclamó que estaba tomando el Río de Oro bajo su protección sobre la base de acuerdos concertados con los jefes de las tribus locales (CIJ, 1992, p. 138).

II. Establecer si era verídico que existían vínculos jurídicos, y de qué clase eran dichos vínculos, entre el Sáhara Occidental y el Reino de Marruecos y por Bihat Shinguitti (el denominado Complejo Mauritano). Se entiende por vínculos jurídicos, aquellos que puedan afectar el proceso de descolonización del Sáhara Occidental. La CIJ no aceptó la argumentación marroquí y mauritana de que los vínculos pueden referirse únicamente al territorio, dejando de lado la población. En el momento de su colonización, el territorio tenía una población dispersa, compuesta en su mayoría por tribus nómadas cuyos miembros atravesaban el desierto por rutas más o menos regulares, llegando a veces tan

lejos como el Marruecos meridional o regiones de los actuales Mauritania, Argelia u otros estados. Estas tribus profesaban la fe islámica (CIJ, 1992, p. 139).

Sin embargo, posteriores interpretaciones promarroquíes han evaluado que el concepto de la CIJ sobre este punto está de acuerdo con la posición marroquí ya que para este país el Sáhara no era *terra nullius* ya que efectivamente pertenecía a su territorio como parte del denominado Gran Marruecos, el cual incluiría además de Marruecos, al Sáhara Occidental, Mauritania y el noroeste de Mali (Roussellier, 2007, pp. 56 - 57). Ante esta postura se considera que es una posición acomodaticia en términos geopolíticos, ya que las alegaciones marroquíes antes del fallo de las N.U. apuntaban a defender que el Sáhara era *terra nullius*.

Cabe destacar que el concepto de la CIJ de 1975 sobre el Sáhara Occidental señala los siguientes hallazgos, los cuales tienen connotaciones jurídicas para la comprensión del actual conflicto:

- No existen evidencias históricas de la autoridad marroquí sobre el territorio.
- No hay pruebas fehacientes que demuestren una efectiva recaudación de impuestos en el Sáhara Occidental por parte de Marruecos o Mauritania.
- Se verificó el posible ejercicio de autoridad marroquí sobre algunas tribus Tekna, mas no sobre su totalidad, ni mucho menos, algún tipo de autoridad sobre las tribus Erguibat u otras tribus que conforman la nación saharauí.
- A pesar de que se verificó que durante la visita de Hassan I a la región de Souss, algunas tribus nómadas le demostraron lealtad al Rey, la complejidad del sistema morabita ayudó a desvirtuar una posible relación generalizada de lealtad entre las tribus saharauís hacia la monarquía marroquí.

Como resultado de que las resoluciones de las Naciones Unidas eran abiertamente ignoradas, tanto por España como por los demás países, el pueblo saharauí inició su lucha de liberación en 1973, a través de diversos movimientos independentistas, entre los que se destacó el Frente Polisario. Sin embargo, España tenía intereses económicos en la zona por lo que de manera subrepticia entregó la administración, mas no la *soberanía* sobre el territorio del Sáhara Occidental, tanto a Marruecos como a Mauritania. En tal sentido, estos países suscribieron la Declaración Tripartita en Madrid el 14 de noviembre de 1975.

Además de tratarse de un acuerdo trilateral que vulneraba los principios de la Carta de las N.U. y de las diversas resoluciones emitidas por dicha Organización sobre este territorio no autónomo, se dieron detalles que tornaron más dramáticos su naturaleza jurídica y sus efectos, como por ejemplo, que se firmó cuando el *generalísimo* Franco estaba agonizando, o que de manera irregular no fue publicado debidamente en el diario oficial español, lo cual genera ciertos vicios de forma que eventualmente afectan el fondo de su contenido. No en vano, el Departamento Jurídico de las N.U cuestionó la eficacia jurídica de la Declaración Tripartita, también conocida como Acuerdos de Madrid, deslegitimando su validez:

Los acuerdos de Madrid no han transferido la soberanía del Sáhara Occidental ni han otorgado a ninguno de sus firmantes el estatus de potencia administradora, que España no puede transferir unilateralmente (citado en Solar, 2006, p. 31).

Lamentablemente para los intereses saharauís, este pronunciamiento se dio en el 2002, esto es, 27 años después de la firma de la Declaración Tripartita.

Los tres países se aliaron y de esta manera, el Sáhara fue invadido y ocupado desde el 31 de octubre de 1975 por Marruecos y

Mauritania con la complicidad de la potencia administradora, España, generando así un largo conflicto que ha durado hasta hoy. El método empleado por Marruecos para realizar la invasión fue una marcha civil denominada *Marcha Verde*, por medio de la cual, se dio la anexión del territorio, mientras que las autoridades españolas evacuaron el territorio a través de la catalogada *Operación Golondrina*. Mientras la *Marcha Verde* penetraba por el norte al Sáhara Occidental, los saharauis asentados en El Aaiún eran cercados con alambres de espino por las tropas españolas, supuestamente, para evitar desórdenes promovidos por el Polisario. Sin embargo, lo que sucedió fue que los nativos saharauis fueron entregados a los marroquíes como “un rebaño de cabras” (Solar, 2006, p. 29).

El 27 de febrero de 1976, cuando España se retiraba del territorio, el Frente Polisario proclamó el nacimiento de la República Árabe Saharaui Democrática (Rasd), en la ciudad de Bir Lehlu, en la cual a manera de declaración de independencia se delimitaban tanto las aspiraciones políticas como la constitución de la Rasd, siendo tal el único escenario formal para el desarrollo de las aspiraciones nacionales del Sáhara (Hernández, 2001, p. 51).

Llama la atención la postura española, la cual evitó un conflicto bélico con el gobierno liderado por el rey Hassan II, pero que terminó claudicando en su rol como potencia colonizadora, a favor del gobierno marroquí. En este sentido resultan contundentes las declaraciones que dio a la prensa el coronel Luis Rodríguez de Vigüri, quien fuera Secretario General del Gobierno del Sáhara Occidental, acerca de las razones que motivaron la actuación española conforme a lo que se estableció en la Declaración Tripartita:

(...) Hay que señalar, en primer lugar, la intervención de Estados Unidos en

su doble postura de apoyar el régimen marroquí frente a la revolución argelina. La CIA intervino claramente para que el Sáhara Occidental no fuera independiente. En el aspecto económico hay que considerar la importancia del mercado internacional de los fosfatos¹, ante el creciente precio que estaba adquiriendo. Había interés en concentrar el control de este importante producto dentro de la esfera de influencia de EE.UU. Dentro del ámbito internacional estaba el señuelo de Rabat, que durante un mediano período de tiempo, cesaría de reivindicar las plazas de Ceuta y Melilla y el resto de presidios africanos. Por otro lado, existía el interés de ciertos empresarios españoles que buscaban obtener pingües beneficios reforzando sus inversiones mercantiles en el reino alauita, especialmente los armadores, tabaqueros y fosfateros. El *lobby* promarroquí estaba especializado en los negocios inmobiliarios en la Costa del Sol y representado en la Península por ex ministros de larga raigambre sindical. Es cosa conocida que (el ministro José) Solís era el representante de Hassan y ello explica que actuara de mediador (Solar, 2006, p. 26).

Marruecos y Mauritania mantuvieron su ocupación del territorio del Sáhara Occidental, paradójicamente pasando de ser colonias a ser pseudocolonizadores en el continente africano. Años más tarde Mauritania, abrumada con sus problemas internos y forzado por determinados reveses militares contra el Frente Polisario, decidió retirarse del conflicto tras la firma en 1979 de un acuerdo de paz con la Rasd. Esta favorable situación no fue efectivamente materializada por la Rasd, ya que que no hizo una ocupación real del territorio ganado ante Mauritania, esto es,

1 Actualmente la explotación de los fosfatos ha adquirido un redimensionamiento estratégico por cuanto del ácido fosfórico se puede extraer uranio.

aquella tercera parte del Sáhara Occidental del sur que había sido ocupada (González, 2003 p. 69).

A pesar de que Mauritania se retiró, Marruecos siguió ocupando militarmente más de la mitad del territorio (incluida la parte antes ocupada por Mauritania), en violación del Derecho Internacional y sin reconocimiento oficial de la comunidad internacional. Esta situación ha perdurado hasta estos días y la mayoría de los saharauis siguen viviendo en los campamentos de refugiados en la *hamada* argelina.

NACIÓN Y NACIONALISMO: ¿OASIS EN EL DESIERTO DEL SÁHARA?

Tarea ardua e inconclusa ha sido la definición de nación, como concepto generalizadamente aceptado. Se trata de un término fundacional del Estado moderno, que tiene un significado ideológico y retórico sumamente poderoso, pero que en torno al cual no existe consenso (Alter, 1989; Calhou, 2007; Connor, 1994; Hall, 1995; Motyl, 1992 y Smith, 1983). En tal sentido se ha tornado clásico el ejemplo planteado por Crossman al dar respuesta a la pregunta de qué es nación:

“Un pueblo que pertenece al mismo linaje biológico”, era la respuesta dada por un nazi, cuando en ese momento enviaba millones de judíos a los campos del exterminio. Un inglés por su parte decía: “un pueblo unido por lazos históricos, lingüísticos y culturales” mirando de reojo hacia Escocia y Gales así como a Irlanda. Los norteamericanos obviando el problema con el racismo y sus leyes migratorias definen la nación como “una reunión libre de individuos que, sin consideración alguna respecto a la raza o al lenguaje, desean vivir unidos bajo un mismo gobierno” (Crossman, 1994, pp. 17-18).

A través del mundo se han generado gran diversidad de puntos de vista que expresan diferentes experiencias históricas que han llevado a través del tiempo a la construcción de naciones en múltiples lugares del planeta (González, 2003, p. 69). Además, partiendo de las respuestas dadas por diferentes individuos, se hace evidente la razón por la cual no se puede dar un concepto universal de nación que integre los sentimientos e intereses de la totalidad de los pueblos.

Un Estado fuerte puede servir de instrumento para reforzar el vínculo nacional. Es por esta circunstancia que el prerrequisito para el estudio del Estado sea el estudio del Estado-nación, pues es sobre esta base sobre la cual se han construido la gran mayoría de posturas políticas actuales sobre el Estado (González, 2003, p. 70).

Gran parte de las naciones modernas se han desenvuelto de modo progresivo sobre la base de unos vínculos compartidos, tales como la historia, la cultura, la religión y la lengua. Para muchos nacionalistas el Estado y la nación están hechos el uno para el otro; por lo tanto el uno sin el otro son algo incompleto. Sin embargo, no cabe duda de que el Estado ha emergido sin ayuda de la nación y que no todas las naciones pueden convertirse en unidades políticas autónomas e independientes (Gellner, 1993, p. 19).

A pesar de que diversos autores han formulado una definición de nación, la definición hecha por Anderson “comunidad políticamente imaginada como inherentemente limitada y soberana” (Anderson, 1991, p. 23) se ajusta al imaginario colectivo del pueblo saharauí para denominarse a sí mismos como nación.

Para Anderson, esta definición es de raigambre antropológica, donde se dice que es imaginada ya que la población no puede conocerse entre sí pero posee una imagen de su conformación; es limitada ya que posee “fronteras finitas, aunque elásticas, más allá de las cuales se encuentran otras naciones”;

es soberana porque la nación se desprende conceptualmente del surgimiento del Estado soberano durante la época de la Ilustración y la Revolución Francesa, y se imagina como comunidad porque, si bien existen desigualdades, “la nación se concibe como un compañerismo profundo, horizontal” (Anderson, 1991, pp. 23-25).

Por otra parte y en concordancia con el objeto de este escrito, se puede afirmar que para la creación del Estado no se requiere la preexistencia de una nación; este es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica el cual fue fundado por inmigrantes. Así mismo el nacionalismo no es necesariamente la salida para la constitución de los estados (no siempre prosperan de esa manera) como se ha demostrado a través de la historia con casos como el de la nación kurda, la cual en el siglo XIX manifestó un fuerte sentimiento independentista y como respuesta a dicha manifestación en virtud del Tratado de Sèvres, firmado por los aliados con Turquía en 1920, se les prometió un Estado independiente; sin embargo, esta promesa no llegó a cumplirse.

Ante la ausencia de consistencia conceptual, autores como Wittgenstein consideran que el reconocimiento de las naciones no se da en función de una caracterización esencial establecida sino de una especie de “patrón de parecido de familia”. Algo parecido a lo que ocurrió con la casa real de los Habsburgo, la cual se caracterizó por extender el poderío del Imperio Austrohúngaro a toda la Europa continental y cuyos integrantes eran de fácil reconocimiento físico por tener un enorme mentón y en muchos casos, por heredar la *queilitis*, una inflamación crónica del labio inferior. A la manera de los Habsburgo, se puede establecer una serie de rasgos que marcan un patrón para la configuración y el reconocimiento de las naciones.

En este sentido, Calhoun propone un listado de características que determinan lo que denomina como la retórica de la nación:

1. Fronteras territoriales, de población, o ambas.
2. Indivisibilidad; la noción de que la nación es una unidad integral.
3. Soberanía, o al menos la aspiración a la soberanía y, por lo tanto, a la igualdad formal con otras naciones, generalmente como un Estado autónomo y supuestamente auto-suficiente.
4. Una noción “ascendente” de legitimidad, es decir, la idea de que el gobierno es tal sólo cuando es apoyado por la voluntad popular o al menos cuando sirve a los intereses del “pueblo” o la “nación”.
5. La participación popular en asuntos colectivos, una población movilizada en base (sic) a su pertenencia nacional (sea para actividades civiles o bélicas).
6. La membresía directa, en la que cada individuo es inmediatamente entendido como una parte de la nación y categóricamente equivalente respecto a otros miembros.
7. Cultura, incluyendo alguna combinación de lenguaje, creencias y valores en común, prácticas habituales.
8. Profundidad temporal; la noción de que la nación ha existido como tal a lo largo del tiempo, incluyendo generaciones pasadas y futuras, y tiene una historia.
9. Características raciales o un linaje compartido.
10. Relaciones históricas especiales o incluso sagradas con respecto a ciertos territorios (Calhoun, 2007, pp. 17-18).

Ya se ha mencionado la relación existente entre la nación y el Estado, la cual si bien es cierto se da de manera simultánea en la mayoría de los casos, también existen muchos

en los que no se interrelacionan. En cambio, el nacionalismo es un concepto que no coincide necesariamente, tanto en términos históricos como de contenido, con los de nación o de Estado, independiente de la concepción de la cual se parta, sea desde el Contractualismo, el Funcionalismo o del Derecho Internacional.

Como una definición básica, se puede afirmar que el nacionalismo integra tanto el movimiento político como el sentimiento, y va dirigido hacia la consecución de poder. Los movimientos nacionalistas no deben ser confundidos con la nación porque necesariamente no la representan, por lo menos no en su totalidad, sino que se vale de los recursos de la misma para alcanzar sus objetivos políticos.

Para muchos autores, el nacionalismo es una doctrina política, esto es, tal como lo define Gellner, “un principio político que sostiene que debe haber congruencia entre la unidad nacional y la política”. Para este autor, dicho principio se presenta de dos maneras: como sentimiento o como movimiento. Es un *sentimiento* nacionalista el cual se manifiesta en el estado de enojo que suscita la violación del principio en el estado de satisfacción que acompaña a su realización; y es un *movimiento por cuanto* aquel obra impulsado por un sentimiento nacionalista (Gellner, 1993, p. 13).

Si no existe consenso conceptual en torno a la nación, el panorama resulta ser más complejo frente al nacionalismo. De allí que la postura de asimilar el nacionalismo con un postulado político ha sido susceptible de amplias críticas, como la formulada por Calhoun, para quien:

“(…) el nacionalismo no es sólo una doctrina, sino un modo básico de hablar, pensar y actuar. Limitar el nacionalismo a una doctrina política (...) es limitar demasiado nuestra visión. No le hace justicia al grado en que el nacionalismo y las identidades naciona-

les moldean nuestras vidas más allá de las preocupaciones explícitamente políticas –y, en especial, más allá de la disputa acerca de la estructuración de las fronteras del Estado-” (Calhoun, 2007, p. 28).

Sin pretender hacer un recorrido a través del marco teórico del nacionalismo, se destaca la configuración del mismo como un dispositivo retórico, producto de la modernidad la cual lo ha moldeado, y viceversa. Al respecto, Kedourie señala que:

El nacionalismo es una doctrina inventada en Europa a comienzos del siglo XIX. La misma pretende proporcionar un criterio para determinar la unidad poblacional, apropiada para disfrutar de un gobierno exclusivamente propio, para el ejercicio legítimo de poder en el Estado y la organización justa de una sociedad de estados. Esta doctrina, para ser breves, sostiene que la humanidad está naturalmente dividida entre naciones, que las mismas pueden conocerse por ciertas características que pueden ser descubiertas y que el único tipo de gobierno legítimo es el auto-gobierno nacional (Kedourie, 1993, p. 1).

Así mismo, el nacionalismo es difícil de ser encorsetado en una sola teoría, ya que requiere de manera similar al término de nación, de una multiplicidad de teorías o, si se quiere, de un patrón que enmarque su caracterización. Para tal efecto, Calhoun (2007, p. 19) reconoce en el patrón conceptual del nacionalismo tres dimensiones: como discurso, esto es, como retórica cultural para la población; como proyecto, en el sentido de ser un vector político que encausa las políticas estatales y los movimientos sociales; y como evaluación, en la medida que es un imperativo ético donde se pone en concordancia los postulados ideológicos con los materiales.

En esta medida, es claro que en el caso del Sáhara Occidental, el Frente Polisario utiliza

un discurso nacionalista para alcanzar sus objetivos políticos; en este caso la creación de un Estado-nación moderno.

Es evidente que existe un sentimiento nacionalista saharauí entre la población que vive en los campamentos de refugiados en la *hamada* argelina, cerca de Tindúf, como entre muchos de los nativos saharauíes que viven en los territorios del Sáhara Occidental ocupados por Marruecos. Sin duda, al tratarse el nacionalismo de un dispositivo retórico de un valor enorme en términos de poder, es probable que haya sido exacerbado y explotado por el Frente Polisario para su propio beneficio, como elemento que fortalezca su legitimación tanto dentro de la Rasd como en el ámbito internacional.

El principio nacionalista puede ser violado de múltiples maneras. Cuando los dirigentes de la unidad política pertenecen a una nación diferente de la mayoría de los gobernados, se dice que el sentimiento nacionalista se ve afectado de manera muy concreta (Gellner, 1993, pp. 13-14). Este es el caso manifestado por el Frente Polisario, para el cual es inadmisibles someterse bajo la autoridad del gobierno marroquí, como lo fue a principios del siglo XVI someterse a la corona española cuando se dio la colonización europea en África.

La tesis mayoritaria actualmente considera que las naciones se definen en función del dispositivo nacionalista y no, como se creería, a la inversa. Ello se debe a que las condiciones sociales generales contribuyen a la existencia de culturas desarrolladas, estandarizadas, homogéneas y centralizadas, que parecen ser las depositarias naturales de la legitimidad. Es precisamente bajo estas condiciones que puede definirse a las naciones atendiendo a la voluntad y la cultura (elementos fundamentales de la nación) y, en realidad, a la convergencia de ambas con unidades políticas (Gellner, 1993, pp. 17-19).

En este sentido, la principal causa del conflicto con el pueblo saharauí surgió a partir

de la imposición de unos valores e instituciones concebidos en Europa e impuestos al resto del mundo, por medio de la colonización. La colonización española fue deficitaria en la relación costo-beneficio desde la óptica nativa. Los desarrollos en infraestructura, autosostenibilidad económica, fueron tan precarios como lo fue el estímulo de la creación de instituciones y estructuras que le permitieran a los saharauíes hacerse partícipes y actores de primer orden en la gestión del Sáhara como provincia española. Es más, los esfuerzos de España para que los saharauíes se concibiesen como parte de una comunidad imaginada hispánica fueron débiles, por no decir nulos.

La imposición del concepto de Estado-nación en África ha generado cruentos e irresueltos dilemas a lo largo de todo el continente, los cuales se ven reflejados en el Sáhara Occidental, en donde una nación claramente existente ha decidido emprender las medidas necesarias, para hacer valer su condición de proceso de descolonización inconcluso, y que permita hacer efectiva su aspiración nacionalista de consolidar un proyecto estatal.

EL SÁHARA OCCIDENTAL BAJO EL PRISMA DEL CONSTRUCTIVISMO

Es fundamental en el mundo contemporáneo, signado por la complejidad en la comprensión paradigmática, acudir de manera recurrente a la inter y trans disciplinariedad. Bajo esta premisa, se considera que la comprensión de conflictos como el que se vive hace décadas en el Sáhara Occidental, requieren miradas transversales y complementarias al Derecho Internacional. En este sentido, por la naturaleza de la temática, es necesario acudir a las relaciones internacionales como disciplina.

Actualmente, en el desarrollo del tercer –¿o cuarto?– debate epistémico que hay dentro de la teoría de las relaciones internacionales, el enfoque de mayor aceptación es de

carácter estado-céntrico, el cual niega o le resta importancia a otros actores en el sistema internacional. Dicha teoría, denominada neorrealista, sostiene que los estados se comportan como agentes egoístas y basan sus intereses en el aumento de poder y seguridad. De esta manera, los estados no cooperan sino para obtener resultados favorables para sus intereses, por lo que los grupos regionales, los procesos de integración y las alianzas son vistos únicamente como maximizadores de poder y seguridad.

En el extremo opuesto están las denominadas tesis reflectivistas, como la globalización, desde la cual se argumenta que los estados modernos tal y como se les conoce están atravesando por una reestructuración, y que van a terminar siendo relegados como actores principales del sistema internacional, por otro tipo de organizaciones de carácter económico. A pesar de que este parece ser el escenario al que apunta el sistema internacional, es un escenario que aún se encuentra bastante lejano (Sodupe, 2008, p. 211) y la evidencia empírica parece darle la razón a posturas como la neorrealista.

La globalización es un punto de divergencia entre una aproximación estado-céntrica de las relaciones internacionales y la interdependencia. Como lo señalaron teóricos como Keohane y Nye, ni los modernistas ni los tradicionalistas tienen un marco adecuado para entender las políticas de la interdependencia global. Las ideas afincadas en el fenómeno de la globalización, aunque evidentes para algunos, son todavía, precisamente eso: ideas. Como resultado de esto los análisis realizados bajo esta perspectiva, necesariamente van tener fundamentos materiales y tangibles poco consistentes.

Ninguna de las dos posturas satisface de manera integral la comprensión de casos como el del Sáhara Occidental puesto que todavía no tiene el status de estado, por lo que no se puede abordar desde el realismo o el neorrealismo y tampoco se puede analizar desde las teorías de la globalización

ya que es innegable la importancia que tiene en la actualidad ser aceptado como Estado para poder ser un actor concreto dentro de la sociedad internacional, como lo prueban las acciones emprendidas por la comunidad saharauí, las cuales ratifican la importancia de ser reconocidos en pleno como un Estado-nación.

Con base en lo anterior, se considera que para estudiar el caso del Sáhara Occidental, se debe acudir a posturas teóricas diferentes a estos postulados, como son los que aporta el constructivismo, que aunque no es propiamente una teoría de las relaciones internacionales, los autores constructivistas no descartan la posibilidad de construirla en el futuro. Su poder radica en que se configura en un aglutinador de ideas, que permite dar a la vez lecturas divergentes y convergentes de los casos analizados. Las propuestas hechas por los constructivistas se configuran como mediadoras de las posturas más extremas dentro de las relaciones internacionales, ya que por un lado no se niega la cabida de nuevos actores internacionales, así como tampoco se resta la preponderancia que todavía tiene el Estado en la escena internacional (Salomón, 2002, p. 37).

Como el constructivismo no es una teoría, está abierta y es aplicable a cualquier forma social, como son el capitalismo, la familia o el Estado. De esta manera resulta esencial especificar en qué actores (unidad de análisis) y estructuras (niveles) se está interesado. La unidad de análisis básica son los estados ya que son los actores clave en la regulación de la violencia organizada, y por ende la estructura en la que se va a centrar es la estructura del sistema de estados, la cual es relativamente autónoma frente a otras estructuras del sistema internacional moderno (Wendt, 2009, p. 193).

Desde el constructivismo no se le da tanta importancia a los atributos materiales como sí se le da a los hechos sociales, los cuales están condicionados por la acción humana y dependen para su existencia de las convenciones

socialmente establecidas (Brown & Ainley, 2009, p. 72). De allí que para este enfoque, tanto el Estado como el sistema de estados son construcciones hechas por los individuos y sus interacciones, por lo que la acción estatal está condicionada por la *estructura*, la cual, a su vez, está determinada por la anarquía y la distribución del poder, así como por el *proceso* (interacción y aprendizaje) y las instituciones. El engranaje funciona en la medida que las unidades hacen posible que funcionen sus respectivos sistemas.

Para el constructivismo, las fuerzas materiales siguen teniendo importancia, así como se cataloga que los individuos son un actor intencional, pero estos dos dependen en gran medida de las ideas compartidas en las cuales están imbuidos, y como tal la cultura es una condición de posibilidad para explicaciones de poder e interés. Por lo tanto, los análisis deberían comenzar con la cultura y luego pasar al poder y al interés (Wendt, 2009, p. 193).

Partiendo de una lectura constructivista, las ideas compartidas por la población saharauí –una especie de patrones caracterizadores acerca de la noción de nación y nacionalismo– son las que definen su cultura y su sentido de nación. Por ejemplo, la lengua, las alianzas tribales, la gastronomía, la música o elementos como el nomadismo son forjadores de ese elemento aglutinador y diferenciador que es la nación saharauí.

Frente al nomadismo, es llamativo observar que históricamente, dentro del proceso de normalización sin límites fijos, se dieron disputas entre las diversas tribus por el dominio territorial. Por ello las *qabilas* desarrollaron en su territorio un sentimiento de exclusividad, tanto negativo como positivo, considerándose, por lo tanto, dueñas del territorio (Hernández, 2001, p. 18).

Dentro de esta lectura interparadigmática desde las relaciones internacionales, un elemento conceptual que cabe destacar es el de las *comunidades epistémicas*, las cuales son en-

tendidas como “(...) una red de profesionales con reconocida experiencia y competencia en un campo determinado y un reconocido conocimiento de temas relevantes para la elaboración de política en ese terreno o área temática” (Hass, 1992, p. 3).

Para el caso del Sáhara Occidental, para el Frente Polisario la búsqueda de apoyo internacional se ha basado en buena medida en la conformación de una heterogénea red de grupos de presión que apoyan la pronta solución de este proceso de descolonización. Esta difusa pero esencial comunidad epistémica tiene la capacidad de influir gracias a su alto grado de especialización técnica (Brown & Ainley, 2009, p. 188), para que se le dé divulgación al conflicto y evitar su etiquetamiento como un conflicto olvidado, así como presionar a los gobiernos locales como a diversos actores internacionales para que se busquen salidas de solución al mismo.

Una gran diversidad de organizaciones no gubernamentales defensoras de derechos humanos, muchas de ellas especializadas en el apoyo a la causa saharauí, se han venido multiplicando en los últimos años, han puesto de relieve en la escena internacional el conflicto, esperando que con ello se logre dinamizar su solución, tal como sucedió en casos similares, como el de Timor Oriental. Sin embargo, sus esfuerzos han obtenido resultados exiguos ya que la posición anexionista marroquí ha contado con poderosos aliados en la comunidad internacional, tal como se ha manifestado en las decisiones del Consejo de Seguridad de las N.U.

Hasta el momento el Frente Polisario y, en particular, la Rasd, han optado por una tregua en la confrontación bélica (la cual ha durado casi dos décadas), por cuanto esperan la gestión de las N.U. a la luz del Derecho Internacional. No obstante los recientes acontecimientos parecen minar la paciencia del Polisario, ya que los avances han sido insuficientes y la solución satisfactoria del conflicto para las partes parece cada vez más compleja y lejana.

Un elemento de análisis fundamental para las relaciones internacionales, que debe ser evaluado para este caso en particular, es el que juega el estado de anarquía en el sistema internacional, la cual no puede tratarse como algo dado, algo que condiciona la acción del Estado o de las naciones que buscan la construcción estatal, sin que ella misma esté condicionada por la acción del Estado. Para el constructivismo, el ser humano vive en un mundo creado por la sociedad en general, por lo que la estructura es el producto de una acción humana (Brown & Ainley, 2009, p. 73).

Es evidente que una de las características de la Sociedad Internacional es su imperante -natural o creado- estado de anarquía. Sin embargo, no se pueden negar las interacciones entre los diversos actores que la conforman, así como tampoco se puede desconocer la existencia de nuevos actores diferentes de los estados, algunos de los cuales ya comienzan a pisar fuerte dentro de las discusiones acerca de si pueden ser catalogados como sujetos de Derecho Internacional. Bajo estas dos premisas se puede brindar una explicación más integral a la formación de las identidades e intereses de los actores y el papel de las instituciones en las dinámicas de cooperación del sistema internacional.

En las posturas neorrealistas-neoliberales se asume que la cooperación tiene cabida entre actores egoístas y que las identidades no importan, ni las normas que promuevan dicha interacción. Una postura diferente se percibe desde el enfoque constructivista, ya que se considera que las identidades son importantes porque las relaciones entre estados que comparten una identidad (general) no son las mismas que con aquellos con los que no se comparte identidad. De esta manera, los intereses no son simplemente variables exógenas, sino que están sujetos a cambios continuos como resultado de las interacciones con otros (Brown & Ainley, 2009, pp. 73-74).

Acogiendo la lectura constructivista, se considera que los intereses y las identidades del

pueblo saharai se definen por un pasado común y una conciencia colectiva que los liga a través de lazos lingüísticos, étnicos y religiosos. Por ejemplo, en la estructura social previa a la colonización española se distinguía entre los seminómadas integrantes de las tribus Erguibat y los sedentarios miembros de las tribus Tekna. (Hernández, 2001, pp. 16-17). Conceptos tan preciados para la nación o el nacionalismo, como son las identidades, se hacen necesarios para comprender el proceso de construcción de Estado en el mundo contemporáneo. En esta medida, una lectura transdisciplinaria del conflicto saharai queda insuficiente si no se echa mano a estos elementos constructivistas de interpretación.

Cabe anotar que frente a esta diferenciación tribal en torno al nomadismo, en la década de 1940 se inició el proceso de sedentarización en la región de Saguía el-Hamra y Río de Oro cuando las autoridades españolas perforaron nuevos pozos alrededor de los cuales se instalaron los saharauis, quienes abandonaron el nomadismo de forma rápida y masiva entre 1950 y 1960, iniciándose un proceso de explosión demográfica a finales de 1960 y principios de 1970 (Hernández, 2001, p. 23). Precisamente esta situación ha sido manipulada por el nacionalismo saharai en los campamentos de refugiados en Tindúf, ya que para evitar la disgregación del discurso construido en torno a la identidad unitaria, no se permiten las diferenciaciones tribales que rememoren los ancestros Tekna o Erguibat entre los refugiados.

Es importante mencionar cómo en gran medida gracias a las interacciones de estas tribus con una metrópoli (España) durante el proceso de colonización se generó ese reconocimiento mutuo entre estas *qabilas* como nación. Esto va en sintonía con la situación de que las interacciones de los actores definen los intereses de los mismos.

De la misma manera se observa cómo Francia ha ejercido su derecho al veto en el Consejo de Seguridad debido a las relaciones económicas que tiene con Marruecos, por lo

que sus intereses están supeditados a los intereses de Marruecos y a las interacciones de este con el Frente Polisario. No en vano en el 2007, durante la visita del presidente francés Sarkozy a Marruecos, se dio el más contundente apoyo que algún gobierno de ese país le haya dado al plan marroquí de autonomía para el Sáhara, mientras que se cerraban importantes transacciones de venta de tecnología y armamento militar así como millonarios acuerdos comerciales sobre temas energéticos y de fosfatos.

Las identidades en el sistema internacional también marcan una gran pauta en la interacción entre los estados, pues como se ha anotado, las relaciones entre los estados con ideas afines son diferentes a la relación entre estados con ideas diferentes. El proceso del Sáhara se dio en la fase más crítica de la Guerra Fría por lo que las intenciones manifestadas por la Rasd fueron tomadas como acordes con el socialismo y con los levantamientos panarabistas que triunfaban en países vecinos como Argelia; esta fue una de las principales causas para que los Estados Unidos no apoyaran la causa saharauí a pesar de que se reconocía su estatus como territorio no autónomo y la necesidad de tutelar el derecho a la libre determinación de los pueblos. De contraparte, las aspiraciones argelinas al tenor de autores promarroquíes representan una especie de tentación imperial estratocrática, de la cual emana una *pax argelina* en la región del Magreb (Cherkaoui, 2007, 20-31).

Muchas de las estructuras existentes no emanan necesariamente de la anarquía sino de la interacción entre los actores, por eso para el constructivismo se considera que es posible que exista un sistema de seguridad basado en una estructura cooperativa, en la que los estados se identifiquen positivamente entre sí y perciban la seguridad de cada uno como la posibilidad de todos, en términos de seguridad colectiva. Con relación al proceso que vive actualmente el norte de África y más concretamente la región del Magreb, se puede interpretar que las acciones empre-

didadas por Argelia con respecto al Frente Polisario responden efectivamente a esta postura constructivista.

Sin embargo, cabe anotar que la justificación oficial que esboza la política exterior argelina para apoyar la causa saharauí tanto en las instancias diplomáticas ante organismos internacionales como en brindarle protección y territorio a los refugiados en la *hamada* cerca de Tindúf, responde a intereses estrictamente de respeto de los derechos humanos y del cumplimiento del Derecho internacional en lo referente a la libre determinación de los pueblos.

El apoyo que Argelia le ha brindado de manera decidida al Polisario no lo convierte en una parte del conflicto, pero sí en un actor de primer orden, que será vital para buscar y consolidar salidas al mismo. En esta medida, Marruecos puede controlar y reprimir en los territorios anexados las manifestaciones de los saharauis inconformes con la autoridad de Rabat y del rey Mohamed VI, pero si pretendiese intervenir bélicamente contra la Rasd en los campamentos de refugiados, se desataría un conflicto internacional con un país con el que ha tenido relaciones muy tensas, que ya han desembocado en enfrentamientos bélicos.

Actualmente los intercambios comerciales así como las relaciones diplomáticas entre Marruecos y Argelia están algo menos que congelados, además de que se mantienen controversias por la demarcación limítrofe. En esta medida, se percibe que si bien es cierto dentro de una visión constructivista de seguridad colectiva que las alianzas ayudan al progreso regional, también lo es que pueden ser generadoras de conflictos de grandes proporciones.

Para Wendt los estados son actores con propósitos bajo un sentido de autoconsciencia y esto afecta la naturaleza del sistema internacional (1999, p. 194). Esa especie de *autoconsciencia* o autotutela, entendida como la búsqueda por velar los propios intereses,

es necesaria en un sistema anárquico; las posturas clásicas de las relaciones internacionales, cuando en realidad su existencia es un elemento que puede o no presentarse. Los estados recurren a la autotutela en la medida en que los demás lo hacen y en ese caso cada cual tiene que preocuparse por sus asuntos nacionales.

Este concepto constructivista de la autoconciencia de los actores del sistema internacional brinda herramientas para entender por qué los estados hegemónicos en la sociedad internacional no han intervenido de manera decidida para resolver el conflicto saharauí, ya que cada Estado vela por sus propios intereses sin preocuparse por lo que pase con otros países. Pero si cada Estado se preocupara por los demás, se podría dar un apropiado nivel de autotutela colectiva positiva, en la que el bienestar de los demás repercute en el bienestar propio.

Esto se entiende cuando se ve desde la perspectiva de constructivistas como Wendt el alcance de la autotutela como una institución y no como un rasgo de la anarquía natural del sistema internacional, ya que se concibe como “un conjunto o una estructura relativamente estable de identidades e intereses” (2009, p. 197).

CONCLUSIONES

Para el constructivismo, el Estado, más allá de ser aquel frío y predominante actor principal, posee atributos antropomórficos, por lo cual las identidades e intereses de los actores no preexisten a la interacción entre ellos, sino que se desarrollan a partir de esta. Este es el caso de la creación del Estado-nación moderno, el cual fue producto del empoderamiento de la nación, deslegitimando a las demás organizaciones políticas, como las dinastías o los reinos (Brown & Ainley, 2009, pp. 73-74).

Una vez creadas las estructuras, estas sufren un proceso de *reificación* y es por ello que

son redimensionadas al ser tratadas como algo separado de las prácticas que las producen (Salomón, 2002, p. 41). Para el caso del Sáhara Occidental, las estructuras creadas se reifican, superando y en algunos casos reemplazando el elementos de la nación saharauí.

Aunque se puede esbozar una reestructuración del Sistema Internacional, es evidente que la corriente principal de pensamiento en las relaciones internacionales es el neorealismo en sus diversas manifestaciones teóricas. Una visión estadocéntrica, signada por los niveles de anarquía en la comunidad internacional, sigue siendo la predominante, a pesar de la creciente importancia que han adquirido otros actores, como los citados grupos de presión o comunidades epistémicas, los cuales interactúan en el ámbito internacional, tal como se verifica en el caso saharauí.

Mientras los estados son instituciones, las naciones son colectividades de clases que comparten un sentido de identidad y de destino político colectivo sobre la base de aspectos comunes culturales, lingüísticos e históricos reales, imaginarios y construidos. La comunidad, como el proyecto político de formar un Estado en el que la nación es dominante, es el objetivo principal tanto del Frente Polisario como de la población saharauí que está en desacuerdo con la autoridad marroquí en los territorios de la antigua colonia española.

Pero a diferencia de casos similares como el de Timor Oriental, el Gobierno de España aún no ha asumido o no ha querido asumir con propiedad su responsabilidad como potencia administradora de un territorio no autónomo que hace parte de un inconcluso y sempiterno proceso de descolonización. Tras los sucesos recientes, sólo la presión ejercida por el Partido Popular y por parte de la sociedad española ha forzado a que el gobierno de Zapatero tenga, al menos, una posición frente a los acontecimientos sucedidos en los campamentos de *Agday Izik*.

La comparación del caso del Sáhara Occidental con el de Timor Oriental es recurrente debido a la naturaleza de los conflictos, sus características y las condiciones geopolíticas, históricas y jurídicas en que surgieron. En el caso de Timor, uno de los acontecimientos que marcaron el rumbo del conflicto fue la masacre en el cementerio de Santa Cruz en noviembre de 1991, la cual fue filmada por un periodista británico y fue objeto de un despliegue noticioso internacional que produjo un gran impacto (CAVR, Parte 3, pp. 475-486).

Si el Polisario y los aliados de la causa saharauí saben capitalizar los abusos de autoridad sucedidos en noviembre de 2010, podrían encontrar una *situación de bisagra* que permita desempantanar la apatía generada hacia el conflicto por parte de la comunidad internacional.

Mientras tanto, pareciera que entre dispositivos discursivos y retóricos como nación y nacionalismo, descolonización, autonomía y libre determinación, el conflicto del Sáhara Occidental se escurre en el tiempo, como se va la arena del desierto entre las manos.

REFERENCIAS

- Alter, P. (1989). *Nationalism*. Londres: Edgard Arnold.
- Anderson, B. (2005). *Comunidades imaginadas*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Bárbulo, T. (2010, Noviembre 27). Estamos en estado de guerra. *El País (España)*. Extraído de <http://www.elpais.com>.
- Brown, C. & Ainley, K. (2009). *Understanding international relations*. New York: Palgrave.
- Calhoun, C. (2007). *Nacionalismo*. Buenos Aires: Libros del Zorzal.
- Cherkaoui, M. (2006). *Le Sahara, liens sociaux et enjeux géostratégiques*. Oxford (R.U.): The Bardwell Press.
- Comissão de Acolhimento, Verdade e Reconciliação, CAVR. (2005). *¡Chega!* Extraído de <http://www.cavr-timorleste.org/>
- Connor, W. (1994). *Ethnonationalism*. Princeton: Princeton University Press.
- Corte Internacional de Justicia. (1992). *Resúmenes de los fallos, opiniones Consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia 1948-1991*, ST/LEG/SER.F/1. Nueva York: Naciones Unidas.
- Crossman, R. H. S. (1994). *Biografía del Estado moderno*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Es-Sweyih, M. I. (1998). *El primer Estado del Sahara Occidental*. París: Ediciones L. Harmattan.
- Galán, E. (1952). *Los conceptos de Estado y Nación, como categorías de la ciencia política y del derecho internacional*. Madrid: Instituto Editorial Reus
- Gellner, E. (1993). *Naciones y nacionalismo*. Madrid: Alianza.
- González Carvajal, P. J. (2003). "El factor geopolítico en las relaciones internacionales frente a los procesos de globalización e integración: un replanteamiento". Medellín: Lens.
- Haas, P. (1992). Introduction: epistemic communities and international policy coordination. *International Organization*, 46, 1-35.
- Hall, J. (1995). Nationalisms, Classified and Explained. En S. Periwal (comp.) *Notions of Nationalism* (pp. 8-33). Budapest: Central European University Press.
- Held, D. et. al. (2002). *Transformaciones globales: política, economía y cultura* México D. F.: Oxford University Press.
- Hernández, A. (2006). *Guerra de banderas en el Sahara*. Madrid: Entimema.
- Hernández, A. (2001). *Sahara: otras voces*. Málaga: Editorial Algazara.

Hodges, T. (1983). *Western Sahara. The roots of a desert war*. Connecticut: Lawrence Hill Books.

Kedourie, E. (1993). *Nacionalismo*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Motyl, A. J. (1992). The Modernity of Nationalism: Nations, States and Nation-States on the Contemporary World. *Journal of International Affairs*, 45, 307-323.

Rousellier, J. E. (2007). Elusive Sovereignty-People, Land and Frontiers of the Desert: The Case of the Western Sahara and the International Court of Justice. *The Journal of North African Studies*, 12, 1, 55-78.

Smith, A. (1983). *Las teorías del nacionalismo*. Barcelona: Península.

Sodupe, K. (2008). *La historia de las relaciones internacionales a comienzos del siglo XXI*. Bilbao: Universidad del País Vasco.

Solar, D. (2006). Sáhara, 30 años de conflicto sin solución. *La aventura de la Historia*, 8, 89: 24-33.

Wendt, A. (1999). *Social Theory of International Politics*, Cambridge: Cambridge University Press.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS*

Álvaro E. Márquez Cárdenas**

RESUMEN

La Corte Constitucional desde la vigencia de la Ley 906 de 2004, con sus decisiones ha venido consolidando claramente una línea jurisprudencial acerca de los alcances de los derechos de las víctimas, reconociendo oportunidades para intervenir en varias actuaciones y momentos en el proceso y enumerando una serie de derechos para los perjudicados frente a lo cual podemos considerar que las víctimas en el nuevo sistema procesal acusatorio es un sujeto procesal igual que el ministerio público, el fiscal o el imputado o acusado. El problema de investigación que orientó las indagaciones se concreta en la pregunta: ¿Cuál es la tendencia de la Corte Constitucional y la doctrina sobre los derechos de las víctimas en el nuevo sistema procesal penal colombiano? Metodológicamente se avanzó en la investigación a partir del análisis de los desarrollos normativos, jurisprudenciales y doctrinales relacionados con dicho problema.

Palabras clave: víctima, compensación, indemnización, autores, sujetos procesales, daño, perjuicio, derechos, verdad, impunidad, reparación.

ABSTRACT

The Constitutional Court since the entry into force of Law 906 2004 with its decisions has clearly consolidated a line case of law regarding the scope of victims' rights, recognizing opportunities in order to be part of several actions and moments within the proceedings and listing the rights of affected people, which it might consider victims in new adversarial system as any party to the proceedings like public ministry, the public prosecutor or the accused or defendant. Which is the tendency of Constitutional Court and the doctrine in regard to victims' rights in new Colombian criminal adversarial system? From a methodology point of view, the research was progressed taking into account the analysis of normative, jurisprudential and doctrinal developments related to that problem.

Key words: victim, compensation, syndicated, resolution of conflicts, authors, participate, judge of guarantees, restorative justice.

Fecha de recepción: 3 de octubre de 2010. Fecha de aceptación: 14 de noviembre de 2010.

* El presente artículo es el resultado de la investigación terminada denominada: Las víctimas y los mecanismos alternativos en el nuevo sistema procesal acusatorio. Línea de investigación: Derecho penal. Proyecto de investigación que se adelantó en la Universidad Militar Nueva Granada.

** Abogado. Doctor en Derecho. Universidad Complutense de Madrid, España. Especialista en criminología. Instituto de criminología, U. Complutense. Máster en Estudios Políticos, Universidad Javeriana, ex magistrado, Director del Centro de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

El problema de investigación abordado en el trabajo de investigación: “Las víctimas y los mecanismos alternativos en el nuevo sistema procesal acusatorio”, se sintetiza en la pregunta: ¿Cuál es la tendencia de la Corte Constitucional y la doctrina sobre los derechos de las víctimas en el nuevo sistema procesal penal colombiano?

METODOLOGÍA

Se trata de una metodología de investigación básica, esencialmente normativa y jurisprudencial, que pretende analizar la orientación de la Corte Constitucional sobre los derechos, facultades y oportunidades de participación de las víctimas de un delito en el nuevo sistema procesal penal de tendencia acusatoria vigente en Colombia.

RESULTADOS

1. Protección de la víctima en el nuevo Sistema Procesal Acusatorio

El sistema de protección a la víctima en el nuevo ordenamiento procesal colombiano, es decir, en el sistema acusatorio, derivado del Acto Legislativo 003 del 19 de diciembre de 2003, ha suscitado un importante debate académico frente a su implementación y desarrollo en la Ley 906 de 2004.

En nuestra legislación procesal de la Ley 600 de 2000 la víctima no es que haya sido desprotegida en sus derechos en el proceso penal, pero sus oportunidades de participación en el procedimiento se podría considerar que estaban limitadas a las de un interviniente procesal; si bien podía, en ejercicio de su actuación, entablar una acción ci-

vil en el proceso penal, podía también ejercer derecho de petición ante el funcionario judicial con el fin de obtener información o hacer solicitudes específicas, podía aportar pruebas, podía denunciar el pleito o citar al llamado en garantía, el proceso le otorgaba ciertas garantías a las víctimas a efectos de que fueran indemnizadas por los perjuicios que se les hubieren ocasionado como consecuencia de la realización de una conducta punible; pero frente al nuevo estatuto procesal la víctima adquirió un estatus de sujeto procesal con un concepto de víctima en sentido amplio y unos derechos nunca antes reconocidos en legislaciones procesales anteriores¹.

Por otra parte, un revelador avance en materia de los derechos de las víctimas en el ámbito jurisprudencial se presentó con la Sentencia C-228 de 2002 de la Corte Constitucional, en el sentido de reconocer que la víctima o perjudicado con un delito no solo tiene derecho a la reparación económica de los perjuicios, como venía ocurriendo frente a la parte civil, sino que además tiene derecho a que a través del proceso penal se establezca la verdad y se haga justicia.

Dijo al respecto la Corte Constitucional con ponencia del Dr. Manuel Cepeda y el Dr. Eduardo Montealegre:

“(…) los derechos de las víctimas y perjudicados por un hecho punible gozan de una concepción amplia no restringida exclusivamente a una reparación económica fundada en los derechos que ellas tienen a ser tratadas con dignidad, a participar en las decisiones que las afecten y a obtener la tutela judicial efectiva del goce real de sus derechos, entre otros, y que exige a las autoridades que orienten sus acciones hacia el restablecimiento integral de

1 SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés. “La reconstrucción victimológica del sistema penal: las víctimas del delito en la reforma constitucional de la justicia penal”. En revista Reforma de la justicia penal, tomo II, Bogotá, Corporación excelencia de la Justicia, 2003. pág. 103 y ss.

sus derechos cuando han sido vulnerados por un hecho punible. Ello solo es posible si a las víctimas y perjudicados por un delito se les garantizan, a lo menos, sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica de los daños sufridos.

“De tal manera que la víctima y los perjudicados por un delito tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria. Algunos de sus intereses han sido protegidos por la Constitución de 1991 y se traducen en tres derechos relevantes para analizar la norma demandada en el presente proceso:

1. **El derecho a la verdad**, esto es, la posibilidad de conocer lo que sucedió y en buscar una coincidencia entre la verdad procesal y la verdad real. Este derecho resulta particularmente importante frente a graves violaciones de los derechos humanos².
2. **El derecho a que se haga justicia** en el caso concreto, es decir, el derecho a que no haya impunidad.
3. **El derecho a la reparación del daño** que se le ha causado a través de una compensación económica, que es la forma tradicional como se ha resarcido a la víctima del delito.

“Aun cuando tradicionalmente la garantía de estos tres derechos le interesen a la parte civil, es posible que en ciertos casos, esta solo esté interesada en el establecimiento de la

verdad o el logro de la justicia y deje de lado la obtención de una indemnización...”.

Esa tendencia de mayor protección a la víctima se vio reflejada en el Acto Legislativo 03 de 2002 que en su artículo 2.º modificó el artículo 250 de la Carta que consagra las funciones de la Fiscalía General de la Nación y que en sus numerales 1, 6 y 7 dice textualmente:

- “1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.
6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.
7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa”.

Lo que se pretende con el redescubrimiento es generar un equilibrio en la relación procesal, que así como se tiene en cuenta las garantías del procesado se tengan en cuenta los derechos y garantías de las víctimas del delito, permitiendo la redefinición de los roles que desarrollan las personas dentro del drama criminal y posteriormente en el proceso de la investigación penal³. Hay que cambiar

2 Un ejemplo sería el caso de los desaparecidos en el régimen de la dictadura en Argentina, donde se había indemnizado económicamente a las víctimas quedando pendiente para estas la exigencia de saber la verdad y que se hiciera justicia. En este caso las madres de la Plaza de Mayo en La Argentina, siendo indemnizadas por la muerte de sus hijos y esposos, buscaban que se estableciera, por parte del Estado, dónde están los desaparecidos y quiénes habían tomado en adopción a sus nietos.

3 GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. *La víctima en el sistema acusatorio del nuevo Código de procedimiento penal*. En *Revista Derecho penal y criminología*. Volumen XXIV, número 74, Enero-diciembre de 2003. Homenaje a Fernando Hinestroza. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. Pág. 93 y ss.

ese criterio de que los únicos protagonistas en proceso penal son el Estado y el delincuente, porque la víctima tiene mucho que decir, hacer y contribuir a la solución del conflicto penal. De esta manera las víctimas, con voz propia y sin que nadie las sustituya, son el camino obligado para la solución alternativa al proceso penal, adquiriendo la posición que les corresponde en el trámite del proceso penal.

Las víctimas en la Ley 906, del nuevo Código de procedimiento penal, con tendencia acusatoria, encuentran una mayor consideración que en los códigos anteriores y, por supuesto, con fundamento en el reconocimiento que de los derechos de las víctimas se ha venido realizando jurisprudencialmente con las decisiones de la Corte Constitucional, como se plantea en el desarrollo del presente escrito.

2. Línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre los derechos de las víctimas

La Corte Constitucional ha construido una sólida y consistente jurisprudencia sobre el alcance constitucional de los derechos de las víctimas y perjudicados con las conductas punibles. Realizando una revisión de las sentencias de la Corte Constitucional sobre el derecho de las víctimas y siguiendo un orden cronológico, podemos mencionar las siguientes: sentencia C-293 de 1995, proferida con ocasión de la revisión de constitucionalidad del artículo 45 del Decreto 2700 de 1991 (oportunidad para la constitución de parte civil en el proceso penal): la Corte dejó sentada la tesis acerca de la superación de la concepción meramente económica de la parte civil en el proceso penal. Esta doctrina fue reiterada en la sentencia C-163 de 2000, sobre los artículos 47.7 (requisitos de la demanda de parte civil); 50 (rechazo de la demanda); y 55 parcial (sentencia condenatoria y pronunciamiento sobre los perjuicios) del Decreto 2700 de 1991.

En la sentencia C-1149 de 2001 sobre los artículos 107, 108.3 y 305 (parcial) de la Ley 522 de 1999 (Código penal militar), la Corte extendió la doctrina constitucional sobre los derechos de las víctimas, particularmente a conocer la verdad y a que se haga justicia, a los procesos de competencia de la justicia penal militar. Siguiendo esta misma tendencia, la sentencia C-178 de 2002 declaró la inexecutable de los artículos 578 y 579 (parcial) de la Ley 522 de 1999, “por la cual se expide el código penal militar”. En la sentencia T-1267 de 2001, se reiteró la doctrina sobre la superación de la concepción puramente patrimonial de los derechos de las víctimas, y el derecho a la participación activa en todo el proceso que de tal concepción se deriva.

La sentencia C-228 de 2002 profundiza en la reconceptualización de la parte civil a partir de la Constitución de 1991, realizando un completo estudio de los derechos de las víctimas y los perjudicados con el delito, señalando que éstos tienen intereses adicionales a la mera reparación pecuniaria, que es la forma tradicional en que se ha resarcido a la víctima de un delito. Desarrolla los derechos a la verdad y a la justicia a la luz de los principios de la Constitución, y del derecho internacional, particularmente del derecho a la tutela judicial efectiva; se apoya igualmente en una referencia al derecho comparado. En esta decisión se declara executable el inciso 1.º del artículo 137 de la Ley 600 de 2002, en el sentido de que la parte civil tiene derecho al resarcimiento, a la verdad y a la justicia. En la sentencia C-578 de 2002, revisión de la Ley 742 de 2002, “por medio de la cual se crea el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, se destacan la efectividad de los derechos de las víctimas y el propósito de evitar la impunidad, como razones políticas para declarar la executable de la Ley.

En la sentencia C-805 de 2002, al revisar la constitucionalidad del artículo 392 de la Ley 600 de 2000, la Corte reiteró el alcance de los derechos de las víctimas en sus dimen-

siones de verdad, justicia y reparación integral. En la sentencia C-875 de 2002, al estudiar la constitucionalidad de los artículos 45 (parcial), 48 (parcial) y 137 (parcial) de la Ley 600 de 2000, la Corte reiteró la finalidad de la parte civil en los términos establecidos en la sentencia C-228 de 2002, poniendo énfasis en que el interés de las víctimas y los perjudicados en participar en el proceso penal trasciende el campo meramente subjetivo o individual. La sentencia C-916 de 2002, al efectuar el estudio de constitucionalidad del artículo 97 (indemnización por daños) de la Ley 599 de 2000, examinó la responsabilidad civil derivada del hecho punible, con énfasis en las nuevas estrategias que se han desarrollado en el derecho comparado para garantizar el resarcimiento de los perjuicios que va desde el reconocimiento de la posibilidad de buscar la reparación de los daños a través del mismo proceso penal, en países en que no estaba permitido, hasta la creación de fondos públicos y sistemas de aseguramiento del riesgo de daño proveniente de los delitos violentos.

En la sentencia T-556 de 2002, la Corte reiteró la doctrina de los derechos de las víctimas en el proceso, con énfasis en la posibilidad de acceso a la justicia, y la protección de este derecho por vía de tutela cuando resulte vulnerado o amenazado. En la sentencia C-04 de 2003, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del numeral 3.º (parcial) del artículo 220 de la Ley 600 de 2000 sobre la procedencia de la acción de revisión. En esta sentencia se pone el énfasis en las obligaciones correlativas de investigación seria que corresponden al Estado, frente a los derechos de las víctimas no sólo a ser reparadas, sino a saber qué ocurrió y a que se haga justicia; deber que adquiere particular relevancia cuando se trata de graves violaciones de derechos humanos. En la sentencia C-451 de 2003, a propósito del estudio de constitucionalidad del artículo 323 de la Ley 600 de 2000, la Corte declaró el derecho de las víctimas a participar con plenas garantías en la fase de investigación previa.

En la sentencia C-570 de 2003 la Corte realizó un estudio sobre las especiales prerrogativas que se derivan de la constitución de parte civil dentro del proceso penal, en contraste con la reclamación mediante acciones de la jurisdicción civil; prerrogativas que se derivan del plexo de derechos que a las víctimas de los delitos se han reconocido en el ámbito penal (a saber la verdad, a que se haga justicia y a la reparación integral). La sentencia C-775 de 2003 estudió la constitucionalidad del artículo 21 de la ley 600 de 2000 sobre restablecimiento del derecho. Reiterando la doctrina sobre la trilogía de derechos de que son titulares las víctimas: verdad, justicia y reparación, destacó su valor como bienes cardinales de una sociedad que persiga un orden justo, y la interdependencia que existe entre ellos, de manera que “no es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia”.

En la sentencia C-899 de 2003 se efectuó el estudio de constitucionalidad sobre los artículos 38 (parcial), 42, 48 (parcial), 52 (parcial), 55 y 57 (parcial) de la Ley 600 de 2000. En esta sentencia se destacó la relevancia de la explícita consagración del derecho de acceso a la administración de justicia (229) en la nueva conceptualización de los derechos de las víctimas, en particular de su derecho al proceso penal.

En la sentencia T-694 de 2000, la Corte enfatizó en que los derechos de participación y de acceso a la administración de justicia le confieren a la parte civil derechos y obligaciones similares a las de los demás sujetos procesales, lo cual implica, entre otras cosas, “solicitar las pruebas que considere conducentes para el esclarecimiento de la verdad o para demostrar la responsabilidad del sindicado, así como el derecho a recurrir las decisiones que afecten sus intereses”.

En las sentencias C-014 de 2004 y C-114 de 2004, la Corte hizo extensivo el concepto de víctima y el alcance constitucional de sus derechos a los afectados por las faltas disci-

plinarias. En la sentencia C-998 de 2004, la Corte ratificó la legitimidad de la parte civil (artículo 205 de la Ley 600 de 2000) para instaurar demanda de casación contra sentencia absolutoria. En las sentencias C-1154 de 2005 (magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa) y C-1177 de 2005, la Corte declaró la exequibilidad de algunas normas de la Ley 600 de 2000, sobre archivo de diligencias (artículo 79), e inadmisión de denuncia (artículo 69), condicionando la constitucionalidad a que tales decisiones fueran notificadas a las víctimas y al denunciante, respectivamente, a fin de preservar sus derechos.

En la sentencia C-591 de 2005, se estudió la constitucionalidad de varias disposiciones de la Ley 600 de 2004, se destacó en esta sentencia la relevancia de los derechos de las víctimas dentro del modelo procesal con tendencia acusatoria instaurado mediante el acto legislativo 03 de 2002.

En la sentencia C-979 de 2005, a propósito de la demanda contra los artículos 78, 192.4, 327, 330 y 527 de la Ley 906 de 2004, la Corte realizó un pronunciamiento sobre la protección de las víctimas y los esquemas de justicia distributiva establecidos en el sistema procesal de tendencia acusatoria. En la sentencia C-047 de 2006, se estudió la constitucionalidad de los artículos 176 (parcial) y 177 (parcial) de la Ley 906 de 2004, la Corte reiteró la doctrina referida a la tensión entre el derecho al *non bis in idem* y el debido proceso contenido en la sentencia C-04 de 2003 y C-979 de 2005, señalando que “en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas

desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del *non bis in idem*”.

Es necesario destacar la sentencia 454 de 2006 donde la Corte Constitucional, con ponencia del Dr. Jorge Córdoba, reitera los amplios derechos de las víctimas, donde se precisa que no son solo meros intervinientes, sino sujetos procesales con todos sus derechos para intervenir el proceso penal, derechos como los tiene el procesado, el fiscal y el ministerio público.

3. Derechos de las víctimas en sentido amplio reconocido por la Corte Constitucional

La Corte Constitucional en dos fallos destacados, sentencia 228 de 2002 y sentencia C-454 de 2006, se ha ocupado de mencionar y reconocer que los postulados que se predicen en el derecho internacional humanitario, que se reproducen en nuestra Constitución política y que se reflejan en la Ley 906 de 2004, conllevan a precisar que los derechos de las víctimas se pueden sistematizar en el derecho a la verdad, el derecho a que se haga justicia y el derecho a la reparación; veamos como se fundamenta en la providencia C-454 de 2006.

3.1. El derecho a la verdad

Derecho a que las víctimas puedan saber lo que realmente sucedió en un acontecimiento criminal, no solo en situaciones de conflicto armado, sino frente a cualquier delito. La jurisprudencia constitucional estimó que el conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad⁴ incorpora el derecho a la verdad: el derecho

4 Esta sistematización se apoya en el “Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”. Anexo del Informe final del Relator Especial acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos. E/CN.4/Sub2/1997/20/Rev.1. Presentado a la Comisión de Derechos Humanos en 1998. Estos principios fueron actualizados por la experta independiente Diane Orentlicher, de acuerdo con informe E/CN.4/2005/102, presentado a la Comisión de Derechos Humanos.

inalienable a la verdad; el deber de recordar; el derecho de las víctimas a saber.

El primero comporta el derecho de cada pueblo a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias que llevaron a la perpetración de los crímenes. El segundo consiste en el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión como parte de su patrimonio, y por ello se deben adoptar medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado. Y el tercero determina que, independientemente de las acciones que las víctimas, así como sus familiares o allegados, puedan entablar ante la justicia, tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones, y en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima.

El derecho a la verdad presenta así una dimensión colectiva cuyo fin es “preservar del olvido a la memoria colectiva”⁵, y una dimensión individual cuya efectividad se realiza fundamentalmente en el ámbito judicial, a través del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional.⁶

Proyectando estos principios en el ámbito nacional, la jurisprudencia constitucional ha determinado que el derecho de acceder a la verdad implica que las personas tienen derecho a conocer qué fue lo que realmente sucedió en su caso. La dignidad humana de una persona se ve afectada si se le priva de información que es vital para ella. El acceso a la verdad aparece así íntimamente ligado al respeto de la dignidad humana, a la memoria y a la imagen de la víctima⁷.

Dos casos merecen mencionarse sobre la aplicación del derecho a la verdad. En Francia uno de los miembros del consejo de administración de una conocida sociedad parisina, en una junta, sin mediar al parecer provocación o situación que motivara su actuación, desenfundó su pistola y mató a los demás miembros del consejo y luego se suicidó. El proceso penal en estos casos, estiman como causal de cesación de procedimiento la muerte de la persona investigada, pues, no tiene sentido continuar una investigación penal sin tener investigado vivo a quien aplicar la pena. En este caso, a solicitud de los familiares de las víctimas se reanudó la investigación penal, no obstante la causal, con el fin de buscar la verdad de lo que había acontecido. En el caso de las madres de la plaza de mayo en Argentina, a pesar de que estas habían recibido una indemnización, sus protestas continuaron para saber por el paradero de sus hijos, padres y familiares desaparecidos, para buscar respuesta acerca de dónde se ubicaban por lo menos los restos mortales de sus allegados y para saber quiénes habían adoptado sus nietos en los años de la violencia y la dictadura en el país austral.

3.2. Derecho a que se haga justicia

Este derecho se relaciona con la garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos deberes correlativos para las autoridades, que pueden sistematizarse así: i) el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos; ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso.

La jurisprudencia constitucional ha señalado el derecho de acceso a la justicia, tiene

5 Principio 2 del Conjunto de Principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

6 Cfr., entre otras, las sentencias C- 293 de 1995 y C-228 de 2002.

7 Cfr. Sentencias T-443 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-293 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

como uno de sus componentes naturales el derecho a que se haga justicia. Este derecho involucra un verdadero derecho constitucional al proceso penal⁸ y el derecho a participar en dicho proceso penal⁹, por cuanto el derecho al proceso en el estado democrático debe ser eminentemente participativo. Esta participación se expresa en “que los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda información pertinente a la investigación y tendrán derecho a presentar otras pruebas”¹⁰

3.3. El derecho a la reparación integral del daño

El derecho de reparación, conforme al derecho internacional contemporáneo, también presenta una dimensión individual y otra colectiva. Desde su dimensión individual abarca todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, y comprende la adopción de medidas individuales relativas al derecho de i) restitución, ii) indemnización, iii) rehabilitación, iv) satisfacción y v) garantía de no repetición. En su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas.¹¹

La integralidad de la reparación comporta la adopción de todas las medidas necesarias tendientes a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, y a devolver a la víctima al estado en que se encontraba antes de la violación.

La Ley 906 de 2004 trae como una de sus novedades la posibilidad de que las víctimas como los procesados tengan la oportunidad de acudir a los mecanismos de justicia restaurativa como la conciliación preprocesal y la mediación.

4. Actuaciones de las víctimas como sujeto procesal en el nuevo Sistema Procesal Acusatorio

4.1. Derecho a solicitar pruebas

De nada vale tener unos derechos reconocidos en el proceso penal y hacer parte del mismo sino se puede pedir pruebas para sacar adelante las pretensiones. Este cuestionamiento fue el que se presentó y ocupó la Corte en la sentencia C-454 de 2006; el demandante cuestionaba la constitucionalidad del artículo 357, donde no se acusa una omisión legislativa, que el actor vincula con el contenido normativo de la disposición demandada, consistente en la exclusión de los representantes de las víctimas de la posibilidad de solicitar pruebas en la audiencia preparatoria. De ello se deriva un trato diferenciado, en cuanto la misma disposición contempla la potestad para la fiscalía, la defensa y aún el ministerio público, de realizar solicitudes probatorias en el señalado acto procesal, dejando de lado mencionar al derecho de las víctimas para solicitar prueba también.

El artículo en cuestión establece: “Durante la audiencia el juez dará la palabra a la Fiscalía y luego a la defensa para que soliciten las pruebas que requieran para sustentar su pretensión.

8 Cfr. Sentencia C-412 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

9 Cfr. Sentencia C-275 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

10 Cfr. Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, aprobado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, mediante resolución 1989/65 del 29 de mayo de 1989, y ratificado por la Asamblea General mediante resolución 44/162 del 15 de diciembre de 1989. Citados en la sentencia C-293 de 1995.

11 Cfr. art. 33 del Conjunto de principios para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad.

“El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad previstas en este código.

“Las partes pueden probar sus pretensiones a través de los medios lícitos que libremente decidan para que sean debidamente aducidos al proceso.

“Excepcionalmente, agotadas las solicitudes probatorias de las partes, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de una prueba no pedida por éstas que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio, solicitará su práctica”.

Estimó la Corte que lo primero que debe precisarse, para establecer el alcance de esta norma, es que la audiencia preparatoria constituye, dentro del nuevo sistema, el acto procesal por excelencia para el trámite de las solicitudes de pruebas que habrán de practicarse en el juicio oral. Es la oportunidad procesal¹² para solicitar las pruebas orientadas a llevar al conocimiento del juez, más allá de toda duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio, que permitan establecer la responsabilidad penal del acusado como autor o partícipe de esos hechos.

La norma establece las reglas que debe observar el juez respecto de las solicitudes probatorias que se realizan en la audiencia preparatoria. Esas reglas son:

- a. Se establece una regla general conforme a la cual los únicos actores procesales que pueden solicitar pruebas en esta audiencia son el fiscal y la defensa.

- b. El decreto de pruebas solicitadas está condicionado a que éstas se refieran a los hechos de la acusación, y se adecúen a las reglas de pertinencia y admisibilidad.
- c. Los medios de prueba a los que pueden acudir “las partes” para acreditar sus pretensiones deben ser lícitos y debidamente aducidos al proceso.
- d. Excepcionalmente, “agotadas las solicitudes probatorias de las partes”, el Ministerio Público podrá solicitar la práctica de una prueba no pedida, de la cual tuviere conocimiento y que pudiere tener esencial influencia en los resultados del juicio. Su carácter excepcional deriva de que se trata de la única solicitud probatoria que puede ser tramitada con posterioridad a la audiencia preparatoria, tal como lo prevé el artículo 374¹³.

Con fundamento en el anterior análisis, se tiene que el legislador omitió incluir al representante de las víctimas dentro de las partes o intervinientes con facultad para realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria.

La efectividad del derecho a acceder a la justicia, en el que se inscriben los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de las víctimas, se encuentra en una relación directa con el derecho a probar. El derecho a conocer la verdad sobre los hechos que entrañan el agravio a la víctima está inescindiblemente vinculado con la posibilidad de probar; el derecho a la justicia resulta inconcebible al margen de una posibilidad real de incidir probatoriamente en el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades; y el derecho a la reparación, cuando se ejerce en el proceso penal,

12 Con los eventos excepcionalísimos de la prueba anticipada y las facultades también excepcionales que se atribuyen al Ministerio Público en materia probatoria conforme al inciso final del artículo 357.

13 “Artículo 374. “Oportunidad de pruebas. Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357, y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público.”

se consolida a partir de la determinación de la responsabilidad por el hecho punible.

La interdependencia de estos derechos conlleva a que el derecho a aportar y solicitar pruebas en torno al hecho mismo, las circunstancias, la determinación de los autores o partícipes, y la magnitud del daño, se constituya en un presupuesto inexcusable del derecho de las víctimas a acceder efectivamente a la justicia. Resulta inane que se contemple la posibilidad de asistencia de los representantes de las víctimas a la audiencia preparatoria (art. 355 CPP), que se exija que en esa diligencia deba estar asistida por un profesional del derecho o estudiante de consultorio jurídico (art. 137.3 CPP), y paralelamente se le excluya de la posibilidad de realizar solicitudes probatorias, tal como lo establece la norma demandada.

La naturaleza bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva, que refiere la Corte Constitucional, impone que se reconozcan a la víctima garantías de acceso a la justicia similares a las que se reconocen al imputado o acusado¹⁴.

Con fundamento en lo anterior, la Corte encontró que efectivamente el artículo 357 de la Ley 906 incurrió en una omisión trascendente para el derecho de acceso de la víctima a la justicia (art. 229 CP), en cuanto obstruye sus posibilidades de efectiva realización de sus derechos a la verdad, a la jus-

ticia y a la reparación, y la coloca, de manera injustificada, en una posición de desventaja en relación con otros actores e intervinientes procesales.

De de esta manera se concluye en la jurisprudencia constitucional que la omisión que se acusa se presente en los siguientes postulados:

- La norma efectivamente incurre en una omisión que excluye de su presupuesto fáctico a un sujeto que por encontrarse en una situación asimilable a los que la norma contempla, debería subsumirse dentro de ese presupuesto fáctico. En efecto, mientras se prevé la posibilidad de que la fiscalía, la defensa, y aún el ministerio público, en una fase posterior, formulen solicitudes probatorias, se excluye al representante de las víctimas de esa misma posibilidad.
- No se vislumbra una razón objetiva y suficiente que justifique la exclusión del representante de las víctimas de la posibilidad de ejercer el derecho a formular solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria. El modelo procesal que la ley configura considera a la víctima como un “interviniente” (Título IV), al que se le deben garantizar todos los derechos que la Constitución le reconoce, como son el derecho a acceder a la justicia, (art. 229 CP), con sus derivados

14 C-454-06. Precisa la Corte que no pretende desconocer las especificidades del nuevo sistema en el que se asignan a la Fiscalía unas competencias que propugnan por el restablecimiento del derecho y la reparación integral de la víctima (art. 250.6 CP); sin embargo, ellas no tienen la virtualidad de desplazar a la víctima, cuando en un ejercicio soberano de su derecho de acceso a la justicia, opta por agenciar por su cuenta (a través de su representante) sus intereses dentro del proceso penal. No se suple la exclusión de los representantes de las víctimas de la posibilidad de efectuar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, con la facultad excepcional que el inciso final de la disposición acusada confiere al Ministerio Público para solicitar, en el juicio, la práctica de una prueba no solicitada en la audiencia preparatoria, y que pudiese tener esencial incidencia en los resultados del juicio. Los intereses que defiende el Ministerio Público en el proceso penal (el orden jurídico, el patrimonio público, o los derechos y garantías fundamentales, art. 109 CPP) son muy distintos a los intereses que agencia el representante de las víctimas, englobados en los derechos a conocer la verdad, a que se haga justicia en su caso y a obtener reparación.

de acceso a la verdad, a la justicia y a la reparación, a los que se integra de manera inescindible el derecho a probar.

- Por carecer de una razón objetiva y suficiente, la omisión genera una desigualdad injustificada entre los diferentes actores del proceso, particularmente entre víctima y acusado, a quienes cobija por igual una concepción bilateral del derecho a la tutela judicial efectiva.
- La omisión entraña el incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una verdadera “intervención” de la víctima en el proceso penal, particularmente en la audiencia preparatoria, en los términos que se lo impone el artículo 250.6 de la Carta, en concordancia con los artículos 29 y 229 de la misma.

En consecuencia declaró exequible el artículo 357 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que los representantes de las víctimas en el proceso penal pueden realizar solicitudes probatorias en la audiencia preparatoria, en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía. De esta manera, solicitar pruebas es un derecho amplio de las víctimas para hacer valer sus pretensiones en el proceso penal en igualdad de condiciones que la defensa y la fiscalía.

4.2. Juicio oral

Regulado que las víctimas pueden pedir pruebas en la audiencia preparatoria, queda claro que conlleva a que pueda participar en la práctica de las mismas en el desarrollo del juicio oral. Es decir, su calidad de parte procesal es la misma que tiene el fiscal como el procesado y el ministerio público.

Así, se establece que luego de que el fiscal presente en el juicio oral sus alegatos, se dé uso de la palabra al representante legal de la víctima, y al Ministerio Público, quienes podrán presentar alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado, agregando que luego se le concede la palabra a la defensa y se le permite exclusivamente a la fiscalía hablar o alegar nuevamente para controvertir lo alegado por la defensa. Entendiendo que también la víctima está facultada para controvertir lo que a su vez alegue el acusado siendo que ello le resultara de su particular interés, porque en la medida que el acusado sea condenado puede reclamar una indemnización dentro del incidente de reparación integral.

4.3. Derecho de la víctima a la información: referencia al archivo de las diligencias y el rechazo a la denuncia

En orden a satisfacer la garantía de comunicación, la norma establece dos prerrogativas para las víctimas de los delitos, que a su vez involucran correlativos deberes del fiscal: el fiscal debe informar a la víctima sobre los derechos que el orden jurídico le reconoce, información que debe efectuarse “desde el momento mismo en que intervenga”; y el fiscal debe informar a la víctima acerca de las facultades y derechos que puede ejercer para perseguir los perjuicios causados con el injusto, así como de la posibilidad de formular esa pretensión a través del fiscal, en el proceso, o directamente en el incidente de reparación integral.

La Corte Constitucional ha determinado que el instante en que los órganos de investigación deben proporcionar información a la víctima sobre sus derechos es desde el primer momento en que las víctimas entren en contacto con las autoridades. Así se deriva de las sentencias C-1154 de 2005¹⁵ y C-1177

15 En esta sentencia se analizaron cargos contra los artículos 15 (parcial), 16 (parcial), 79, 177 (parcial), 274, 284, 285, 288 (parcial), 291, 306 (parcial), 308 (parcial), 327 (parcial), 337, 383 (parcial), 435, 436 y 455 de la Ley 906 de 2004. El pronunciamiento a que se hace referencia en esta oportunidad se relaciona con la exequibilidad condicionada del artículo 79 relativo a las condiciones de archivo de las diligencias.

de 2005¹⁶, en las que se dispuso la comunicación de decisiones de archivo de las diligencias (art. 79), e inadmisión de la denuncia (art. 69), respectivamente, a las víctimas o denunciantes a pesar de que las normas no contemplaban de manera explícita tal exigencia.

Al respecto, dijo la Corte Constitucional: “La decisión de archivo puede tener incidencia sobre los derechos de las víctimas. En efecto, a ellas les interesa que se adelante una investigación previa para que se esclarezca la verdad y se evite la impunidad.

“Por lo tanto, como la decisión de archivo de una diligencia afecta de manera directa a las víctimas, dicha decisión debe ser motivada para que éstas puedan expresar su inconformidad a partir de fundamentos objetivos y para que las víctimas puedan conocer dicha decisión. Para garantizar sus derechos la Corte encuentra que la orden del archivo de las diligencias debe estar sujeta a su efectiva comunicación a las víctimas, para el ejercicio de sus derechos.

“Igualmente, se debe resaltar que las víctimas tienen la posibilidad de solicitar la reanudación de la investigación y de aportar nuevos elementos probatorios para reabrir la investigación. Ante dicha solicitud es posible que exista una controversia entre la posición de la Fiscalía y la de las víctimas, y que la solicitud sea denegada. En este evento, dado que se comprometen los derechos de las víctimas, cabe la intervención del juez de garantías. Se debe

aclarar que la Corte no está ordenando el control del juez de garantías para el archivo de las diligencias sino señalando que cuando exista una controversia sobre la reanudación de la investigación, no se excluye que las víctimas puedan acudir al juez de control de garantías”¹⁷.

Similar exigencia se hace en relación con la comunicación al denunciante de la decisión, motivada, por medio de la cual el órgano de investigación inadmite una demanda sin fundamento (Cfr. C-1177 de 2005).

Se trunca el derecho de acceso a la justicia, a través de una concepción recortada de la garantía de comunicación a la víctima, limitada al momento en que ésta “intervenga” en la actuación penal. No se precisa de una “intervención” en sentido procesal¹⁸ para que las autoridades de investigación asuman los deberes que impone la garantía de comunicación que se proyecta en dos ámbitos: i) información acerca de los derechos que el orden jurídico establece para garantizar sus intereses en el proceso penal, y ii) acceso a la información acerca de las circunstancias en que se cometió el delito, que forma parte del derecho “a saber”, el cual se materializa con la posibilidad de acceso al expediente o a las diligencias, desde sus primeros desarrollos. La interconexión e interdependencia que existe entre los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación exige que la garantía de comunicación se satisfaga desde el primer momento en que las víctimas entran en contacto con los órganos de investigación. Los derechos a la justicia y a la reparación pueden verse menguados si se obstruye a la víctima las posibilidades de ac-

16 En esta sentencia la Corte analizó cargos contra el artículo 69 (parcial) de la Ley 906 de 2004, sobre los requisitos de la denuncia, de la querrela y de la petición especial. En particular se analizó la constitucionalidad de la inadmisión de las denuncias sin fundamento.

17 Sentencia C-1154 de 2005.

18 El artículo 340 de la Ley 906 de 2004 establece que en la audiencia de formulación de acusación “se determinará la calidad de víctima, de conformidad con el artículo 132 de este código. Se reconocerá su representación legal en caso de que se constituya”.

ceso a la información desde el comienzo de la investigación a efecto de que puedan contribuir activamente con el aporte de pruebas e información relevante sobre los hechos.

En el marco de un sistema de investigación con un mayor componente inquisitivo (Ley 600 de 2000), la Corte había declarado la necesidad de que las víctimas estuviesen presentes desde las diligencias preliminares; al respecto señaló:

“(N)o permitirle a la parte civil –hoy representantes de las víctimas– actuar durante esta etapa –fase preliminar– o exigir que el acceso al expediente sólo pueda hacerlo mediante un derecho de petición, puede llevar a conculcar definitivamente sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación. Tales limitaciones, por lo tanto, constituyen una afectación grave del derecho de acceso a la justicia que tiene la víctima de un hecho punible”.

“En consecuencia, y con el fin de proteger los derechos de la parte civil, la Corte declarará la inexecutable de la expresión “a partir de la resolución de apertura de instrucción” contenida en el artículo 47 de la Ley 600 de 2000, como quiera que los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación económica dependen de que en esta etapa se le permita a la parte civil intervenir activamente aportando pruebas y cooperando con las autoridades judiciales y conociendo y contravirtiendo las decisiones que se adopten durante esta etapa, en especial de la providencia mediante la cual se decide no abrir formalmente la investigación”¹⁹.

En el sistema actual se establece una fase de indagación e investigación cuyo propósito es el de recaudar elementos materiales de prueba orientados a establecer la existencia de la conducta punible, y los presupuestos que permitan sostener una imputación y posteriormente una acusación. Aunque en esta fase de indagación e investigación, no se practican “pruebas” en sentido formal, sí se recaudan importantes elementos materiales de prueba relacionados con el hecho y la responsabilidad del imputado o acusado, que deberán ser refrendados en la fase del juicio. Es evidente, en consecuencia, que exista un claro interés de las víctimas y perjudicados con la conducta investigada de acceder a la indagación desde sus inicios, a efectos de contribuir positivamente al recaudo del material que dará soporte a la imputación y la acusación, eventos perfectamente compatibles con sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

La Corte se pronunció sobre el derecho de la defensa a intervenir aún antes de la formulación de imputación²⁰, lo que marca un umbral para la protección de los derechos de las víctimas a acceder a las diligencias, desde sus inicios, es decir, desde el momento en que entren en contacto con las autoridades, y aún antes de que se hubiese formalizado una “intervención” en sentido jurídico-procesal. La garantía de comunicación de los derechos de las víctimas no se satisface a plenitud si se produce sólo al momento en que se produce “su intervención”; la misma, para que sea plena, debe producirse desde el momento en que las víctimas entran en contacto con los órganos de investigación.

19 La Sentencia C-228 de 2002 declaró inexecutable el artículo 47 de la Ley 600 de 2000, que restringía el acceso de la parte civil al proceso a partir del momento en que se produjera apertura formal de instrucción.

20 En la sentencia C-799 de 2005, la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 8.º que consagra el derecho a la defensa del imputado a partir de que adquiriera tal condición, sin perjuicio del ejercicio de su derecho de defensa en la indagación e investigación anterior a la imputación.

4.4. El derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo como consecuencia de una información oportuna

En la sentencia C-454-06 se cuestionó los alcances del artículo 135, disposición donde no la consagración de la “Garantía de comunicación a las víctimas”, los aspectos relativos a las facultades y derechos que puede ejercer este interviniente en el proceso, en lo relacionado con su pretensión de verdad y de justicia. La norma reduce tal garantía a la pretensión indemnizatoria.

Sobre la efectividad del derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo (CP, artículos 29 y 229), ha establecido la jurisprudencia que su garantía depende de que éstas puedan intervenir en cualquier momento del proceso penal, aún en la fase de indagación preliminar. Su intervención no sólo está orientada a garantizar la reparación patrimonial del daño inferido con el delito, sino también a la satisfacción de sus derechos a la justicia y a la verdad. En ocasiones, incluso la representación de las víctimas en el proceso penal tiene unos cometidos exclusivamente vinculados al goce efectivo de los derechos a la justicia y la reparación. Bajo estas consideraciones la Corte constitucional estableció una doctrina en la que explícitamente abandonó una concepción reductora de los derechos de las víctimas, fundada únicamente en el resarcimiento económico, para destacar que las víctimas, o los perjudicados con el delito, tienen un derecho efectivo al proceso y a participar en él, con el fin de reivindicar no solamente intereses pecuniarios, sino también, y de manera prevalente, para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia²¹.

En la Sentencia a la que hacemos referencia, la Corte Constitucional encontró que el artículo 135 demandado omitió la “garantía

de comunicación a la víctima” en lo que concierne a las facultades y poderes procesales que se derivan de su derecho a conocer la verdad y a que se haga justicia. El derecho a conocer la verdad, que incorpora el derecho a saber, lo habilita para un acceso pleno a la investigación desde sus inicios, no solamente como tributo a su dignidad que exige una elemental consideración al incremento del dolor que genera la incertidumbre sobre lo acontecido, sino como expresión de su derecho a una tutela judicial efectiva que exige el establecimiento de mecanismos adecuados para que las víctimas puedan obtener el goce efectivo de sus derechos a la justicia y a la reparación integral.

Las omisiones que se imputan al contenido normativo acusado, en efecto, plantean un retorno a una concepción de los derechos de las víctimas, que se entendía superada, en cuanto reduce la garantía de comunicación a la víctima tanto en su ámbito temporal, como en su contenido sustancial. En su ámbito temporal porque la limita al momento en que la víctima “interviene” en el proceso, excluyendo tal garantía de momentos previos en que la víctima no ha consolidado una intervención formal, pero ha entrado en contacto con las autoridades de investigación. En cuanto a su contenido sustancial porque restringe la garantía de comunicación a la pretensión indemnizatoria.

De esta manera se estima que la norma demandada es inconstitucional en cuanto:

- La norma excluye de sus consecuencias situaciones fácticas que deberían estar amparadas por el contenido normativo acusado, como son la aplicación de la garantía de comunicación a fases previas a una “intervención” formal, y respecto de todos los derechos (no solamente

²¹ Esta doctrina fue desarrollada tanto en el ámbito de la justicia penal militar, como de la justicia penal ordinaria. Cfr. Sentencias C-293 de 1995; C- 163 de 2000; C- 1149 de 2001; C-228 de 2002; C-805 de 2002; C-916 de 2002.

la reparación) de que son titulares las víctimas de los delitos.

- No se aprecia una justificación objetiva y suficiente para la exclusión de fases previas a una intervención formal, o de los derechos a la verdad y a la justicia, de la garantía de comunicación que la norma consagra. Por el contrario, el derecho de acceso a la justicia (art. 229), exige que toda la fase de indagación e investigación esté amparada por la garantía de comunicación a las víctimas sobre sus derechos, y que la misma se extienda a las prerrogativas y potestades procesales que se derivan de los derechos a la verdad y a la justicia.
- Al estar desprovistas tales omisiones de una razón objetiva y suficiente, se genera una situación que privilegia de manera injustificada la pretensión indemnizatoria de la víctima, con sacrificio de los derechos de verdad y justicia de que es titular, los cuales han sido reivindicados por la jurisprudencia de esta Corporación. Esta disección en la concepción de los derechos de las víctimas genera, a su vez, un desequilibrio en cuanto restringe el alcance de los derechos de las víctimas en el proceso, en contraste con los derechos de otros actores procesales, desvirtuándose así el carácter bilateral del derecho a una tutela judicial efectiva.
- Las omisiones acusadas implican el incumplimiento de un deber constitucional del legislador, quien está obligado a ajustar la configuración de los derechos de participación e intervención de las víctimas en el proceso penal a los principios de acceso al proceso (art. 229), de todos los actores que participan en el conflicto penal, así como a la concepción integral de los derechos de las víctimas derivada de los artículos 1°, 2° y 93 de la Carta, en los términos establecidos en esta sentencia.

En consecuencia, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 135 de la Ley 906 de 2004, en el entendido que la garantía de comunicación a la víctima de sus derechos se realizará desde el momento mismo en que ésta entre en contacto con las autoridades de investigación penal, y que la misma debe referirse a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación de que es titular.

CONCLUSIONES

La doctrina unánime, al establecer que cuando el Estado asumió la persecución penal del delito, el rol de la víctima dentro del proceso fue desapareciendo, el sistema procesal inquisitivo con las facultades ilimitadas del juez, convirtió al conflicto penal en una disputa entre el representante de la administración estatal y el delincuente, de tal forma que los intereses de la víctima quedaron totalmente al margen del proceso penal.

Podemos establecer que la victimología ha desarrollado el estudio del proceso victimizador en tres aspectos fundamentales, mediante la cuales llamó la atención del sufrimiento de los perjudicados en los delitos quienes estaban abandonados y marginados en cuanto a sus derechos en el proceso penal. Así, la victimología se ocupó de estudiar la victimización primaria que viene a ser el proceso dañoso que sufre el ofendido a consecuencia directa del hecho criminal, con la consecuencia de la estigmatización social; la victimización secundaria consistente en la marginación que padece la víctima por cuenta de las instancias de control social del Estado y finalmente la llamada victimización terciaria que es el daño psicológico que sufre la víctima y que se supervive con el paso del tiempo degenerando en las personas depresiones, angustias, sentimiento de culpa, etc.

El redescubrimiento de la víctima es un hecho que se ve reflejado en las legislaciones modernas; en la nuestra con la Ley 906 de 2004, donde es considerada un sujeto procesal;

esta situación quedó esclarecida y ratificada con la Sentencia C-454 de 2006, a la cual se precisan las facultades y derechos de las víctimas en el proceso penal acusatorio.

En consecuencia, se puede afirmar sin temor a equivocarnos que una de las aspiraciones del legislador colombiano con la Ley 906 ha sido el poder implantar los derechos de la víctima en el proceso penal, dándole una amplia participación como sujeto procesal, como participante activo y con facultades para intervenir en la solución del conflicto originado con el delito.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO RIMO, Alberto. *Víctima y sistema penal: Las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*. Editorial Tirant lo Banch. Valencia, 2002.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Criminología y Victimología. Alternativas Re-creadoras al Delito*. Leyer, Bogotá, 1998.

_____. *Criminología, Victimología y Cárceles*. Tomo I. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. Colección Profesores 22, Bogotá, 1996.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y LARRAURI, Elena. *Victimología: Presente y futuro*. Temis. Bogotá, 1993.

GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Tratado de Criminología*. Editorial Tirant lo Banch. Valencia, 1999.

_____. *La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal*. Criminología y Derecho Penal al Servicio de la Persona. Libro-Homenaje al profesor Antonio Beristain. Donostia - San Sebastián, 1989.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons, Madrid, 1995. Traducción de

Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *Victimología*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1990.

MESSUTI, Ana. *El tiempo como pena y otros escritos*. Pontificia Universidad Javeriana.

MIDDENDORFF, W. *Estudios de Psicología Criminal*. Espasa Calpe S. A. Madrid, 1992.

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS. *Criminología y Victimología 2*. Bogotá, 1998.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. 4.ª Edición. Barcelona, 1996.

NEUMAN, E. *Victimología: El rol de la víctima en los delitos*. Buenos Aires, Editorial Universidad. 1994.

NIEVES, M. *Las Víctimas: Un estudio sobre Victimología*. Santafé de Bogotá, Editorial Presencia. 1994.

OROZCO, E. *La Víctima*. Editorial Legis. Santafé de Bogotá, 1994.

RICOEUR, Paul. *¿Quién es el sujeto de derecho?* Lo Justo. Colección Spirit, Caparrós Editores, Madrid, 1999.

RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. *Victimología. Estudio de la Víctima*. Porrúa. México, 1989.

RIVERA, A. *La Víctima: ¿Un problema criminológico?* Santafé de Bogotá, Librería Jurídica Radar Ediciones. 1997.

SAMPEDRO, Julio Andrés. *La humanización del proceso penal*. Legis, Bogotá, 2002.

_____. "¿Quiénes son las víctimas del delito? Redefinición del concepto desde la victimología". *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, vol. XXI, núm. 67, septiembre/diciembre de 1999.

LA PERSECUCIÓN AL TERRORISMO FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS. UNA MIRADA DESDE EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL *

Henry Torres Vásquez**
Universidad Libre, Bogotá, D. C.

RESUMEN

Este escrito propone una visión del derecho penal internacional frente a la persecución al terrorismo porque hay en dicho evento la constante violación a los derechos humanos. Aquí se enfatiza en el análisis de los delitos de terrorismo y de terrorismo estatal; en esa dirección, se hace una exploración de la lucha contra este tipo de criminalidad y cómo en esa persecución no se respetan los derechos humanos, derrumbando el principio de legalidad. Con un análisis ampliamente doctrinal, se destaca cómo las democracias no pueden caer en los contornos en los que la restricción de libertades se halle en primer lugar, debido a estar subordinadas a la seguridad del Estado en detrimento de las libertades de los ciudadanos. Se concluye planteando la necesidad de que el derecho penal del orden internacional sea implementado por los Estados para salvaguardar los derechos humanos.

Palabras clave: Derecho penal internacional, delincuencia organizada, terrorismo, terrorismo de Estado, derechos humanos.

ABSTRACT

This paper proposes a vision of international criminal law in regard to the pursuit to terrorism and also as in those events there is a constant violation to human rights. It hereby emphasizes the analysis of felonies such as terrorism and state terrorism. Furthermore, it has been made an exploration of the fight against this type of crime and how in such pursuit human rights are not respected, shattering the Principle of Legality. It is emphasized through a widely doctrinal analysis how democracies cannot fall into the contours where the restriction of liberties is placed first, due to the subordination in security's state undermining the liberties of citizens. Finally, the article reaches the conclusion that there is a need of International Criminal Law to be implemented by States so as to preserve human rights.

Key words: International criminal law, delinquency organized, terrorism, terrorism of State, human rights.

Fecha de recepción: 5 de agosto de 2010. Fecha de aceptación: 7 de octubre de 2010.

* Artículo que corresponde al proyecto de investigación terminada: Terrorismo y seguridad, sus consecuencias sobre los derechos humanos en Colombia, Dirigida por el autor y que pertenece a la Línea de investigación: Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, dentro del Grupo de Investigación: Derechos Humanos y Garantías Procesales, categorizado C en Colciencias. Universidad Libre, Bogotá, 2010.

** Abogado de la Universidad Nacional de Colombia, Doctor en Empresa y Sistema Penal por la Universitat Jaume I de Castelló España. Docente investigador de jornada completa de la Universidad Libre, sede principal. Correo electrónico:henrytorres@yahoo.es

PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

El problema de la investigación se puede resumir en una sola pregunta: ¿En qué medida la persecución al terrorismo, desde la perspectiva del derecho penal internacional, afecta o vulnera los derechos humanos?

METODOLOGÍA

Esta es una investigación básica jurídica, en la que se analizan especialmente las normas penales, se estudia la jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera. El análisis funcional, dentro de la investigación socio-jurídica, está presente en la medida en que la persecución al terrorismo produce efectos en la sociedad.

INTRODUCCIÓN

Hasta hace poco tiempo se entendía que la persecución a delitos debía ser un asunto local, su entendimiento internacional únicamente estaba presente ante situaciones jurídicas muy puntuales; como, por ejemplo, en cuestiones referidas al tráfico de drogas, al terrorismo o incluso al lavado de activos. De la misma manera, se consideraba que cierto o no, en la persecución a estos delitos el principio de legalidad en materia penal imperaba de manera categórica.

Ante las nuevas maneras de delinquir y los modernos métodos supranacionales de una creciente delincuencia organizada se han te-

nido que implementar formas que eliminen o por lo menos sean una talanquera a ese creciente embate criminal de carácter transnacional. Sin embargo, el apoyo político gubernamental junto al aumento de recursos destinados para las acciones jurídicas y el apoyo policial no parecen ser suficientes al hacer frente, de manera más o menos efectiva, a la complejidad de los delitos que hoy abarca la llamada criminalidad internacional organizada; estos se ven ampliados, hoy son más letales y, en consecuencia, con un mayor impacto social.

Aunque podría pensarse en que el sistema penal y la política criminal de los Estados van dirigidos a contrarrestar ese tipo de delincuencia, esto no es siempre así. Los gobiernos han optado por hacer una guerra contra las drogas, o contra el terrorismo, como lo ha planteado Glover en su libro *La guerra contra _____*; en él, la autora argumenta que lo único que hay que hacer es rellenar el espacio en blanco e independientemente de la palabra que introduzca, el público norteamericano¹ lo va a comprender; esa misma manera de entender se universaliza y se convierte hoy por hoy en una máxima: hay que erradicar el terrorismo, a través de una guerra contra el terrorismo. Es obligado manifestar que cada vez que se habla del concepto de terrorismo, nos encontramos con su indefinición, no sólo en el ámbito local sino en el internacional²; es de tal magnitud la falta de concreción en el término “terrorismo”, que el mismo, sin mayores dificultades, se puede ceñir a cualquier clase de violencia política³. En esa dirección se coincide en implementar estrate-

1 Habría que agregar que la Organización de las Naciones Unidas, lo mismo que buena parte de la sociedad servil a los intereses de la política exterior de los EE.UU. no reprocha las actitudes imperialistas y sobre todo violentas de ese país. GLOVER Ross, “La guerra contra _____”, en: *Lenguaje colateral. Claves para justificar una guerra*. Edit. Páginas de Espuma, Madrid 2003, pág. 153.

2 En esta dirección, la mayoría de la doctrina coincide en que la comunidad internacional ha fracasado en la definición de terrorismo: Díaz Barrado, Castor Miguel, “El marco jurídico-internacional de la lucha contra el terrorismo”, en: “Dimensiones del terrorismo internacional” en: *Lucha contra el terrorismo internacional*. Ministerio de Defensa, Madrid, 2006, pág. 56.

3 Sobre la definición de terrorismo: Torres Vásquez, Henry, El concepto de terrorismo, su inexistencia o inoperancia: la apertura a la violación de derechos humanos, *Revista Diálogos de Saberes* núm. 32, Facultad de Derecho, Universidad Libre, Bogotá 2010, pág. 277 y ss.

gias de seguridad ciudadana, pública o incluso de seguridad nacional, en las que es común que se retroceda en cuanto a todo aquello a que hace referencia el principio de legalidad. Todo ello en la tergiversada consecución de un resultado, el que ciertamente es común a la comunidad internacional como es la protección a bienes jurídicos que por su naturaleza son dignos de protección en el ámbito internacional.

Por esas razones el principio de legalidad ha sido desconocido, en la medida en que el contenido del principio (la garantía criminal, penal, de ejecución o jurisdiccional) ha sido frecuentemente transgredido en una clara violación a los derechos humanos. En ese aspecto, se ve con preocupación cómo para intentar frenar el delito de terrorismo y conexos se tiene que efectuar un “derecho penal de enemigos”, lo cual no es fácil de entender cuando los gobiernos manifiestan, a su vez, que protegen los derechos humanos.

Toda esa perspectiva es más difícil de asimilar hoy, si se tiene en cuenta que los viejos paradigmas del derecho penal, o más bien, aquellos principios como la cosa juzgada, la prescripción, o el derecho territorial, hacen parte de los principios que se relativizan en parte por la internacionalización del derecho penal⁴ y en parte, también, por esta creciente

criminalidad transnacional⁵ de la que hablamos y que naturalmente nos agobia; esto, por supuesto, justifica en el plano gubernamental de modo amplio y creciente, el establecimiento de un derecho de tipo internacional que quizá no es muy respetuoso de la legalidad.

En esa medida estamos asistiendo a una verdadera paradoja en el devenir de la defensa legal de los derechos humanos y su vital importancia (en vista de los derechos que pretende proteger): para su cabal protección requiere de una interpretación, modificación o supresión de otros derechos. Esto no es óbice para pensar que se desconozcan o deslegitimen principios sobre los cuales se ha asentado durante siglos el derecho penal. Se sobreentiende que los probables excesos del *Ius puniendi* tienen su límite gracias a los principios penales como el de legalidad, intervención mínima o culpabilidad, entre otros, los cuales nos protegen –teóricamente– de las arbitrariedades del Estado.

No obstante, tampoco se puede afirmar alegremente que hay “justicia en la tierra” porque dichos principios están particularmente consagrados respetando el principio de legalidad⁶. Tratándose de delitos que violan los derechos humanos, y si los victimarios son agentes estatales, paradójicamente, su aplicación se restringe; es más: se anula⁷. En

4 El Derecho Penal Internacional es el conjunto de normas penales que traspasan las fronteras nacionales y que sirven fundamentalmente para combatir delitos que por su naturaleza son de difícil persecución en las jurisdicciones nacionales, y en los que se hace necesario la unión o más bien la cooperación entre los países a fin de lograr minimizar los riesgos de ese tipo de delincuencia.

5 Que tiene por característica que su origen es una red que va más allá de los propios Estados, aunque tenga el apoyo y la complicidad de algunos. Y que, además, representa la mayor amenaza a la seguridad internacional de conformidad con la Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU núm. 1566 de 2004.

6 Bajo la aplicación del principio de legalidad como columna vertebral del derecho, una “justicia para todos”, no la puede alcanzar jamás el derecho positivo, ya que sobre lo que se asienta la legalidad son aspectos “necesariamente generales y deben ser válidas para un incontable e imprevisible número de casos, de forma tal que cada caso individual concreto con su irrepetible grupo de circunstancias se escapa a esas normas de alguna manera”. Arendt, Hanna, *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pág. 597.

7 La Asamblea General de la ONU, mediante Resolución 2391 del 26 de noviembre de 1968, expresó que los crímenes de lesa humanidad igual que los crímenes de guerra son imprescriptibles, aunque, sólo se aplica a hechos posteriores a su entrada en vigencia.

este caso, no se puede decir que se están violando o restringiendo derechos individuales que se hallan en el principio de legalidad, que como se sabe, tiene fundamento constitucional. No, lo que se está haciendo es que bajo el sofisma de “proteger a la humanidad”, derrumban los cimientos de los derechos humanos.

EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL Y SU INTERVENCIÓN EN EL TERRORISMO

Es desde Nuremberg que el derecho penal internacional toma un posicionamiento, no exento de críticas, debido a que estuvo alejado de la legalidad; sin embargo, fue necesario. Quizá hoy no sería posible la persecución a ciertos tipos de crímenes y de criminales de distintos países, si no hubiese sido por los distintos procesos en contra de criminales nazis entre 1945 y 1946. Como dice Amati, con el derecho penal internacional se permite hacer referencia a una constelación de institutos que hacen relación a un conjunto de normas estatales y supraestatales que regulan los crímenes internacionales⁸. En esta orientación, tipos penales que se instauran con el fin de preservar los derechos humanos o la seguri-

dad colectiva son de uso recurrente en el Estado moderno. Así, pues, la legislación penal en cuanto a protección de la humanidad viene a tener una gran importancia después de la segunda guerra mundial⁹.

Por derecho penal internacional (en adelante D.P.I.) entendemos el conjunto de normas penales que regulan el ámbito de aplicación de la ley penal, precisamente por la presencia en ellas de elementos extranjeros o supranacionales, a los que se alude con el adjetivo internacional¹⁰.

En ese sentido el D.P.I. no sólo establece cuáles son los crímenes internacionales y a quién se asigna la competencia, y el mecanismo del proceso, sino que determina la clase de responsabilidad y la sanción penal que corresponde. Como señala Ferré Olivé, el D.P.I., en sentido material, se caracteriza por la protección a bienes jurídicos considerados más relevantes para la sociedad internacional¹¹. En ese sentido adquieren importancia tipos penales transnacionales que abren la posibilidad de la competencia de terceros Estados, o del Estatuto de la Corte Penal Internacional¹², en virtud del principio de justicia universal.

Modernamente, las acciones contra el terrorismo político trascienden las jurisdicciones

8 AMATI, Enrico y otros, *Introducción al derecho penal internacional*, traducción de Yezid Viveros, Edit. Universidad Libre, Bogotá, 2009, pág. 26.

9 El más importante para nuestro estudio es la Declaración Universal de Derechos Humanos, resolución que fuera adoptada por unanimidad en 1948 por la Asamblea General de la ONU. El objetivo de esta declaración, compuesta por 30 artículos, es promover y potenciar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Junto a ellos se encuentran los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales de 1977 que protegen el derecho humanitario.

10 DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. (1999). *El derecho penal internacional*, Madrid: edit. Colex. pág. 18-19. Por su parte Kai Ambos, dice que el derecho penal internacional es “el conjunto de todas las normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales” Ambos, Kai, Malarino, Ezequiel y Woyschnik, Jan (2005). *Temas actuales del Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*. Montevideo, Uruguay: edit, Konrad. pág.13.

11 FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, y otros. (2010). *Derecho penal colombiano, parte general*. Bogotá: edit. Ibáñez, pág. 810-811.

12 Que tiene una competencia sobre delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión, al respecto en extenso léase: Op. cit. Amati, Enrico y otros. (2010). *Introducción al Derecho Penal Internacional*, traducción de Yezid Viveros. Bogotá: Ediciones Universidad Libre.

nacionales; por lo tanto, sobrepasan los mecanismos nacionales de utilización de la ley penal. El terrorismo, y todo lo que comprende, ha llevado a los Estados de forma indispensable a fomentar la integración del derecho implementado por terceros países para combatir las formas de criminalidad que atentan contra el Derecho Internacional. Se procura, en especial, defender a la ciudadanía de aquellas conductas lesivas de los derechos humanos y en general de los llamados delitos de lesa humanidad. Es, claro que de no existir esa normativa internacional que se tipifica de manera especial en países violadores de los derechos humanos, la impunidad estaría por encima de la justicia y del derecho. Quizás, esto es lo más destacable de la “globalización” del derecho internacional.

Ante tal panorama, es indispensable que en aquellos Estados donde es latente el terrorismo de Estado¹³ se empiece, o bien se facilite, la aplicación de la justicia universal. Aún en aquellos casos en que los hechos hayan sido investigados y juzgados en el interior de un país, es posible reabrir el caso, enjuiciarlo de nuevo, ya que el principio de la cosa juzgada es un principio que se puede limitar. En Colombia, existe el precedente de la masacre de Mapiripán, en donde pese a que la justicia colombiana condenó a los autores a 36 meses de prisión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se declaró competente para

estudiar el caso¹⁴; aunque es cierto que no es un tribunal de derecho penal, este consideró que el Estado colombiano no había hecho realmente justicia. En consecuencia, el derecho internacional reconoce la posibilidad de limitar el principio de la cosa juzgada cuando las exigencias de justicia lo exigen. Atendiendo a estos nuevos desarrollos del D.P.I. se justifica la inclusión en el propio ordenamiento jurídico de la posibilidad de excepciones a la cosa juzgada, con el objetivo pleno de lograr la realización de la justicia.

El derecho penal se hace más importante de lo que es, en aquellas situaciones de conflictos armados internos: es ahí dónde se violan muchos derechos, ya que hay una reiteración de ataques violentos, incluso terroristas. Es muy importante el poder coercitivo del D.P.I. en cuanto a la masificación de la percepción del terrorismo, específicamente en el intento de erradicación del mismo. No obstante, la persecución y erradicación del terrorismo debe incluir el terrorismo del Estado. Sobre todo puesto que, sea o no indiscriminado el terrorismo, las víctimas en gran cantidad de ataques terroristas, son civiles; además, siempre, de una u otra manera, se afectan por igual bienes y personas¹⁵.

El profesor argentino Zaffaroni, observando el terrorismo de Estado en la Argentina, decía: “fueron otras agencias del poder

13 Recordemos que por el terrorismo de Estado se entiende como “una forma del ejercicio del poder estatal cuya regla de conocimiento permite y/o impone, con miras a crear el temor generalizado, la aplicación clandestina, impredecible y difusa, también a personas manifiestamente inocentes, de medidas coactivas prohibidas por el ordenamiento jurídico proclamado, obstaculiza o anula la actividad judicial y convierte al gobierno en agente activo de la lucha por el poder”. Garzón Valdés, Ernesto. (2001). *Filosofía Política*. Derecho, Colección Honoris Causa, Universidad de Valencia. pág. 147.

14 Al respecto véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 26 de abril de 2007, radicación 25889 y Corte Constitucional, sentencia SU-1184/01. Magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett.

15 WALZER, Michael. (2004). *Reflexiones sobre la Guerra*, Barcelona: edit. Paidós: “El terrorismo es la obra de manos visibles; es un proyecto organizativo, una elección estratégica, una conspiración para matarnos e intimidarnos (...), a usted y a mí”, es pues, muy distinto al terrorismo de Estado en el que las manos son visibles, pág. 71.

ejecutivo –las policiales– las que se tomaron a su cargo el poder disciplinador del sistema penal al producirse la concentración urbana¹⁶. Esta apreciación se refiere a todas aquellas ciudades en las que se ha extendido una migración del campo a la ciudad, y en las que el Estado considera la exageración del poder como elemento disciplinador y muy importante en el marco del terrorismo de Estado.

Como corolario podemos afirmar que mientras siga siendo la preocupación principal de los países desarrollados la cuestión de la seguridad, todas aquellas leyes o directrices que se enmarquen en esa dirección tendrán que obedecerse. De lo contrario, se expone el Estado renuente a fuertes sanciones de tipo económico o incluso a represalias violentas. Es decir, se tendrán que acatar por todo el planeta, aún siendo las normas que se implanten totalmente abusivas de derechos fundamentales, en el que las respuestas a los actos terroristas son disímiles. Por su parte, la defensa de la seguridad ciudadana viene a tener una mayor jerarquía a partir del 11-S en los EE.UU.¹⁷, pero es de recordar, lo que parece una contradicción, que esta nación “es el

único Estado del mundo que el tribunal internacional ha condenado por terrorismo internacional¹⁸”. Siendo como es el abanderado en la supuesta lucha contra el terrorismo, y estando como está ese país a la vanguardia en materia de seguridad.

En la llamada “guerra contra el terrorismo”, para combatir cualquier tipo de acción que emprendan los terroristas, todo vale, la guerra en cualquiera de sus formas¹⁹, incluso el terrorismo de Estado; aquí la teoría de Maquiavelo de que el fin justifica los medios, es real.

EL D.P.I. Y EL COMBATE A LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO

La delincuencia transnacional, y como parte de ella, por supuesto, el terrorismo en primer lugar, posee enormes recursos económicos. Por ello, una de las medidas más utilizadas por los gobiernos para combatirlos es la de colocar un dique a las fuentes de financiación²⁰. Seguidamente, se emprenden campañas en las que todo el sistema financiero tiene que participar en la acción

16 ZAFFARONI, Raúl Eugenio. (1991). “Sistemas penales latinoamericanos y derechos humanos” en: *Justicia, derechos humanos e impunidad*. Consejería Presidencial para la Defensa, Protección y Promoción de los Derechos Humanos, Fundación para la educación y la cultura, FICA. Bogotá, pág. 29.

17 En ese país, la ley patriótica viene a ser un referente universal en torno al cual gira la política norteamericana tanto interna como externa. Una visión muy amplia en: Salas Calero, Luis, “La ley patriótica USA”, en *Terrorismo y Proceso penal Acusatorio*, (2006). Coordinadores Juan Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac, Valencia. edit. Tirant Lo Blanc. págs. 255 y ss.

18 En el caso de Nicaragua, al cual aludiremos más adelante. Chomsky, Noam. (2003). *Poder y terror*. Barcelona: RBA libros, S.A., pág. 50.

19 Hay cuatro modos de considerar la guerra: “La guerra en relación con el derecho guerra-antítesis, guerra-medio, guerra-objeto, guerra-fuente”; luego, no hay una sola consideración de la guerra en relación con el derecho. Bobbio, Norberto. (1992). *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona: edit. Gedisa, pág. 96.

20 Las entidades que tienen en sus manos el manejo de dinero, tal como los bancos, están en la obligación de adoptar los mecanismos de control sobre el flujo de dinero en sus entidades; por consiguiente, esos mecanismos hoy son apropiados y suficientes, y su orientación es con el fin de evitar que sus establecimientos y las operaciones económicas que manejan sean utilizados como instrumento para el ocultamiento, el manejo, la inversión o el aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas. Es, pues,

universal legal contra del terrorismo²¹. Para el efecto en las Cuarenta Recomendaciones revisadas del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), sobre el blanqueo de capitales se ha extendido la financiación del terrorismo en la definición de blanqueo de capitales²². Los nuevos tipos de delincuencia que incluyen entre otros delitos los de terrorismo, hoy en pleno auge, dan lugar a que se tenga la necesidad de combatirlo en dos vertientes fundamentales: de un lado en su componente económico, es decir en sus fuentes de financiación y de otro lado, en desmantelar sus células, en últimas en prevenir futuros ataques terroristas. Si bien el terrorismo no es el único delito, sí es el más importante en la actualidad; por tanto, el D.P.I. debe entrar a solventar el problema que plantean los grupos o personas terroristas. Del mismo modo, tiene el reto, desde la legalidad, de juzgar los actos terroristas o a países considerados terroristas

de Estado²³. En ese sentido, su utilización es muy necesaria e indispensable, dados los constantes ataques a personas, grupos o países que en razón de ser considerados terroristas son o han sido objeto de ataques militares, irrespetando, en consecuencia, los derechos humanos.

En estos momentos es de advertir la poca o nula aplicabilidad del derecho internacional más tradicional. Hasta ahora había sido muy recurrente su utilización y, además, muy efectiva; pero que en vista de los avances del terrorismo en todas sus facetas (y en esto me refiero a un amplio apoyo económico a la vez que a un gran desarrollo tecnológico, y fundamentalmente a la actitud suicida de algunos terroristas), ha declinado.

Todo esto ha hecho que la persecución del terrorismo se vea comprometida con unos cambios que pasan por restringir al menos

bastante claro que se busca evitar que una actividad delictiva como es el terrorismo vuelva a tener, como hasta hace poco tenía, un aliado muy importante en la banca internacional y su escasa preocupación sobre la proveniencia de los dineros que por ellos circulaban.

- 21 Sobre financiación del terrorismo y la normativa de la comunidad europea en esas cuestiones. Larriba Hinojar, Beatriz, "La lucha contra la financiación del terrorismo en el marco de la Unión Europea: Cuestiones y perspectiva", en: González, José Luis, Director, "Terrorismo y mecanismos para el fin de la violencia", en: González Cussac, José Luis. (Director) (2007) *Fuerzas Armadas y seguridad pública: consideraciones en torno al terrorismo y la inmigración*, edit. Publicaciones de la Universidad Jaime I de Castellón. Castellón de la Plana: págs. 82 y ss. Para un mejor entendimiento de la legislación al respecto de la lucha contra la financiación del terrorismo en: garcía sampedro, José. (2006). "Respuestas jurídicas frente al terrorismo: ámbitos internacional, europeo y nacional", en: Bueno Arus, Francisco y otros (directores), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal, Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: edit. Dikynson. pág. 1234. En el mismo sentido, Albrecht, Hans-Jorg. (2006). "Respuestas legislativas al 11 de septiembre. Un análisis comparado de la legislación antiterrorista", en: Bueno Arus, Francisco y otros (directores), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal, Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: edit. Dikynson. pág. 1148.
- 22 Un amplio compendio del tema de las medidas bancarias para combatir el terrorismo en: Quintero Olivares, Gonzalo. (2000). *La asistencia judicial en materia penal y el secreto bancario*. Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. La Mancha: Universidad de Castilla, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional.
- 23 "Así mismo y sin pretender encasillar a ningún país, sí se sabe que hay países que son modelos en cuanto al terrorismo de Estado; como se ha demostrado en los tribunales nacionales e internacionales en los casos sucedidos en décadas pasadas en Estados como Argentina, Perú, Chile". En extenso sobre el terrorismo de Estado: Torres Vásquez, Henry. (2010). "El concepto de terrorismo de Estado. Una propuesta de Lege Ferenda". *Revista Diálogos de Saberes*, núm. 33, Facultad de Derecho, Universidad Libre, Bogotá. págs. 129 y ss.

temporalmente principios del derecho penal que parecían inalterables²⁴. Entonces, para superar a la delincuencia terrorista, el derecho penal se hizo presente desde hace varios años en otros campos. Por ejemplo, en las entidades que tienen en sus manos el manejo de dinero, tal como los bancos, actualmente están en la obligación de adoptar los mecanismos de control relativo al flujo de dinero en sus entidades; de lo contrario, habrá sanciones penales.

Luego, esos mecanismos hoy son apropiados y parecen suficientes, y su orientación es con el fin de evitar que esos establecimientos y las operaciones económicas que estos manejan sean utilizados como instrumento para el ocultamiento, manejo, inversión o aprovechamiento en cualquier forma de dinero u otros bienes provenientes de actividades delictivas, o para dar apariencia de legalidad a las actividades delictivas o a las transacciones y fondos vinculados con las mismas.

Es, pues, bastante claro que se busca evitar que una actividad delictiva como es el terrorismo tenga, como hasta hace poco tenía, un aliado muy importante: la banca internacional y su escasa preocupación concerniente a la procedencia de los dineros que por ellos circulaban.

EL D.P.I. Y LA PERSECUCIÓN DE LOS CRÍMENES DE ESTADO

El derecho penal se utiliza a manera de elemento más importante, obligatorio e

imprescindible para resolver una serie de dificultades del Estado. Haciendo uso del “alarmismo”²⁵, el derecho penal “resuelve” el problema del terrorismo convencional, pero no busca soluciones para el terror o terrorismo estatal. En ese sentido el gobierno del Estado, no busca ninguna otra alternativa, o si la busca, el primer lugar en la escala de medidas contra el terrorismo político es el derecho penal y por supuesto, no combate su propio terror. Lo único que se le pide al Estado es que cumpla su función de ser garante de los derechos de los ciudadanos, en consecuencia, evitando la violación de derechos o la suspensión de los mismos de manera que puede llegar a ser definitiva. Se le pide que tenga que respetar los derechos fundamentales y, de todas formas, los derechos humanos. Es decir, se tiene que compatibilizar la persecución del terrorismo y la utilización del D.P.I., pero dentro del marco legal y obviamente dentro del respeto a los derechos humanos²⁶. Es de observar, la poca o nula utilidad de los derechos humanos cuando está primero la sujeción al derecho internacional tradicional. De cualquier modo, no se respetan las pocas decisiones al respecto.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, “consciente de la necesidad de proteger los derechos humanos y de ofrecer garantías para los individuos de acuerdo con los principios internacionales de los derechos humanos, particularmente el derecho a la vida”, llama a los Estados a que “tomen todas las medidas necesarias en concordancia con las normas internacionales de derechos

24 Sobre los distintos instrumentos internacionales para combatir el terrorismo, léase: “Respuestas jurídicas frente al terrorismo: ámbitos internacional, europeo y nacional”, en: Bueno Arus, Francisco y otros (directores). (2006). *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal*, Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez. Madrid: edit. Dikynson, pág. 1220.

25 “En ocasiones la intervención penal se decide desde aspectos puramente alarmistas e irreflexivos, y no desde los principios rectores del Derecho penal”. García Alfaráz, Ana Isabel. (2006). “Acerca del terrorismo internacional”, en: Sanz Mulas, Nieves, “Violencia juvenil y tribus urbanas”, en: *El desafío de la criminalidad organizada*, Granada: edit. Comares. pág. 275.

26 No sobra advertir que el hecho de estar el Estado, aferrado al derecho no implica que la norma no tenga prevista la violación de los derechos humanos. Sólo hay que recordar que la ley patriótica propugna por la violación de numerosos derechos de los detenidos. Del mismo modo no sobra recordar que esas acciones son en su mayoría violaciones a los derechos humanos.

humanos para prevenir, combatir y eliminar todos los actos de terrorismo donde quiera y por quien quiera los haya cometido”²⁷. Como se ve, la utilización del D.P.I., que hasta ahora había sido muy recurrente (además muy efectivo), ha ocasionado auténticos debates de todo tipo por ser violatorio de los derechos humanos. Claro es que los avances del terrorismo en todas sus facetas (además de un fuerte apoyo económico, un gran desarrollo tecnológico y, fundamentalmente, la actitud suicida de algunos terroristas) han hecho que el D.P.I. tenga que ser utilizado sin el “guante blanco”²⁸ que debería tener. Desde luego, esto no significa que se quiere propiciar o fomentar un enfrentamiento entre los Estados y los terroristas, por fuera del principio legalidad; pero sí es posible que en una visión suprapositiva, necesaria en los tiempos que corren, se puede derrotar el terrorismo sin eliminar los derechos humanos.

Es natural esta preocupación, pues las denuncias por violación a los derechos humanos son constantes. Respetar los derechos humanos es la mejor manera de promover la seguridad, y con ello poder garantizar que

sean unos derechos efectivos para todos, sin distinción de raza, país o religión; derechos que, aunque cuestionados siempre por distintos intérpretes, los EE.UU. sistemáticamente han violado. Este país es violador de los derechos humanos y, además, ha sido el único acusado ante el Tribunal Internacional de Justicia por su “uso ilegítimo de la fuerza”²⁹ en su guerra terrorista contra Nicaragua. El caso se resolvió sin que se ejecutara la sentencia y tuvo un manejo distinto a otros; lo que hay que criticar abiertamente es el trato que se le da a los EE.UU. y el que se da a otros países por desconocer las Resoluciones de la ONU³⁰, como el caso de Cuba y los “embargos económicos” a los que ha estado sometida. Las sanciones de las cuales ha sido objeto ese país lo han sumido en la miseria, es una decisión que “fue ilegal porque el principio de la autodeterminación, en el plano interno, significa la facultad que tiene cada Estado de dotarse del sistema político, y Cuba, en su soberanía, había decidido que era socialista. El bloqueo ya no se justifica”³¹. Aún con esas sanciones el Derecho Internacional pasa a un segundo plano, dada la transmutación de normas de los EE. UU. a otros países. Estamos frente a una

27 Naciones Unidas. Doc. A/50/186, adoptado por la Asamblea General, el 22 de diciembre de 1995.

28 Con esta acepción quiero significar que no hay elegancia en su uso, del mismo modo que quiero resaltar la poca claridad con que se aplica el D.P.I. Por tanto, su no utilización puede llevar (como en efecto sucede) a una escasa protección del mismo frente a posibles abusos en los derechos humanos.

29 La Corte Internacional de Justicia en 1986 condenó a EE.UU. por el uso ilegal de la fuerza contra Nicaragua y exigió el pago de una indemnización. Allí, además, se declaraba que toda la ayuda estadounidense a los nicaragüenses no era humanitaria. Sin embargo, a pesar de tal condena aquel país, muy por el contrario de lo establecido en la condena, no sólo aumentó la ayuda militar, sino que no indemnizó al Estado nicaragüense. Op. cit., Chomsky, *Poder y terror*, pág. 50.

30 CHOMSKY, Noam, *Estados Canallas, El imperio de la fuerza en los asuntos mundiales*. (2002). Barcelona: edit. Paidós. págs. 167-168, además el autor reflexiona de forma muy extensa sobre sí “¿se aplican esos duros juicios al país que inició la era de la posguerra fría invadiendo Panamá, donde, cuatro años después, la comisión de derechos humanos del gobierno cliente declaraba que el derecho a la autodeterminación y a la soberanía seguía siendo violada por el ‘estado de ocupación por parte de un ejército extranjero’ y condenaba sus continuadas violaciones a los derechos humanos? Omito aquí ejemplos más dramáticos, como el ataque estadounidense contra Vietnam del Sur de 1961-1962, cuando la administración Kennedy pasó del apoyo a un Estado terrorista estilo latinoamericano a la agresión rotunda, hechos que aún ‘no sería adecuado’ ‘admitir en la historia’”.

31 HOYOS LEMÚS, Félix. (1993). *El principio de Autodeterminación de los pueblos*. Bogotá: edit. Universidad Nacional de Colombia. pág. 39.

oleada internacional de violación flagrante de garantías mínimas reconocidas internacionalmente para todos los individuos, amparados en la socorrida, por estos tiempos alusión a la paz, la seguridad nacional, la convivencia pacífica o cualquier otro fin en apariencia altruista. Aclarando que el propio uso del derecho, es decir, la puesta en marcha de los mecanismos legales para la prevención y sanción de hechos lesivos de intereses dignos de protección debe estar acorde con el derecho internacional, con los tratados y convenciones sobre derechos humanos y los mismos que hagan reseña al derecho internacional humanitario, que a pesar de ser el convenio que regula los conflictos armados, aun en esas circunstancias está prohibido el terrorismo³².

EL IRRESPECTO A LOS DERECHOS HUMANOS EN EL TERRORISMO DE ESTADO

En el terrorismo de Estado los derechos humanos no se respetan, a pesar de existir en el D.P.I. límites a las acciones de los gobiernos, principalmente en cuanto al entendimiento del respeto por la legalidad y los derechos humanos. No obstante, en algunos casos no existen garantías y controles legales y judiciales que sean auténticos y respetados límites a la actividad del gobierno, a fin de lograr la vigencia de los derechos humanos. En gran parte de los casos, igual

que se hace con el derecho penal interno, se instrumentaliza el D.P.I., en ambos casos tales derechos sirven de control social. De ese modo, se generaliza como valor fundamental de toda la sociedad, valores que el legislador cuando legisla o el ejecutivo³³ cuando también lo hace, deben ser protegidos en razón de la colectividad.

En cuanto al terrorismo de Estado, hay que afirmar que aquí la cuestión adquiere otra dimensión, quizás más lamentable. De un lado, el D.P.I. es ajustado a sus intereses por los gobiernos que efectúan terrorismo de Estado, pero no emplean sino aquella normativa o parte de la misma que sirve a sus intereses. Es decir, la normativa internacional que hace advertencia a la defensa de los derechos humanos, no es de utilización o si lo es, lo será de aplicación muy restrictiva. Es, entonces, donde el D.P.I. debiera ser interpretado a manera de “maná” para la sociedad aterrorizada permanentemente por el terrorismo que proviene directamente del Estado. Hay ocasión para añadir que aquí se trata de disuadir al Estado para que no efectúe actos indiscriminados de terror, para que no convulsione y empobrezca más a su propio pueblo, para que respete los derechos humanos.

Cuando la comunidad internacional se entere, o bien, la local, así lo requiera, debido a que en un determinado país existe terrorismo de Estado, la acción de la justicia universal debe

32 Jean Pictet define el Derecho Internacional Humanitario (DIH) como “esa parte considerable del Derecho Internacional Público que se inspira en el sentimiento de humanidad y que se centra en la protección de la persona en caso de guerra”. Así mismo, puede decirse que el DIH es el conjunto de principios, leyes, usos, costumbres, prácticas y tratados internacionales que tienen por finalidad regular las hostilidades militares, imponiéndole a los actores armados límites en los métodos y en los medios de combate, y adicionalmente tiene como finalidad la protección de las víctimas de los conflictos armados, en particular, la protección de las personas que no participan en las hostilidades militares, como la población civil, el personal sanitario y el personal religioso adscritos a las fuerzas en campaña. Así mismo, protege al combatiente que por herida, enfermedad u otra causa ha dejado de combatir. Pictet, Jean. (1990). “El Derecho Internacional Humanitario: Definición”, en: *Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario*, Madrid: Editorial Tecnos.

33 No hay que olvidar que cuando hay situaciones de emergencia en las que se aplique el llamado “Estado de emergencia” o “Estado de sitio”, entre otros, se brinda la posibilidad de que el ejecutivo legisle durante el tiempo que dure la crisis.

actuar en la persecución de este tipo de crímenes. Para lo cual, según nuestro criterio, deberá, cumplir con estos tres requisitos:

Primero: se tiene que perseguir por cualquier Estado que posea los medios necesarios para investigar y juzgar tales crímenes, como resultado de la competencia que le brinda la aplicación del principio de justicia penal universal³⁴. La acción de la justicia se puede iniciar entonces en cualquier momento o lugar, aún sin ser el mismo territorio donde acaecieron los hechos. Con ello se logra erradicar en parte la impunidad de estos delitos, ya que la posición de privilegio que tienen en los casos de terrorismo de Estado los gobernantes es absoluta.

Segundo: por ser catalogados de crímenes contra la humanidad, ya sean estos cometidos por acción u omisión por parte del Estado en contra de sus súbditos, están estipulados y sancionados en normas internacionales que actúan como derecho preferente (o complementario en algunos casos de competencia de la Corte Penal Internacional), respecto de las propias de cada país.

Tercero: el castigo que se imponga se debe cumplir, aún cuando haya sido para una potencia como es los EE.UU., y especialmente se debe castigar a los patrocinadores del terrorismo; es ahí en donde el asunto adquiere una mayor importancia, cuando quien comete esas acciones de terrorismo de Esta-

do es un Estado como los EE.UU., o cualquier otro. Esos Estados se inmiscuyen tanto en los asuntos de otro, que financian o colaboran directamente con las acciones terroristas del Estado subyacente; es claro que el terrorismo ha sido financiado por otros países³⁵, pero el terrorismo de Estado es en el que más se han involucrado todos los países imperialistas³⁶, por ser donde más intereses económicos hay en juego.

CONCLUSIONES

En el D.P.I. se encuentra la aplicación de justicia por parte de Tribunales Internacionales distintos a la C.P.I., por ejemplo el caso de la Audiencia Nacional española. Éste es un buen instrumento para la persecución de aquellos delitos estimados graves para la comunidad internacional en los que caben los cometidos por la delincuencia transnacional, como pueden ser el terrorismo, el lavado de activos, el secuestro, etc. De la misma manera estos tribunales asumen su competencia respecto de los clásicos delitos que provienen del progresivo desarrollo del derecho internacional penal, que tuvo su punto de partida en el proceso de Nuremberg.

La criminalidad organizada ha estado latente en los últimos años; casos como el de Colombia o el de México son paradigmáticos en lo que hace referencia a las drogas y al terrorismo. En esa “guerra contra el terro-

34 No obstante, que existen críticas respecto a que estos organismos son creados por las potencias para los países emergentes, así los causantes del terrorismo se lavan las manos, “Esto origina reservas éticas y políticas frente al sistema penal internacional del E.C.P. I., tanto frente a la competencia subsidiaria de la Corte como frente a la de tribunales distintos del país realmente involucrado en los delitos internacionales de los que se trate (principio de ‘justicia universal’)”. Pastor, Daniel R. (2006). *El poder penal internacional, una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: edit. Atelier. págs. 87 y ss.

35 Para dar claridad al apunte hay que señalar: “Tras la primera guerra mundial, se puso de moda que algunos gobiernos financiaran a los grupos terroristas (...). El IRA ha seguido recibiendo contribuciones de Estados Unidos, y los grupos terroristas árabes palestinos han recibido cientos de millones de dólares de los países productores de petróleo”. Laqueur, Walter. (2004). *Una historia del terrorismo*. Barcelona: edit. Paidós Ibérica. pág. 135.

36 Baste decir, por ahora, que en Turquía, EE.UU. lo hizo y que como se verá más adelante, lo hace en Colombia, a través del llamado Plan Colombia, justificado ante todo como guerra contra las drogas.

rismo” o “contra las drogas” se ha creado y consolidado una idea tergiversada en el imaginario colectivo de la necesidad de seguridad en detrimento de las libertades más elementales; aún así la sociedad permite o tolera hasta violaciones a los derechos humanos debido a la gran campaña mediática. En ese aspecto es común encontrar momentos en los que se está en medio del terrorismo de Estado, principalmente cuando de perseguir al terrorismo se trata, y la sociedad es más permisiva con las acciones criminales que provienen de agentes del Estado cuando se trata de perseguir dos tipos de criminalidad bien distinta: las drogas y el terrorismo.

En este nuevo siglo la criminalidad que está confrontando a los países y al sistema penal en su totalidad es la criminalidad organizada, empresarial, transnacional, que utiliza instrumentos sofisticados como los medios de comunicación modernos y las redes comerciales internacionales para obtener sus fines. El terrorismo, por ende, no escapa a esta nueva modalidad del crimen, y ante tal situación se hizo necesaria, de un lado, la creación y puesta en marcha de un derecho internacional mucho más efectivo. Ese derecho internacional se cristaliza después de parecer ineficaces y poco eficientes las políticas criminales para hacer frente a nuevos retos, a nuevas formas de criminalidad, a nuevas maneras de volver el crimen un asunto mundial. Por otro lado, se hizo necesaria la internacionalización del derecho, de un derecho penal que, según el maestro Quintero Olivares, “es la defensa de los principios jurídicos-internacionales de coexistencia pacífica y contenido humanitario frente a la simple autodefensa del Estado”³⁷. Es urgente su funcionamiento, y sobre todo que bajo el prisma de la justicia

universal se procese a aquellos Estados subyacentes, en los que se sigue exprimiendo al máximo el derecho, se sigue transgrediendo la ley penal, gobiernos que siguen cometiendo lo que se ha dado en llamar terrorismo de Estado. Tampoco se puede permitir que existan delitos que no merezcan todo el reproche punitivo universal; al contrario, la comunidad internacional tiene que perseguir a esos criminales; la garantía de imprescriptibilidad es bien acogida para la persecución del hecho ilícito y no viola el principio de legalidad, que tiene raigambre constitucional. Se hace necesario entonces crear un D.P.I. que sea el conjunto de normas penales que traspasan las fronteras nacionales y que sirvan fundamentalmente para combatir delitos que por su naturaleza son de difícil persecución en las jurisdicciones nacionales, en los que se hace necesaria la unión o, más bien, la cooperación entre los países a fin de lograr minimizar los riesgos de ese tipo de delincuencia. En ellos, hoy se recurre a los llamados “modelos de urgencia” que van en detrimento de los derechos de los ciudadanos, “modelo de urgencia con pretensiones de eficacia intimidatoria, no individual, sino colectiva, un modelo que favorece la práctica de la tortura”³⁸.

Finalmente, sólo resta esperar que el derecho penal sea aplicado por instancias internacionales como la Corte Penal Internacional o cualquier otro país que se abrogue el derecho a perseguir a este tipo de criminales en virtud del principio de justicia universal.

BIBLIOGRAFÍA

AMATI, Enrico y otros. (2009). *Introducción al derecho penal internacional* (traducción de Yezid Viveros), Bogotá: edit. Universidad Libre.

37 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Director. (2004). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. Navarra, España: edit. Aranzadi. 4.^a edición. pág. 2140.

38 PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Terrorismo de Estado: “Los Grupos Antiterroristas de Liberación Nacional (G.A.L.)”, en el libro *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoriam*, Volumen II, dirigido por Luis A. Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, edit. Universidad de Castilla La Mancha, y de la Universidad de Salamanca, Salamanca 2001, pág. 503.

- AMBOS, Kai, MALARINO, Ezequiel y WOYSCHNIK, Jan. (2005). *Temas actuales del Derecho Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo, Uruguay: edit, Konrad.
- ARENDDT, Hanna. (1982). *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid: Alianza editorial.
- BOBBIO, Norberto. (1992). *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona: edit. Gedisa.
- BUENO ARUS, Francisco y otros (directores). (2006). *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal*. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez. Madrid: edit. Dikynson.
- CHOMSKY, Noam. (2003). *Poder y terror*. RBA libros, S.A. Barcelona.
- _____ (2002). Estados Canallas, *El imperio de la fuerza en los asuntos mundiales*. Barcelona: Paidós.
- DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. (1999). *El derecho penal internacional*. Madrid: edit. Colex.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, y otros. *Derecho penal colombiano, parte general*. Bogotá: edit. Ibáñez.
- GARCÍA ALFARAZ, Ana Isabel. (2006). “Acerca del terrorismo internacional”, en: Sanz Mulas, Nieves, “Violencia juvenil y tribus urbanas”, en: *El desafío de la criminalidad organizada*, Granada: edit. Comares.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. (2001). *Filosofía Política, Derecho*, Colección Honoris Causa, Universidad de Valencia.
- GLOVER, Ross. (2003). “La guerra contra _____”, en: *Lenguaje colateral. Claves para justificar una guerra*. Madrid: edit. Páginas de Espuma.
- HOYOS LEMUS, Félix. (1993). *El principio de Autodeterminación de los pueblos*. Bogotá: edit., Universidad Nacional de Colombia.
- LAQUEUR, Walter. (2004). *Una historia del terrorismo*. Barcelona: edit. Paidós Ibérica.
- LARRIBA HINOJAR, Beatriz. (2007). La lucha contra la financiación del terrorismo en el marco de la Unión Europea: Cuestiones y perspectiva, en: González, José Luis, Director, “Terrorismo y mecanismos para el fin de la violencia”, en: González Cussac, José Luis, (Director) Fuerzas Armadas y seguridad pública: consideraciones en torno al terrorismo y la inmigración. Castellón de la Plana: edit. Publicaciones de la Universidad Jaime I de Castellón.
- PASTOR, Daniel R. (2006). *El poder penal internacional, una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: edit. Atelier.
- PICTET, Jean. (1990). “El Derecho Internacional Humanitario: Definición”, en *Las dimensiones internacionales del Derecho Humanitario*. Madrid: Editorial Tecnos.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Terrorismo de Estado: “Los Grupos Antiterroristas de Liberación Nacional (G.A.L.)”, en el libro *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoriam*, Volumen II, dirigido por Luis A. Arroyo Zapatero e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Salamanca: edit. Universidad de Castilla La Mancha, y de la Universidad de Salamanca.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (2000). *La asistencia judicial en materia penal y el secreto bancario*, Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. La Mancha: Universidad de Castilla.
- _____ (2004). *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*. 4.ª ed. Navarra, España: edit. Aranzadi.
- SALAS CALERO, Luis. (2006). “La ley patriótica USA”, en *Terrorismo y Proceso penal Acusatorio*, Coordinadores Juan Luis Gómez

Colomer y José Luis González Cussac. Valencia: edit. Tirant Lo Blanc.

TORRES VÁSQUEZ, Henry. (2010). “El concepto de terrorismo, su inexistencia o inoperancia: la apertura a la violación de derechos humanos”, *Revista Diálogos de Saberes*, núm. 32, Facultad de Derecho, Universidad Libre, Bogotá.

_____ “El concepto de terrorismo de Estado. Una propuesta de Lege Ferenda”. *Revista Diálogos de Saberes* núm. 33, Facultad de Derecho, Universidad Libre, Bogotá.

WALZER, Michael. (2004). *Reflexiones sobre la Guerra*, Barcelona: edit. Paidós.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. (1991). “Sistemas penales latinoamericanos y derechos humanos” en: *Justicia, derechos humanos e impunidad*. Bogotá: Consejería Presidencial para la Defensa, Protección y Promoción de los Derechos Humanos, Fundación para la educación y la cultura, FICA.

REPRESENTACIONES SOCIALES DE LOS DERECHOS HUMANOS PROTEGIDOS POR EL DIH: CONCEPTUALIZACIONES PRELIMINARES A UN ESTUDIO ANALÍTICO *

Fernando García**
Diana Bernal***
Anyela Moreno****

RESUMEN

El artículo describe el contexto en el que surge la pregunta por las representaciones sociales del Derecho Internacional Humanitario: una situación de conflicto armado, reflejada en un mundo simbólico en el que nociones normativas, que tienen una aceptación más o menos generalizada, conviven con valoraciones y prácticas contradictorias. Se presentan a continuación los principios del DIH, los fundamentos de la teoría de las representaciones

sociales y se enfoca la aplicación de la técnica particular del diferencial semántico para abordarlas. Finalmente, se reseñan algunas investigaciones sobre Derechos Humanos realizadas desde la perspectiva de las representaciones sociales, lo que permite apreciar el alcance de la teoría para una investigación propuesta específicamente en el campo del DIH.

Palabras clave: Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos, representaciones sociales, conflicto armado.

Fecha de recepción 16 de septiembre de 2010. Fecha de aceptación: 6 de noviembre de 2010.

* Artículo de revisión bibliográfica dentro del proyecto de investigación “Representaciones sociales de los Derechos Humanos protegidos por el Derecho Internacional Humanitario en estudiantes de la Fundación Universitaria Los Libertadores” inscrito en la línea de investigación institucional “Pedagogía, Medios y Mediaciones”, vinculado al “Grupo de Investigación en Estudios Internacionales” de la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Fundación Universitaria Los Libertadores.

** Profesional en Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia, máster en Pedagogía de Medios de la Universidad de Friburgo (Alemania) y candidato a doctor en filosofía en la Universidad Libre de Berlín. investigador del programa de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Fundación Universitaria Los Libertadores. E – mail: garcia.leguizamon@gmail.com

*** Profesional en Derecho y Ciencias Políticas con especializaciones en Derecho y nuevas tecnologías sobre la vida y en Derechos Humanos. Candidata a doctora en Bioética y Biojurídica, docente catedrática del programa de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Fundación Universitaria Los Libertadores. E – mail: drociobernal@hotmail.com

**** Profesional en psicología de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Psicología Jurídica de la Universidad Santo Tomás y Magíster en curso en Investigación en problemas sociales contemporáneos de la Universidad Central de Colombia. Investigadora del programa de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Fundación Universitaria Los Libertadores. E – mail: anyelamor@gmail.com

ABSTRACT

The article describes the context in which the question arises about the social representations of the International Humanitarian Law: a situation of armed conflict, reflected in a symbolic world in which normative notions, which have a more or less widespread acceptance, coexist with contradictory evaluations and practices. There appear next the basic principles IHL, the essentials of the theory of the social representations and there is focused the application of the semantic differential technique to tackle these representations. Finally, some investigations are reviewed on Human Rights carried out from the perspective of the social representations; this allows to assess the scope of this theory for an investigation that is proposed specifically in the field of the IHL.

Key words: International Humanitarian Law, Human Rights, social representations, armed conflict.

INTRODUCCIÓN

Un estudio del Comité Internacional de la Cruz Roja, titulado *El origen del comportamiento en la guerra*¹, concluye que el Derecho Internacional Humanitario (DIH) posee un “carácter universal”, puesto que, por encima de diferencias culturales, tanto civiles como combatientes reconocen sus principios, al menos de manera intuitiva, y se adhieren a ellos, ya sea sobre la base de una invocación a principios religiosos o por recurso a tradiciones seculares. Expuesta así, la conclusión no deja de despertar cierta extrañeza, ya que se suele creer que una de las causas –quizá la principal– de la frecuente violación de esos Derechos Humanos, que reclaman validez aún en situación de conflicto, es precisamente la

falta de un conocimiento de las normas del DIH o, al menos, de un consenso en torno al espíritu que las orienta. El estudio mencionado precisa, sin embargo, que el indiscutible reconocimiento de normas generales orientadas a prohibir ciertos comportamientos en tiempos de guerra y a proteger a la población civil, no implica necesariamente un compromiso concreto con su aplicación. Dicho de otra forma, existe una brecha entre el reconocimiento del Derecho, entendido tanto como identificación y adherencia abstracta, y su realización en la acción.

Desde una perspectiva ética se puede afirmar que esta idea no constituye en modo alguno una novedad pues, al menos desde Aristóteles, se sabe que el conocimiento del bien no es suficiente para practicarlo, ni el reconocimiento del mal basta para dejar de hacerlo, sino que el camino a la virtud supone un arduo aprendizaje en el fortalecimiento de la voluntad. Sin embargo, en el caso que ocupa, el asunto va más allá del cultivo de determinadas disposiciones personales, puesto que la restricción del actuar en situaciones de conflicto armado no se basa en compromisos de tipo moral y/o religioso de una conciencia individual –que serían sin duda deseables en cuanto garantizan un engranaje normativo en estructuras más profundas de la personalidad, pero que, al mismo tiempo dejarían la interpretación de las normas a criterios particulares – sino en normas que han adquirido un estatus jurídico de obligatoriedad universal.

Lo que llama la atención con respecto al DIH es que, a pesar del supuesto reconocimiento común del que sus normas pueden gozar, en determinadas circunstancias tanto actores directos del conflicto como ciudadanos consienten una relativización en su aplicación e incluso justifican su violación. El estudio de

1 MUÑOZ – ROJAS, D. & Frésard, J. *El origen del comportamiento en la guerra. Comprender y prevenir la violación del DIH*. Comité Internacional de la Cruz Roja. Ginebra, 2004. [Consultado el 23 de septiembre de 2009] Disponible en línea: [http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/p0853/\\$File/ICRC_003_085.3.PDF](http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/p0853/$File/ICRC_003_085.3.PDF)

la Cruz Roja precisa algunas de estas circunstancias en el caso de los combatientes: las demandas de conformidad con el grupo – que conllevan una despersonalización y una laxitud en la responsabilidad individual–; la obediencia a la autoridad –ya sea porque de ella provengan órdenes explícitas o autorizaciones implícitas para la violación–; y el haber padecido directamente agresiones –lo que alimenta la espiral de la violencia.

Se puede suponer que tales contradicciones aparecen también en las representaciones de la sociedad civil, a juzgar, por ejemplo, por las expresiones que se encuentran en los foros virtuales de los diarios, en los que se demanda el uso irrestricto de la fuerza militar para eliminar a un adversario que no respeta los Derechos Humanos, o se considera de poca gravedad el uso estratégico de símbolos de organismos humanitarios, si ello produce a las fuerzas regulares ventajas en la guerra, desconociendo que en el marco del DIH se insta a su respeto absoluto y se sanciona su violación, ya que estos emblemas, representan la confiabilidad en el ejercicio imparcial de la asistencia humanitaria y el alivio del sufrimiento de las víctimas².

Junto a un ideal categórico de inviolabilidad de la dignidad humana, reconocido ampliamente como referente compartido, se activan excepciones y salvedades en su cumplimiento, que usualmente se busca justificar a partir del “malicioso” comportamiento del “enemigo”, lo que, en el caso del DIH, implica ignorar el compromiso de unilateralidad que impone la adhesión de los Estados a los protocolos que lo definen.

En la situación actual de Colombia, la preocupación por el cabal reconocimiento de normas que, aún en medio de las agresiones bélicas, garanticen el respeto de las partes por la dignidad humana, se convierte en algo ur-

gente. Aunque no todos los ciudadanos tengan una noción precisa de sus determinaciones formales, los contenidos del DIH, dinamizados comunicativamente a partir de representaciones compartidas de los Derechos Humanos (DDHH), penetran en el lenguaje de los intercambios cotidianos, se van integrando a los objetos de una imaginación compartida e instituyendo como referentes normativos generales. Pero, como se dijo, esta integración no ocurre de manera homogénea y libre de contradicciones, lo que dificulta la acción coherente y digna de credibilidad de quienes se levantan para exigir un respeto por esas normas. Aun así, es de considerar que, ante reiteradas violaciones del DIH por las partes del conflicto y ante las ambiguas acciones del Estado mismo para su protección, le corresponde a la sociedad civil un papel legítimo y decisivo en la exigencia de que dichas normas sean respetadas.

A la universidad, como espacio de generación de saberes para y sobre la sociedad, le corresponde la tarea de arrojar luz sobre las cogniciones que del DIH construyen socialmente los ciudadanos. Lo que se propone con esta investigación es que la institución dirija la mirada a su interior, a los sujetos que la componen y la habitan. En este sentido, se formula la pregunta por las representaciones que estudiantes de la FUL tienen del DIH como forma de regulación del conflicto armado. Se busca acceder al tejido de nociones normativas, explicaciones, metáforas, justificaciones y jerarquizaciones que conforman su comprensión, guía sus actitudes y valoraciones y marca finalmente su comportamiento. Para tal fin, se considera que la teoría de las representaciones sociales ofrece un aparataje conceptual y metodológico apropiado, en cuanto permite una aproximación a la composición y estructuración del conocimiento común en el que habitan las representaciones que aquí interesan.

2 FRAIDENRAU, S. *Relaciones entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional: el desafío de la implementación*. En FRAIDENRAU, S. & MÉNDEZ, R. “Elementos del Derecho Internacional Humanitario”, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pág. 161

1. EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1.1. Definiciones propuestas

Los Derechos Humanos (DDHH) y el Derecho Internacional Humanitario (DIH) son herramientas normativas para la protección de los derechos inalienables de la persona. Mientras que los primeros se encuentran amparados por la *Declaración Universal* de 1948, y reclaman validez en todo tiempo y lugar, el DIH tiene fundamento en el *Derecho de la Haya*, de 1907, y los *Convenios de Ginebra*, de 1949, y tiene aplicación específica en situación de conflictos armados internos e internacionales.

Con respecto a los Derechos Humanos, una de las definiciones más aceptadas por la doctrina es la propuesta por el profesor Pérez – Luño, quien precisa que se trata de “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”³. En el caso de los DDHH en el contexto del conflicto armado se hace referencia, específicamente, a los derechos fundamentales. En la línea del garantismo jurídico de Ferrajoli, se entiende por tales “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista de

su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas”⁴.

De lo anterior se sigue que la noción de DDHH corresponde, en gran medida, a aquello que una norma fundamental define como tales. Así, por ejemplo, en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, a través de la Constitución Política, en el Capítulo II del Título II, se enuncia el catálogo de derechos reconocidos como fundamentales, señalando, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad, a la igualdad, a la libertad, que corresponden al denominado núcleo duro de protección común del DIH y los DDHH en situaciones de conflicto.

Por su parte, en referencia al DIH, Christophe Swinarski propone que se entienda como “El conjunto de normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados internacionales o no internacionales y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a escoger libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra (Derecho de la Haya), o que protege a las personas y a los bienes afectados (Derecho de Ginebra)”⁵.

El DIH busca disminuir las desgracias producidas por la guerra, estableciendo unos mínimos entre las partes en lo que tiene que ver con los métodos empleados y la protección de la población civil. Como señala Rodrigo Uprimny, este derecho es fruto de “prácticas consuetudinarias”, lo que significa que sus normas positivas “deben ser entendidas más como la simple codificación de

3 PÉREZ – LUÑO, A. E. *Delimitación conceptual de los Derechos Humanos*, en PÉREZ- LUÑO, A. E. “Los Derechos Humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema”. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979, pág. 43.

4 FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, pág. 19.

5 SWINARSKI, Ch. *Direito Internacional Humanitari: principais noções e institutos*. Sao Paulo: Revista Dos Tribunais, Universidad de Sao Paulo, Núcleo de estudios da Violência, 1990, pág. 30-31.

obligaciones existentes, que como la creación de principios y normas nuevas”⁶.

En el contexto del derecho internacional contemporáneo el DIH, en aplicación del principio de solidaridad entre los Estados, ha adoptado nuevas finalidades, no solo para efectos de la solución de los conflictos armados, sino de manera particular para la lucha y erradicación del llamado terrorismo internacional, que como tendencia actual, implica la acción global de los Estados en sus distintos niveles⁷.

1.2. Sujetos del derecho internacional humanitario

La existencia de sujetos del DIH se fundamenta en el Principio de Distinción, que dispone un trato diferente atendiendo a factores objetivos y racionales, lo que conlleva a determinar niveles de protección y obligaciones entre las categorías de sujetos, es decir que pretende proteger tanto a quienes no participan en el conflicto, como a los combatientes⁸.

El DIH hace uso de la expresión “partes”, para referirse tanto a los combatientes, como a las personas protegidas. Dentro de los primeros se incluyen los Estados (a través de sus fuerzas armadas regulares, denominadas “altas partes”), los beligerantes e insurgentes y los grupos armados organizados. Dentro de las personas protegidas se encuentran la población civil, el personal sanitario o religioso, los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados, los heridos y enfermos de los ejércitos, los náufragos y los combatientes que hayan depuesto las ar-

mas por captura, rendición o cualquier otra causa análoga. Esta distinción concede al combatiente el derecho de participar en forma directa y legítima dentro de las hostilidades y gozar de las normas del derecho de guerra. Así mismo, obliga a respetar en todo tiempo y lugar a la población civil y a observar las normas del derecho de guerra (Artículo 44 y 48, protocolo I).

1.3. Aplicación del DIH en los conflictos internos

Las disposiciones consuetudinarias y convencionales del DIH (el artículo 3 común a los convenios de Ginebra), tienen aplicación en todos los conflictos armados internos o internacionales, pero no rigen en situaciones de violencia, disturbios o alteraciones del orden público, que no tienen el carácter de conflicto armado. Por conflicto internacional se entiende aquel que se presenta entre entidades estatales y que, en consecuencia, tiene la connotación de guerra. El conflicto interno, por su parte, es aquel en el que se presentan enfrentamientos entre las fuerzas armadas de un Estado y fuerzas armadas disidentes o rebeldes⁹.

1.4. Contenido del DIH

Los instrumentos jurídicos que sirven de soporte al DIH son:

- a. la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados del 23 de mayo de 1969, que es la norma general de los tratados internacionales, ratificada por el Estado Colombiano mediante la Ley 32 de 1981;

6 UPRIMNY, R. *Sentido y aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario* En: VILLARRAGA S., Á. “Derecho Internacional Humanitario en Colombia”. Bogotá: Ed. Temis, 1998, pág. 87-88.

7 DOMINGO, R. *El Derecho Global. Génesis y evolución, Colección Internacional No. 3*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Cátedra Garrigues-Universidad de Navarra, Biblioteca Jurídica Diké, 2009, pág. 191.

8 RAMELLI, A. *La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2ª ed, 2003, pág. 163.

9 HERNÁNDEZ, D. *Lecciones de Derecho Internacional Humanitario*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2002, pág. 61

- b. los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, ratificados por Colombia mediante la Ley 5 de 1960;
- c. los protocolos de 1977, adicionales a los cuatro Convenios de Ginebra, ratificados por Colombia mediante la Ley 171 de 1994;
- d. la Convención de la Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado y sus dos Protocolos adicionales, ratificados por el Estado colombiano mediante las Leyes 340 de 1996 y 899 del 2004;
- e. la Convención de 1972 sobre armas bacteriológicas;
- f. la Convención de 1980 y sus cinco protocolos, sobre ciertas armas convencionales;
- g. la Convención de 1993 sobre armas químicas;
- h. el Tratado de Ottawa, de 1997, sobre minas anti-persona;
- i. el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de niños en los conflictos armados¹⁰.

La aplicación del DIH en el conflicto armado interno colombiano involucra de manera específica dos instrumentos: el artículo 3° común a los cuatro Convenios de Ginebra y el mencionado protocolo adicional II de 1977. El primero, conocido como el “mini-convenio”, es uno de los más importantes instrumentos jurídicos con los que cuenta la población civil para su protección en tiempos de conflicto armado interno cuando se trata de amenaza y violación de los derechos a la vida y la integridad personal, la

dignidad humana y las garantías judiciales. Si bien, en el caso de los conflictos armados internos aplica esta disposición, lo cierto es que el mismo artículo abre la posibilidad para que las partes implicadas en el conflicto busquen la aplicación de las demás disposiciones previstas en cada uno de los Cuatro Convenios de Ginebra, bajo el respeto de los principios fundamentales del DIH y de los DDHH.

Vale la pena señalar que con la aplicación del referido Artículo 3° común a los Cuatro convenios de Ginebra, en ningún momento se abre la puerta al reconocimiento del status de beligerancia a los alzados en armas implicados en un conflicto armado interno, que es lo que se teme en muchos casos al pretender aplicar las disposiciones del DIH en materia de conflictos armados.

Por su parte, el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra desarrolla y complementa el artículo 3° común y busca, en lo esencial, proteger la dignidad humana, la vida y la integridad de las personas que no participan directamente en el desarrollo de un conflicto armado interno. A diferencia de lo que sucede con el artículo 3°, el protocolo II exige para su aplicación, “que los grupos irregulares tengan un mando responsable y un control territorial tal, que les permita realizar operaciones militares concertadas y sostenidas”¹¹.

1.5. Conflicto armado

El conflicto colombiano es percibido de diferentes maneras: algunos sostienen que se trata, efectivamente, de un conflicto armado; otros lo definen como una guerra civil; algunos hablan de violencia generalizada, mientras que otros lo consideran como expresión de una amenaza terrorista, toda vez que los grupos armados existentes hacen uso de medios y métodos prohibidos expresa-

¹⁰ *Ibidem*, pág. 63.

¹¹ *Ibidem*, pág. 138.

mente por el DIH¹². En lo que sigue, se tratará de delimitar una noción de conflicto armado aplicable al marco de este trabajo.

En primer lugar, se plantea una diferencia entre conflicto político y conflicto armado. De acuerdo con Barrero, el conflicto político tiene básicamente tres dimensiones: “1) tensiones permanentes por la defensa de ciertos intereses; 2) luchas por el poder; y 3) pretensiones de verdad frente a la forma en que se debería organizar la sociedad. El problema aparece cuando el Estado no brinda las condiciones mínimas para el ejercicio de una actividad política democrática e incluyente, en la que se reconozca y respete las diferencias ideológicas”¹³, caso en el que el conflicto político puede tornarse en conflicto armado.

El profesor William Ramírez Tobón –del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional– describe el conflicto armado como “una particular guerra civil” que muestra ciertas características típicas: “Se trata del enfrentamiento entre dos fuerzas claramente definidas; el conflicto involucra grandes sectores de la población; no es una violencia pasajera, sino una confrontación del Estado con organizaciones capacitadas para coordinar una lucha permanente, con un entrenamiento especializado, con un salario básico para los combatientes y con operaciones bélicas regulares que obedecen a una estrategia global”¹⁴.

Diego Otero Prada afirma que en el caso colombiano “se habla de conflicto interno porque es una lucha entre las fuerzas armadas

del Estado colombiano y grupos armados disidentes. Hay un desacuerdo en aspectos políticos, económicos sociales y culturales que hizo tránsito a un conflicto armado, porque un grupo de individuos está consiente de la injusticia y desigualdades provocadas por el grupo dominante en el poder y considera que es imposible resolverlos por medios pacíficos”¹⁵.

Esta situación permanente de conflicto armado, en la que se han movilizado recursos para el dominio de territorios y poblaciones y se ha buscado imponer visiones y definiciones sobre lo correctamente aceptable en aspectos políticos, económicos y sociales, ha permeado el mundo simbólico de la población. Como muestra la encuesta realizada por INDEPAZ en el 2006 sobre percepciones ciudadanas y negociaciones de Paz, se observa “un incremento leve en la percepción de que en Colombia hay “guerra” (del 65% de los encuestados en 2005 al 68% en 2006), y un poco mayor en el porcentaje de encuestados que califica a la situación colombiana como de “conflicto armado” (del 84% en 2005 al 90% en 2006)”.

2. DERECHOS HUMANOS EN EL DIH

Aunque tanto los DDHH como el DIH buscan, en esencia, dar efectividad al principio del respeto por la dignidad humana, el sistema de DDHH lo hace en un sentido amplio, universal e intemporal, mientras que DIH lo hace de manera particular, en circunstancias de conflicto armado, sea interno o internacional¹⁶. Sin embargo hay que seña-

12 BOLAÑOS, T. *El Derecho Internacional Humanitario ante los conflictos modernos ¿Amenaza terrorista?*. San Juan de Pasto: ediciones Ednar, 2008, pág. 44.

13 BARRERO, E. *De Macondo a mancuso: conflicto, violencia política y guerra psicológica en Colombia*, 22. Bogotá: Ediciones Cátedra Libre y Fundación América Nuestra, 2008, pág. 22.

14 RAMÍREZ T., W. *¿Guerra civil en Colombia?*, en: Revista Análisis Político No. 46., mayo-agosto de 2002 (151-163). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, IEPRI, 2002, pág. 152.

15 OTERO P., D. *Las cifras del conflicto armado*. Bogotá: INDEPAZ, 2007, pág. 35

16 ARZOLA, A. *Derecho Supranacional Humanitario y Penal. La Nueva Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)*. Caracas: Ed. Italgáfica, 2002, pág. 49.

lar que el DIH puede considerarse como “una parte específica más del ámbito de protección internacional de los derechos humanos o del derecho internacional de los derechos humanos”, más cuando el elemento de conexión directa es la protección del llamado núcleo duro de los derechos humanos¹⁷.

Para explicar la relación entre los DDHH y el DIH, existen tres enfoques: el primera, es la tesis integracionista, que busca la fusión de los dos sistemas; la segunda es la tesis separatista, para entender que se deben analizar como dos ramas independientes del derecho, y la tercera tesis, la complementarista, se refiere a la necesidad de analizar estos dos sistemas como distintos pero evidentemente complementarios¹⁸.

En una situación de conflicto armado –en la que el sometimiento por la fuerza no excluya la eliminación física del combatiente enemigo– parece a primera vista paradójico hablar de una forma de derecho que pretenda ser una salvaguarda frente a las violaciones de derechos humanos. El DIH no busca eliminar la guerra, sino que, como ya se dijo, partiendo de su existencia, busca reducir sus consecuencias, limitando la arbitrariedad, lo que se traduce en la aplicación de dos principios: distinción entre combatientes y personas civiles y prohibición y limitaciones del empleo de ciertas armas en los conflictos armados.

Por vía del artículo 93 de la Constitución Política Colombiana son aplicables las normas de derecho internacional y, cuando se trata de estados de excepción a causa de situaciones de conflicto armado, aplican las normas del DIH y DDHH por disposición

específica del artículo 214-2 y, en consecuencia, los diferentes Estados, que hacen parte de los Convenios de Ginebra, están obligados a respetar las normas en ellos contenidas sin que se permita su suspensión¹⁹.

La protección de la persona, tanto en el sistema de Derechos Humanos como en el Derecho Internacional Humanitario, tiene fundamento en el concepto y reconocimiento de la dignidad humana. Esta se sustenta en el concepto mismo de persona humana, de acuerdo con el cual “todo ser humano posee una dignidad que le es propia. Por ello, merece un respeto como fin en sí”²⁰. En consecuencia, ni siquiera los sindicados, procesados o condenados por delitos graves en un Estado, pueden ser sometidos a tratamientos degradantes, como establecen los artículos 4 y 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

A partir del concepto de dignidad humana se establecen tres categorías de derechos protegidos por el DIH: derecho a la vida, derecho a la integridad y derecho a la libertad.

En relación con el primero de éstos, el artículo 11 de la Constitución Política, en consonancia con el artículo 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, hace referencia al reconocimiento y la obligación de respeto de la vida de toda persona. Por su parte, el artículo 3° común a los convenios de Ginebra, en concordancia con los artículos 4.2 y 5.3. del Protocolo II adicional a los Convenios, en referencia a la población civil, a los no combatientes y a quienes han depuesto las armas, prohíbe expresamente cualquier atentado contra su

17 VILLAROEL, D. & GONZÁLEZ, J. *El Derecho Internacional Humanitario Presente. Reflexiones y fórmulas desde la perspectiva Europea*, en: GONZÁLEZ, J. *Derechos Humanos, Relaciones Internacionales y Globalización*. Bogotá: Universidad Alfonso X El Sabio, Grupo editorial Ibáñez, 2006, pág. 126.

18 ARZOLA, op. Cit., pág. 49.

19 MELÉNDEZ, F. *Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos. [Tesis doctoral]* Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2005, pág. 31-35.

20 ANDORNO, R. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Ed. Tecnos, 1998, pág. 31-32.

vida, y en relación con los combatientes, relativiza su protección.

La integridad física se encuentra protegida de manera implícita en el artículo 12 constitucional, en concordancia con el artículo 5° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; igualmente en los Convenios de Ginebra se hace referencia a este derecho cuando se establecen los límites y prohibiciones expresas, tanto hacia las personas especialmente protegidas por el DIH, como hacia los combatientes, prohibiéndose de manera particular conductas como la tortura física o mental, castigos corporales, castigos colectivos, tratos crueles o degradantes, suplicios y mutilaciones entre otros.

Finalmente, el derecho a la libertad se entiende como la facultad para “hacer lo que se quiera, es decir, para poder actuar y decidir libremente el propio comportamiento en todos los casos, sin obstáculos, barreras o coacciones de los poderes públicos, de otros grupos sociales y de los particulares”²¹. En el caso de los conflictos regulados por el DIH, éste se manifiesta en la llamada libertad física y de circulación, la cual puede verse amenazada o vulnerada en el caso de la toma de rehenes, los secuestros y la desaparición forzosa.

3. REPRESENTACIONES SOCIALES

El conflicto armado y sus formas de regulación, hacen parte del mundo simbólico, en el que adquieren el carácter de representaciones sociales. Según las define Serge Mosco-

vici, las representaciones sociales (RS) constituyen “un sistema de valores, ideas y prácticas con una doble función: primero, la de establecer un orden que les permita a los individuos orientarse en su mundo material y social y dominarlo; y segundo, la de posibilitar la comunicación entre los miembros de una comunidad, proporcionándoles un código para el intercambio social y un código cultural para nombrar y clasificar inequívocamente los diferentes aspectos de su mundo y de su historia individual y colectiva”²². Las RS son “teorías o representan el papel de tales”²³, y en tal sentido describen, clasifican y explican; ellas constituyen el *corpus* de conocimiento del sentido común, es decir, de aquello que “todo el mundo conoce”, un compendio de imágenes y relaciones mentales que los miembros de un grupo social reconocen y emplean para resolver problemas y hacer conjeturas y predicciones.

Sin embargo, el carácter consensual que se adscribe a las RS no significa, por supuesto, que ellas sean rígidas e inmutables pues son más bien, en palabras de Moscovici, “una red de conceptos e imágenes interactuantes cuyos contenidos evolucionan continuamente a través del tiempo y el espacio. Cómo evolucione la red depende de la complejidad y velocidad de las comunicaciones, como de la comunicación mediática disponible”²⁴. De otra parte, tampoco significa que ellas sean homogéneamente compartidas por todos, de manera que excluyan cualquier divergencia en la postura frente a objetos comunes: “La representación asume una configuración donde conceptos e imágenes pueden coexistir sin

21 PECES-BARBA, G. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid - Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 221.

22 MOSCOVICI, S., *Foreword*, en H., Claudine. *Health and illness: A social psychological analysis*. New York (London): Academic Press, London, 1973, pág. 13.

23 MOSCOVICI, S. & HEWSTONE. De la ciencia al sentido común En: MOSCOVICI, S. *Psicología social II. Pensamiento y vida social. Psicología y problemas sociales*. Barcelona, Ed. Paidós, 1986, pág. 699.

24 RODRÍGUEZ, T. *Sobre el estudio cualitativo de la estructura de las representaciones sociales*, en RODRÍGUEZ, T. *Representaciones sociales, teoría e investigación*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 2007, pág. 162.

ninguna pretensión de uniformidad, donde las incertidumbres como los malentendidos son tolerados, para que la discusión pueda seguir y los pensamientos circular”²⁵. Esta amplitud muestra ya la particular lógica de las RS, que permite la convivencia de lo racional y lo irracional y acepta lo aparentemente contradictorio; una lógica que podría caracterizarse como “socio-cognitiva”²⁶ en cuanto pone de manifiesto el papel de la interacción colectiva en la apropiación, reestructuración y validación de una realidad común.

De acuerdo con Moscovici, en el surgimiento de una RS concurren dos procesos: en primer lugar la *objetivación*, por medio de la cual algo abstracto (una teoría, un discurso formal) se hace concreto. Esta tiene lugar cuando los individuos extraen elementos discursivos de su contexto originario para trasplantarlos y combinarlos en un modelo figurativo de imágenes y metáforas. En segundo lugar el *anclaje*, esto es, la integración de nuevos fenómenos, objetos, acontecimientos, relaciones y experiencias en nociones, categorías y visiones de mundo familiares a un grupo social. Mientras la objetivación hace que “lo invisible se torne perceptible”, el anclaje permite “convertir lo extraño en algo familiar”²⁷.

Más allá de lo específicamente cognitivo, se pueden identificar procesos socio-comunicativos en la génesis de las RS. En este sentido hablan Duveen y Lloyd²⁸ de procesos sociogenéticos, es decir, aquellos en los que

una RS aparece en un grupo social, procesos ontogenéticos, referidos a su surgimiento en la conciencia individuo, lo que no ocurre solo en la infancia, sino también cuando los individuos -niños o adultos- se comprometen con una RS para participar en la vida de un grupo y reafirman con ello su identidad (de género, etnia, etc.); y de procesos microgenéticos, es decir, aquellos que tienen lugar en las interacciones sociales, en esos encuentros cotidianos espontáneos en los que se confirman y problematizan sobreentendidos y se negocian identidades. De acuerdo con Moscovici, las RS surgen influidas por las condiciones sociales en las que se piensan y constituyen y, entre ellas, son especialmente decisivos los momentos de crisis y conflicto. A partir de esto, ha propuesto Henri Tajfel que se les analice desde su condición de respuesta a tres necesidades: “a) clasificar y comprender acontecimientos complejos y dolorosos; b) justificar acciones planeadas o cometidas contra otros grupos; y c) diferenciar un grupo respecto de los demás existentes, en momentos en que pareciera desvanecerse esta distinción”²⁹.

Las RS se pueden abordar desde diferentes aspectos³⁰: las condiciones de su surgimiento, su contenido (productos imaginarios, símbolos, etc.); su modalidad (individuales o colectivas, discursivas, icónicas, etc.); su estructura (componentes centrales y periféricos); su forma de circulación (conversación, medios, institución); su dinámica (existencia de un marco compartido común en la comunicación y diferencias a las que las RS, en

25 *Ibidem*, pág. 162.

26 ABRIC, J.C., , *Specific Processes of Social Representations, Papers on social Representations*, vol. 5, núm. 1, 1996. Disponible en línea: http://www.psr.jku.at/PSR1996/5_1996Abric.pdf [Consultado el 15 de agosto de 2009].

27 *Ibidem*.

28 DUVEEN, G. & LLOYD, B. *Social representations and the development of knowledge*. New York: Cambridge UP, 1990, pág. 1-10.

29 MORA, M. *La teoría de las representaciones sociales de Serge Moscovici, Athenea Digital*, núm. 2., 2002. Disponible en línea: <http://psicologiasocial.uab.es/athenea/index.php/atheneaDigital/article/view/55/55> [Consultado el 17 de septiembre de 2009].

30 *Cfr.* Op. Cit. T., Rodríguez (2007), D., Jodelet, *Representations sociales*, en *Le Dictionnaire des Sciences Humaines* (PUF, Paris, 2006) y Op. Cit. M., Mora (2002).

cuanto “principios reguladores”, dan lugar en las actitudes individuales).

Para este estudio se adoptó la propuesta metodológica de Osgood³¹ de un acercamiento a la percepción desde las categorías de *fuerza* o importancia dada a un objeto o noción, a la *significación* o definición construida y a la *forma* de verlo en la práctica o el accionar del objeto o noción en la realidad cotidiana. Las nociones se construyen socialmente a través de diversas interacciones, experiencias y definiciones cotidianas y esta construcción se va anclando en las construcciones previas a nivel cognitivo, produciendo el significado o definición de esa noción; al mismo tiempo, a nivel afectivo, se le otorga a esta definición construida socialmente un valor o importancia, que se sitúa en la escala personal de valoraciones; simultáneamente, esta noción se pone en práctica en lo real y cotidiano.

De Osgood³² se adoptó la técnica del diferencial semántico, un proceso que permite acer-

carse a las significaciones que las personas asocian con determinados objetos, estados de cosas y conceptos, a través de preguntas indirectas en las que se les da la posibilidad de que ubiquen entre polos semánticos la connotación que tienen para ellos³³.

Sin embargo, estos tres registros no son suficientes para asir la representación social, ya que los contextos que la soportan son los que le otorgan el sentido que ella contiene. Es por eso que, adicionalmente a la aproximación por medio del diferencial semántico, se recurre a técnicas como los grupos focales, que permiten, a través de otros cuestionamientos, reconstruir los contextos en que se ha gestado y enriquecido la representación social.

4. EXPERIENCIAS EN EL ESTUDIO DE REPRESENTACIONES SOCIALES DE LOS DDHH

Finalmente se hace referencia a algunas investigaciones sobre DDHH realizadas desde

31 OSGOOD, Ch. *La medida del significado*. Madrid: Gredos, 1976, pág. 325 y ss.

32 *Ibidem*, pág. 325 y ss.

33 El diferencial semántico como técnica de recolección de información sobre la percepción de derechos se adoptó en el Proyecto investigativo *Diagnóstico sobre la vulneración de los Derechos Humanos en la localidad de Fontibón*, realizada por la Alcaldía Local de Fontibón y el Consorcio Mapinfos, en 2006. Este proyecto, cuya dirección metodológica estuvo a cargo por una de las integrantes del presente equipo, la sicóloga Anyela Moreno, tenía por objetivo explorar la percepción que tienen los habitantes de la localidad de Fontibón sobre la vulneración o protección de los Derechos Humanos. La técnica se ha mostrado también fructífera en investigaciones como la de Hilda Saleme y Estela Rosing (2000) sobre la representación social de universidad; en la de Cárdenas, M. y otros (2007) sobre las representaciones sociales de la política y la democracia en jóvenes entre los 18 y 29 años; y en la de Cárdenas, M. y Blanco, A. (2004) de representaciones sociales sobre el movimiento antiglobalización. En el contexto del trabajo sobre la universidad escriben Saleme y Rosing: “¿Es posible establecer la representación social de universidad a partir de los significados asociados al concepto universidad en un diferencial semántico? [...] Se define la representación social como un constructo determinado operacionalmente por los significados asociados por los sujetos a las escalas bipolares de un diferencial semántico sobre el concepto de Universidad. [...] La significación puede llamarse actitud, valor, o de cualquier otra manera. [Osgood] se interroga por la posibilidad de la medición del significado. Para ello, dice que el significado se determina gracias a un proceso de mediación representacional y expresa: “Las palabras representan cosas porque producen alguna replica de la conducta real hacia estas cosas en los organismos humanos como en un proceso de mediación”. El significado es connotativo, metafórico, emocional, y propone medirlo mediante un diferencial semántico. Sostiene que en este instrumento (D. S.) “existe una interacción entre los conceptos –palabras estímulos, objetos significados– y las escalas en el proceso semántico” (Saleme y Rosing, 2000, pág. 3).

el enfoque de la teoría de las representaciones sociales, que permitirán evaluar más de cerca la posibilidad de adoptar esta perspectiva en un estudio específico sobre DIH.

En el estudio de las representaciones sociales de Derechos Humanos sobresalen los aportes del psicólogo belga Willem Doise. Al abordar los DDHH como RS, Doise los define como “creencias acerca de las normas que deben regular el comportamiento de las autoridades públicas para con los individuos”³⁴, señalando que éstos, en general, no involucran tan solo reflexiones desde la teoría jurídica o la filosofía en cuanto a su fundamentación, sino que implican una comprensión acerca de cómo estos contenidos jurídicos se insertan en la realidad social de los Estados, cómo la sociedad los percibe, entiende y aplica.

Doise afirma que los DDHH son el término que institucionaliza las representaciones sociales normativas respecto de esos derechos que son comunes a la humanidad. Para su estudio parte de tres supuestos: el primero considera que los miembros de una población comparten creencias comunes respecto de campos de la vida social, las cuales se construyen en el marco de las relaciones entre estos miembros; el segundo, hace referencia a las diferencias individuales existentes respecto de las representaciones sociales construidas, lo que no excluye necesariamente un grado de adherencia más o menos generalizado a las mismas; el tercer supuesto señala que éstas se encuentran relacionadas con otras realidades simbólicas de naturaleza social³⁵.

En las investigaciones de Doise el contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aparece como un punto de referencia generalizado, independientemente de su aplicación y eficacia real, a pesar de que se constatan diferencias en su percepción relacionadas con pertenencias sociales y profesionales. Investigaciones con estudiantes de treinta y cinco países del mundo sobre la percepción que estos tienen acerca de los diferentes artículos de este instrumento internacional, muestran un reconocimiento más generalizado de los derechos fundamentales que de los derechos económicos, sociales o culturales³⁶. Otro estudio pone además en evidencia diferencias culturales respecto a la valoración de los DDHH y la importancia que se asigna a sus violaciones³⁷.

Los estudios de Doise han servido de orientación a otras investigaciones sobre representaciones sociales de los DDHH. Cicero Pereira y Leoncio Camino³⁸, por ejemplo, examinaron la relación entre representaciones sociales de los DDHH y la posición política de estudiantes universitarios de João Pessoa, señalando que el compromiso de los estudiantes hacia estos derechos se puede analizar en cuatro niveles: personal concreto, personal abstracto, gubernamental concreto y gubernamental abstracto, relacionados con lo que se percibe como el lugar de responsabilidad de esos derechos (personal o gubernamental) y el carácter del compromiso que demandan (si involucra acciones concretas o se limita a señalar lo que idealmente debería ser). Estos niveles están, a su vez, relacionados con posiciones y activismo

34 DOISE, W. *Human Rights as social representation*. New York: Routledge, 2002, pág. 57.

35 *Ibidem*, 58.

36 DOISE, W.; SPINI, D. & CLÉMENCE, A. *Human rights studied as social representations in a cross-national context* En *European Journal of Social Psychology*, No. 29, 1999, pág. 1-29.

37 DOISE, W. *Human rights: common meaning and differences in positioning*, *Psicologia: teoria e pesquisa*, No. 19, año 3, 2003, pág. 201-210.

38 PEREIRA, C. & LEONCIO, C. Representações sociais, envolvimento nos Direitos Humanos e ideologia política em estudantes universitários de João Pessoa, *Psicologia: Reflexão e Crítica*, vol. 16, núm. 3, 2003. Disponible en línea: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722003000300004 [Consultado el 12 de septiembre de 2009]

políticos: quienes muestran un compromiso personal concreto con la protección de los DH –la mayor parte de estudiantes en el estudio de Pereira y Camino– tiene una percepción de su compromiso concreto como mayor al del Estado, aunque creen que éste debería responsabilizarse más (abstracto). Estos estudiantes muestran una mayor preocupación por los derechos sociales, económicos y colectivos y tienen simpatía por partidos de izquierda. En el otro lado, quienes piensan que el Estado cumple una buena labor en dicha protección (nivel concreto) dan prioridad a los derechos políticos individuales, se involucran poco a nivel personal y muestran simpatía por partidos liberales. La priorización de uno u otro grupo de derechos, apuntan los autores, refleja una diferenciación ideológica que transporta desde su formulación misma la Declaración Universal de Derechos Humanos: “las representaciones de los DDHH se relacionan con la inserción concreta de los individuos en diversos grupos sociales y con sus posiciones ideológicas”³⁹. Los autores comparan los resultados de su estudio con los arrojados por una investigación similar realizada por Doise con estudiantes universitarios suizos, quienes muestran una percepción positiva respecto a las acciones de protección emprendidas por el Estado. Esto demuestra un grado diferente de credibilidad frente a los gobiernos, lo que suele conducir a la creencia –con un fundamento más ideológico que real– acerca de las diferencias de los gobiernos del primer y tercer mundo en cuanto a aplicación de los DDHH.

Una investigación dirigida por Lidio de Souza sobre DDHH y representaciones de justicia⁴⁰, parte de la existencia de prácticas de justicia paralelas al sistema judicial, que

estarían inspiradas en representaciones sociales de una justicia retributiva (“ojo por ojo y diente por diente”), y de que existe entre los ciudadanos una percepción de los DDHH como “privilegio” y una actitud de subvaloración de los derechos individuales, como lo indicó T.P.R. Calderia, al señalar que “Mientras que la mayor parte de la población considera esenciales los derechos a la salud, la educación, la provisión social, etc., tiende a ver como un lujo los derechos de expresión, de participación en asociaciones, de libertad individual”⁴¹.

Estas interpretaciones de los derechos, sostiene de Souza, no tienen lugar únicamente en el terreno del sentido común. Las verdades jurídicas y las realizaciones de quienes ejercen justicia no derivan de la pureza de los formalismos de los códigos, sino que involucran relaciones informales permeadas por preconceptos particulares. De aquí la importancia, sostiene de Souza, de comprender las representaciones que tienen los estudiantes universitarios respecto a objetos sociales implicados en la aplicación de justicia que pueden inferir en comportamientos relacionados con la ejecución de lo que se considera justo. De Souza emprende un estudio en el que busca establecer representaciones sociales sobre la aplicación de justicia que tienen estudiantes de primer y último semestre de derecho de la Universidade Federal do Espírito Santo, en la ciudad de Vitória, y compararlas a su vez con las que tienen estudiantes de otras facultades. Se trata de establecer la presencia de representaciones progresistas, ambivalentes y conservadoras en torno a cinco objetos: el crimen (rechazo de prácticas arbitrarias por parte de las autoridades: detenciones, allanamientos, corrupción, etc.); el criminal

39 *Ibidem*, pág. 450.

40 DE SOUZA, L., INFANTINI DA ROSA, L.; KOEHLER, H.K.; VILELA, A.; TONIATO, M., & FERREIRA, S. *Direitos humanos e representação de justiça, Psicologia: Reflexão e Crítica*, vol. 11, núm. 3. 1998. Disponible en línea: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79721998000300009 [Consultado el 17 de septiembre de 2009]

41 *Ibidem*, pág. 3.

(consideración de determinantes sociales en las actividades criminales en contraposición a ideas nativistas y psicopatológicas respecto a sus agentes); el derecho (la extensión de derechos a todas las personas, independientemente del cumplimiento de sus deberes y su comportamiento frente a la ley); justicia (percepción de la actuación discriminatoria del aparato jurídico y violación del principio de imparcialidad); y el castigo (consideración de penas diferentes a la capital – aun en el caso de delitos graves–, reacción ante expresiones como la de que “el bandido tiene que morir”, “los crímenes cometidos por autoridades deben castigarse con el mismo rigor” y el rechazo a formas privadas de justicia). La investigación arroja como resultado un predominio de representaciones progresistas en lo referente a criminalidad, castigo y derechos, de representaciones ambivalentes en el caso de la evaluación del crimen, de representaciones progresistas entre los estudiantes de derecho respecto a la justicia frente a representaciones ambivalentes en este caso en estudiantes de otras facultades. El estudio dirige su atención hacia representaciones sociales que permiten o limitan la posibilidad de una ampliación de la noción de derechos fundamentales para que incluyan al “otro”, identificado no sólo como diferente, sino incluso como “bandido”. En ese sentido, brinda un punto de referencia importante para la investigación, que inquiere por representaciones similares relacionadas con la construcción del “otro” –del antagonista– en el contexto de un conflicto armado.

Estudios de este tipo han logrado iluminar aspectos sensibles en la construcción social representacional de los DDHH. La aplicación de la teoría de las representaciones sociales para un acercamiento a las significaciones específicas que los sujetos construyen sobre DIH, promete enriquecer la comprensión de los elementos que obstaculizan o favorecen la consolidación de un lenguaje común para la exigencia del respeto a estos derechos fundamentales, en las circunstancias particulares del conflicto.

CONCLUSIONES

A partir de la literatura revisada y analizada en relación con los tres ejes temáticos de este artículo, es decir del derecho internacional humanitario, los derechos humanos y las representaciones sociales, es posible determinar que pese a los debates doctrinales que se han generado respecto de cada uno de estos, es importante mencionar que desde el punto de vista teórico se encuentran algunos elementos que permiten caracterizar e incluso conceptualizar estas tres categorías.

En segundo lugar se determinó que es posible revisar y analizar conceptos de derechos humanos o relacionados a éstos, a través de las representaciones sociales, como se evidenció en los resultados de las investigaciones referenciadas en el acápite final de este artículo.

Finalmente, teniendo en cuenta los hallazgos encontrados en relación con las técnicas para las representaciones sociales, se recurrirá tanto a los grupos focales como al diferencial semántico como herramientas no solo para determinar cuál es la representación, sino también el contexto en que se ha gestado y enriquecido, y así analizar su coincidencia o no con las definiciones teóricas reportadas en este artículo.

BIBLIOGRAFÍA

ABRIC, J.C. (1993). Central System, Peripheral System: Their Functions and Roles in the Dynamic of social Representations. *Papers on Social Representations*, vol. 2, núm. 2. Disponible en línea: http://www.psr.jku.at/PSR1993/2_1993Abric.pdf

ABRIC, J.C. (1996). Specific Processes of Social Representations. *Papers on social Representations*, vol. 5, núm. 1. Disponible en línea: http://www.psr.jku.at/PSR1996/5_1996Abric.pdf

AGUDO, A., ARRUDA, A. y de ALBA, M. (2007). *Espacios imaginarios y representaciones*

sociales: aportes desde Latinoamérica. Barcelona: Anthropos Editorial.

Alcaldía Local de Fontibón. (2006). Proyecto “Diagnóstico sobre la vulneración de los derechos humanos en la localidad de Fontibón”. Bogotá: Fondo de Desarrollo Local de la Localidad de Fontibón.

Andorno, R (1998). *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Tecnos.

ARAYA UMAÑA, S. (2002) *Las representaciones sociales: Ejes teóricos para su discusión*. San José: FLACSO. Disponible en línea: <http://www.flacso.or.cr/fileadmin/documentos/FLACSO/Cuaderno127.pdf>

ARZOLA, A. (2002). *Derecho Supranacional Humanitario y Penal. La Nueva Corte Penal Internacional* (Estatuto de Roma). Caracas: Ed. Italgráfica.

BARRERO, E. (2008). *De Macondo a mancuso: conflicto, violencia política y guerra psicológica en Colombia*. Bogotá: Ediciones Cátedra Libre y Fundación América Nuestra.

BOLAÑOS, T. (2008). *El Derecho Internacional Humanitario ante los conflictos modernos ¿Amenaza terrorista?* San Juan de Pasto: Ediciones Ednar.

BOTERO, P. (2008). *Representaciones y ciencias sociales: una perspectiva epistemológica y metodológica*. Buenos Aires: Espacio Editorial.

Cárdenas, M. y Blanco, M. (2004). Las representaciones sociales sobre el movimiento antiglobalización. En: *Psicología Política*, No. 28. España: Universidad Autónoma de Madrid, pág. 27-54.

CÁRDENAS, M., PARRA, L., PICÓN, J. y otros. (Julio 2007) Las representaciones sociales de la política y la democracia. En: *Última década*, No. 26. Chile: Universidad Católica del Norte, pág. 53-78.

CASTORINA, J. (2005). *Construcción conceptual y representaciones sociales: el conocimiento de la sociedad*. Madrid: Mino y Dávila Editores.

CHAPARRO, A. (2004-2005) Las Explicaciones sobre el conflicto armado en Colombia. *Colección universidad, ciencia y desarrollo. Fascículo No. 9*. Colombia: Universidad el Rosario.

CHÁVEZ, Y., y FALLA, U. (2005). Representaciones sociales acerca del retorno en población en situación de desplazamiento asentada en el municipio de Soacha. *Tabula Rasa* (3), pág. 272-291.

De FREITAS, R. H. (2002). Psicología social y derechos humanos. *Revista Polis. Investigación y análisis sociopolítico y psicosocial*, I (02), pág. 139-152.

De SOUZA, L., INFANTINI DA ROSA, L., KOEHLER, H. K., VILELA, A., TONIATO, M., y FERREIRA, S. (1998). Direitos humanos e representação de justiça. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, vol. 11, núm. 3. Disponible en línea: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79721998000300009

DOISE, W. (1991). Las representaciones sociales: presentación de un campo de investigación. En: *El conflicto estructurante. 20 años de Psicología Social Experimental de la Escuela de Ginebra*. España: Anthropos, pág. 196-207.
Doise, W. (2002). *Human Rights as social representations*. New York: Routledge.

DOISE, W. (2003). Human rights: common meaning and differences in positioning. En: *Psicología: teoría e pesquisa*, No. 19, año 3, pág. 201-210.

DOISE, W., SPINI, D., y CLÉMENCE, A. (1999). Human rights studied as social representations in a cross-national context. En: *European Journal of Social Psychology*, No. 29, pág. 1-29.

DOMINGO, R. (2009). El Derecho Global. Génesis y evolución. Colección Internacional No. 3. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Cátedra Garrigues – Universidad de Navarra, Biblioteca Jurídica Diké.

DOSWALD-BECK, L. (2006). El derecho a la vida en los conflictos armados: ¿brinda el

- derecho internacional humanitario respuestas a todas las cuestiones? *International Review of the Red Cross* (864), pág. 1-26.
- DUVEEN, G., y LLOYD, B. (1990). *Social representations and the development of knowledge*. New York: Cambridge UP.
- FERRAJOLI, L. (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
- FRAIDENRAU, S. (2001). Relaciones entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional: el desafío de la implementación. En: Fraidenrau, S. y Méndez, R. (compiladores). *Elementos del Derecho Internacional Humanitario*. México D.F.: UNAM.
- HERNÁNDEZ, D. (2002). *Lecciones de Derecho Internacional Humanitario*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- JODELET, D. (2006). Representations sociales. *Le Dictionnaire des Sciences Humaines*. Paris: PUF.
- MELÉNDEZ, F. (2005). *Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- MORA, M. (2002). La teoría de las representaciones sociales de Serge Moscovici. *Athenea Digital*, núm. 2. Disponible en línea: <http://psicologiasocial.uab.es/athenea/index.php/atheneaDigital/article/view/55/55>
- MOSCOVICI, S. (1973). Foreword. En: Claudine, H. (Ed.). *Health and illness: A social psychological analysis*. London/New York: Academic Press.
- MOSCOVICI, S. (1993). Introductory Address to the International Conference on Social Representations. En: Ravello (1992). *Papers on Social Representations*, vol. 2, núm. 3. Disponible en línea: http://www.psr.jku.at/PSR1993/2_1993Mosco.pdf
- MOSCOVICI, S. (1986). De la ciencia al sentido común. En: S. Moscovici, *Psicología social II. Pensamiento y vida social. Psicología y problemas sociales*. Barcelona: Paidós.
- MOSCOVICI, S. y VIGNAUX, G. (2001). The concept of themata. En: Duveen, G. (Ed.) *Social representations. Explorations in social psychology*. New York: New York University Press.
- MUÑOZ, D. y FRÉSARD, J. (2004). El origen del comportamiento en la guerra. Comprender y prevenir la violación del DIH. Ginebra: Comité Internacional de la Cruz Roja. Disponible en línea: [http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/p0853/\\$File/ICRC_003_0853.PDF](http://www.icrc.org/WEB/SPA/sitespa0.nsf/htmlall/p0853/$File/ICRC_003_0853.PDF)
- NASI, C. (2007). Percepciones ciudadanas y negociaciones de paz. En: *Ciudadanía y conflicto: II encuesta de percepciones desde la cotidianidad*. Indepaz. Bogotá: Universidad de los Andes, pág. 37-44.
- Organización de las Naciones Unidas. (2001). UN. Recuperado el 23 de Marzo de 2009, de www.ohchr.org/spanish/law/personas_civiles.htm
- OSGOOD, Ch. (1976). *La medida del significado*. Madrid: Gredos.
- OTERO, P. (2007). *Las cifras del conflicto armado*. Bogotá: INDEPAZ.
- PARDO, N. (2005). Representación de los actores armados en conflicto en la prensa colombiana. *Revista Forma y Función*, 18. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pág. 167-196.
- PECES-BARBA, G. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid – Boletín Oficial del Estado.
- PEREIRA, C. y LEONCIO, C. (2003). Representações sociais, envolvimento nos Direitos Humanos e ideologia política em estudantes

universitários de João Pessoa. En: *Psicologia: Reflexão e Crítica*, vol. 16, núm. 3. Disponible en línea: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722003000300004

PÉREZ, A. E. (1979). *Delimitación conceptual de los Derechos Humanos en la obra colectiva: Los Derechos Humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*. Sevilla: Universidad de Sevilla.

RAMELLI, A. (2003). *La Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2ª edición.

RAMÍREZ T., W. *¿Guerra civil en Colombia?*. En: Revista Análisis Político No. 46., mayo – agosto de 2002 (151-163). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, IEPRI, 2002.

RIVAS, J. (2002). Conflicto armado y militares en Colombia. Cultos, símbolos e imaginarios. *Reflexión política, junio, año 4, número 7*. Colombia: Universidad Autónoma de Bucaramanga, pág. 1-5.

RIVERA, J. (2007). Las representaciones de los actores del conflicto armado colombiano a través de los editoriales del periódico el Tiempo. Bogotá: Universidad de los Andes.

RODRÍGUEZ, T. (2007). Sobre el estudio cualitativo de la estructura de las representaciones sociales. En: T. Rodríguez, *Representaciones sociales, teoría e investigación*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara.

SALEME, H. y RISING, E. (2000). Representación social de universidad ajustada a los

resultados de un diferencial semántico. En: *RIDEP. Vol 9, No. 1*. Argentina: Facultad de psicología de la Universidad de Tucumán, pág. 105-114.

SÁNCHEZ, V., BARRETO, I., CORREA, D. y FAJARDO, M. (2007). Representaciones sociales de un grupo de estudiantes universitarios frente a un acto terrorista en Bogotá. *Revista iversitas. Perspectivas en Psicología*, 3(2), pág. 287-299.

SWINARSKI, Ch. (1990). Direito Internacional Humanitario. *Revista Dos Tribunas*, 30-31.

SWINARSKI, Ch. (1990). *Direito Internacional Humanitário*. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 1990.

UPRIMNY, R. (1998). Sentido y aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario. En Á. Villarraga Sarmiento, *Derecho Internacional Humanitario en Colombia*. Bogotá: Temis, pág. 87-88.

VÁZQUEZ, O. (2002). Representación y conocimiento social de los derechos humanos: aproximación a su problemática en el ámbito comunitario. *Revista Polis. Investigación y análisis sociopolítico y psicosocial*, I (02), pág. 241-280.

VILLAROEL, D. y GONZÁLEZ, J. (2006). El Derecho Internacional Humanitario Presente. Reflexiones y fórmulas desde la perspectiva Europea. En: González, J. (compilador). *Derechos Humanos, Relaciones Internacionales y Globalización*. Bogotá: Universidad Alfonso X El Sabio, Grupo editorial Ibáñez.

THE DANGER OF POPULISM MACROECONOMIC POPULISM IN LATIN AMERICA. IS COLOMBIA THE EXCEPTION? *

*Rosalvina Otálora Cortés***

ABSTRACT

In recent decades, populism has regained prominence in Latin America. It is expressed in forms of government from left or right as it happens in Venezuela with Hugo Chavez and Alvaro Uribe in Colombia, as well as in mobilization of some sectors of the population.

This ambiguous concept takes on different meanings. From the economic point of view, macroeconomic populism emphasizes growth through redistributive policies in the short term to increase consumption, neglecting macroeconomic balance, especially with regard to inflation and fiscal deficit.

This paper argues that macroeconomic populism is not new and has been applied in Latin America repeatedly. With some differences and at different times of economic history, the governments of Argentina, Chile, Peru and Venezuela, have resorted to the use of fiscal, monetary and credit expansive policies and overvaluation of the currency to accelerate growth and redistribute income. When applied there are concerns about fiscal and exchange restrictions.

The result is an uncontrollable inflation and an economic crisis, which may explain the instability and hyperinflation that Latin America has experienced. Colombia, curiously, throughout its history, is an exception to this rule, due to the independence of the institutions that manage monetary policy and the barriers that implies for the executive.

Key words: populism, populist macroeconomic, fiscal policy, monetary policy, economic policy, hyperinflation, classic hyperinflation, inflation, macroeconomic populism phases, stability, Latin America, Argentina, Chile, Peru, Venezuela, Colombia.

INTRODUCTION

During the last decade populism has once again come to the center of the political scene in Latin America. It is expressed in two different ways. The first is the traditional style expressed by the government, as in Venezuela with President Hugo Chávez. The second way has origin in mobilization of the population where might be a “latent populism” which could become evident when this population reach power. Two examples of

Fecha de recepción 16 de octubre de 2010. Fecha de aceptación: 26 de noviembre de 2010.

* This topic has been reflected on line Economy and Conflict and in the Social Protection and Conflict researching Group in Libre University.

** The author is Magíster in Political Studies of the Universidad Nacional of Colombia. She is Economist and Lawyer. She is currently the Director of Economy and Conflict and Researcher of Libre University. The author is grateful for the contributions realized by Claudia Yineth Hernández Bocanegra, student of Santo Tomás University.

this type of populism are the cases of “Piqueteros” in Argentina and “Cocaleros” in Bolivia (Pinto, 2004).

We are faced with a very “ambiguous concept”, when we talk about populism, which can be wide and inclusive. (Panizza, 2009). It depends on what we want to emphasise. Then, from the point of view of the economy of a country- which is the subject of this article- populism males emphasis on the growth by short term public policies of redistribution in order to growth the consumption. These impact the macroeconomics equilibrium, especially inflation and fiscal deficit. In this case we talk about macroeconomic populism. (Dornbusch, 1997).

There are some cases where the classic populism regime can apply economic decisions which benefit some people. There is a kind of “distributive microeconomic” which can be compatible with a “stable macroeconomic”. It could be the case of Menem in Argentina or Fujimori in Peru. (Degregori, 2001). But macroeconomic populism is not a new situation; it has been applied in Latin America in different periods (Edwards, 2009, 33 y ss). Macroeconomic populism uses fiscal, monetary and credit expansive policies and strong valuation of the currency in order to accelerate the growth of the economic and redistribute the income. These policies applied without fiscal and monetary restrictions and the result is high inflation and economic crises as *has occurred* in the next cases we are going to analyze in this article (Argentina, Chile and Peru). These cases prove that the populism is the cause of the hyperinflation rule and it can be seen as a cause of the hyperinflation and the macroeconomic instability in Latin America (Edwards, 2009). Colombia, curiosly was the exception to the rule some years ago.

THE RESEARCH PROBLEM

The term populism was originally used in the United States in the mid-1890s, referring

to the People’s Party, but since almost no movement or leader has acknowledged being “populist.” In current political language, the term has a negative connotation, being closely associated with terms like “demagogia”, economic bounty, which indicate economic or political irresponsibility. (Panizza, 2009, 9).

Populism is a controversial concept, and agreements about what it means and who qualifies as a populist is difficult because politicians don’t want to identify with this analytical category (Panizza, 2009, 9). With the economic crisis of the late twentieth century, characterized by external shocks, among which are included the effects of the Asian crisis and the Swiss bankruptcy (Paramio, 65), the dynamism that characterized the economies of Latin America in the early years of the nineties (except for Mexico, Argentina and Uruguay in 1995) led to a stalemate. This period was called the “five years lost” by ECLAC (Ocampo, 2000).

Therefore, it rediscovered the importance of institutions as a essential framework for the proper functioning of markets (Paramio, 66). Above, it said to be the reason for the failure of the Washington consensus led to discussion on the idea of a shift to the left in Latin America.

However, there was a divergence between political discourse, the position on globalization and the interpretation of democratic reforms and the role of institutions (Paramio, 66). The only coincidence is the emphasis on social policy and the pursuit of a focused economic model, not only in growth, but social outcomes, which has slowly degenerated into populism.

METHODOLOGY

For this article, there will be a comparative exercise of economic policy management, fiscal and monetary policy by the various governments in Latin America in order to

identify the use of economic tools for populist purposes. The selection of countries is done arbitrarily and corresponds to the accessibility of information on economic variables on the behavior of fiscal and monetary policy. Similarly, we use simple graphic variables such as inflation, unemployment, gross domestic product, credit, etc, when available and at different times depending on the country for analysis.

The idea is to study at the end the Colombian case and draw lessons that allow us to explain, first, the dangers of macroeconomic populism; second, the relative economic stability experienced by Colombia in recent decades, in relation to neighboring countries.

THEORETICAL APPROXIMATION TO MACROECONOMIC POPULISM

1. Traditional European Hyperinflation and Populism Hyperinflations in Latin America

1.1 Traditional European Hyperinflation

The European economies had a hyperinflation process during the twenties in different countries (Austria, Germany, Hungary, Poland and Russia). The causes and consequences of this phenomenon receive the name of “traditional hyperinflation”. (Dornbusch, 1997). The same phenomenon occurred in Latin America during the eighties in countries such as Bolivia, Argentina, Brazil and Peru; but exempting Bolivia in these countries the causes had a different nature to traditional hyperinflation. (Dornbusch, 1997).

After the experience of the European countries, economists discussed different theories about the characteristics and effects of traditional hyperinflation and the effective policies which were applied but resulted in being very expensive for the society. Some years later some Latin – America countries were in the same situation

as Europe had been, but the same policies did not function because they were applied in a very different context. (Krugman, 1997).

The origin of traditional European hyperinflation obeyed to external factors. After the First World War, the European economies presented high budgets deficits which were financed by means of the creation of currency. In order to stop the hyperinflation, there was realized an orthodox program or global plan of stabilisation, which generated credibility with the public and certainty that the Central Bank would not finance the budget deficit by issuing currency.

The European countries that faced hyperinflation, the incomes only covered a small fraction of the total expenses of the country and the collapse in the public incomes coincided with the increase of inflation (Olivera Tanzi Effect). (Krugman, 1997). In addition, the hyperinflation phenomenon was preceded by an excessive level inflation tax (seigniorage). Undoubtedly, the key components of the integral programs of orthodox policies were:

- The policies of stabilisation that were adopted.
- The exchange rate which restored the convertibility of the domestic currency in terms of the dollar or of the gold and the reduction of the budget deficit.

3.1.2 Classical Populism as a Cause of Hyperinflation and Macroeconomic Instability in Latin America.

Hyperinflation in Latin America, with the exception of the Bolivian hyperinflation, - which presented traditional characteristics-, occurred in a very particular context. The characteristics of the economies of countries like Peru, Brazil and Argentina were economies following a tradition of high inflation as a result of macroeconomic populism. (Edwards, 2010). The application of populism policies creates high budget deficits due to

increase in public spending (by the expansion of government and state enterprises), as discussed below. It has been demonstrated that Latin America generally uses these policies: expansionary fiscal and expansionary credit policies and overvaluation of the currency, in order to accelerate growth and redistribute income (macroeconomic populism). When the government applies them, there is concern about fiscal and exchange restrictions. After a while, decreasing real wages and an imbalance in the balance of payments, lead to hyperinflation. (Dornbusch, 1997).

Moreover, in each country the new anti-inflationary programs coincided with the end of a government and the beginning of another. For this reason it is a new opportunity for macroeconomic populism to promise at the same time to reduce unemployment and to control inflation. As we know – "Phillips's Curve" – teaches that it is not possible to achieve both targets in a short term. (Mankiw, 2003: 474).

This is an example of application of the Theory of the "Economic - Political Cycle" which shows how the government does everything necessary to grow and to increase employment and the production of the country in the short term by means of increasing public spending, the external debt and the fiscal deficit. (Mankiw, 2003, 493). These policies cause hyperinflations which could be handled by orthodox or heterodox policies which it will apply, on having finished its electoral period, or will remained a problem to resolve for the following government. This is an example of the macroeconomic populism as an important cause for the big hyperinflations and of the macroeconomic instability in Latin America.

1.3 Phases of Macroeconomic Populism

Rudiger Dornbusch says a populism policy progresses through these phases:

Phase I	Phase II	Phase III	Phase IV
Gross domestic product increased	Bottlenecks by:	Causes:	Government starts stabilization
Real wage growth	- Strong demand growth	- Capital flight	IMF Aid and BM declining real wages
Employment growth	- Little foreign exchange (To pay for imports)	- Demonetization economic (barter)	Control of inflation rate
Inflation rate controlled	- Inflation Increases	- Fiscal deficit increase	Break companies
Import relieves the scarcity	- Wages unchanged	- Subsidies decrease	The capital flight following the violent overthrow of the government
	- Increased subsidies	- Inflation increase	
	- Increased deficit	- Real wages fall drastically	

Chart N. 1. Phases of Populism

Source: Dornbusch, Rudiger. La macroeconomía del populismo. Fondo de Cultura Económica, 1997.

RESULTS

1. Cases of Macroeconomic Populism In Latin America

Country	Argentina	Chile	Perú	Venezuela
Model				
Liberal Primary Exporter	19 th – 1929 Constitutional governments	19 th – 1929 Constitutional governments	19 th – 1962 Militar governments	19 th – 1958 Autoritarian Governments
Industrialization for Substitution of Imports ISI	1930-1990 José Félix Uriburu (1932)	1930-1970 Arturo Alessandri (1932)	1963-1985 Fernando Belaunde Gral. Juan Velasco Gral. Francisco Morales	1958-1974 Rómulo Betancourt Raúl Leoni Luis Herrera Campins
Macroeconomic Populism	Perón (1946-1955) Perón II (1973-1976) Military government (until 1983) Raúl Alfonsín (Austral Plan)	Eduardo Frei Montalvo (194-1970) Salvador Allende(1970-73)	Belaunde II Alan García (1985-90)	Jaime Lusinchi (1984-1989) Hugo Chávez Frías (1999-present)
Orthodoxy and Market economy	1991-2010 Carlos Menem Fernando de la Rúa Eduardo Duhalde Nestor Kirchner Cristina Kirchner	1973-2004 Pinochet Patricio Aylwin Eduardo Frei Ruiz Ricardo Iagos Michelle Bachelet	1990-2004 Fujimori Valentín (interim) Alejandro Toledo Alan García	1974-1979 Carlos Andrés Pérez 1994-1999 Rafael Caldera

Chart N. 2. Cases of Macroeconomic Populism In Latin America.

Source: Marchesi, Giancarlo. The Evolution of Economic and Social Policy in Latin America: A Comparative View. The University of Texas at Austin, Institute of Latin American Studies, Center for Latin American Social Policy (CLASPO). Researcher Visiting. Perú, February, 2004, p. 12.

*This chart has been completed by the author of this article.

1.1. Argentina

In the early twentieth century, Argentina was considered one of the world's most developed countries. In 1890 its income per capita was the sixth highest in the world and continued among the top ten until 1920. From 1870-1930 it experienced an average growth rate above 5%, higher than almost all nations of the world. During this period the country received several waves of European immigration, mainly from Italy, attracted by

the good living conditions. (Mora and Araujo, 1995) This period was characterised by free trade, openness of the economy to foreign, monetary and fiscal management well ordered and orderly succession of constitutional government until the Coup d'état of September 6, 1930 by José Félix Uriburu.

The effects of the First World War and the Great Depression of 1929 led to a shift in development strategy. It began the era of

import substitution industrialisation (ISI), which was applied during the twentieth century. In 1943, deposed President Ramón Castillo, began a turbulent period in the political history of Argentina. Since then, the country has had over 28 presidents. The election of Coronel Juan Domingo Peron in 1946 consolidated the model of state intervention in the economy, ushering in a period of macroeconomic populism. Peron tried to solve the problems of income inequality, through price controls and expansionary policies in state spending. These were financed through the inorganic issuance, which generated a problem of inflation that would remain in Argentina for over thirty years

Also Perón nationalized many businesses, passed legislation that favored labor unions and used public funds for the work benefactors of the Foundation Eva Peron, led by his wife. Peron was deposed in 1955 and exiled during 18 years until 1973, and his party, the Justicialista Party, was forbidden to participate in the electoral process. (Mora and Araujo, 1995).

After a tumultuous period in which democratic governments alternated, Peron was re-elected and he took power in October 1973. He died in July of the following year. His second wife while vice president, Maria Estela "Isabel" Martinez de Peron, succeeded him. Perón's second government again used price controls and increased government spending as their tools of social policy, as had happened almost twenty years before as a result of unbalanced economy.

In 1976 the Chief of the Army Commander, Jorge Rafael Videla led a new coup d'état. The military government remained in power until 1983 and opted for a policy opposed to Perón's policy. They developed a more liberal economic policy, opting for the opening of the economy to foreign trade, price liberalization and fiscal austerity in social spending. After the populist government of Juan and Isabel Peron, inflation edged 350%

annually. The military government did nothing about it and contributed to the process with excessive spending during the Malvinas War. (Marchesi, 2004).

In 1983, inflation edged the 430% and assumed power after free elections, Raul Alfonsín, he belonged to Radical Civic Union (UCR), the Peronist opposition party. The main problem for the government was to fight inflation and ran the Austral Plan, which required an austere fiscal and monetary performance, plus a tax reform to improve the financing of expenditure. The plan ordered the freezing of prices and utility rates and the regulation of interest rates and the exchange rates. After a year of implementation, the monetary policy and price controls were relaxed. The latter attempt to control inflation was the Spring Plan, which was also unsuccessful: inflation marked a record 4923% in 1989. (Mora and Araujo, 1995).

In this situation of economic chaos, Carlos Saúl Menem, took over the government in 1989. He was the Peronist and former governor of La Rioja. His Peronist tradition was not in favor of a heterodox shock policies needed to combat inflation and he spent a year without a fixed course. In 1990 inflation reached 1343% and the economy had remain stagnant from two decades ago, as the average annual growth during that period was less than 1%. (Mora and Araujo, 1995).

These facts forced the Argentine government to take drastic measures: after nearly twenty years of inflation, it was thought that the only way to give confidence to staff was through the "Austral Convertibility", in relation to 1-1 of Argentina currency against the U.S. dollar. The only inflation in the economy would be imported from the United States.

The plan achieved the goal of ending inflation. In 1992, it was only 17% in 1993 was 7.4%, after 3.9% in 1994, and every year after that was below 2% until 2002. (Edwards, 2009). However, a system of fixed

exchange rate brought some economic challenges for Argentina. To maintain equivalence, its competitiveness should have evolved like the U.S., but this did not happen: the dollar rose against other leading currencies in the world and the peso came up, making the costs of production in Argentina higher than in other countries, so that the country lost competitiveness. (Edwards, 2009).

Additionally, since amount of resources issued depended only on the flow of dollars, the country's capital outflow caused interest rates to rise. This mechanism should again attract capital, but in the contexts of Tequila and the Russian crisis (Paramio), they turned away from emerging markets fearing a repetition of similar scenarios in other countries. These last two required immediate treatment, but the government sought reelection and did not allow it. Once again the populist strategies of the leaders are used to keep them in power.

Added to this was the lack of flexibility in domestic prices. The syndicalist tradition and a much regulated labor market hampered the flexibility of wages to adjust the delay in competitiveness (real wages increased by 42% between 1990 and 1998).

But the biggest problem for the economy was Argentina's external debt, correlated with the maintenance of a high fiscal deficit throughout the nineties and the early years of the new millennium. In 2001 the debt approached 150 billion U.S. \$. This figure corresponded to nearly 50% of its GDP. (Edwards, 2009).

In 1999 the problem of convertibility needed to be resolved. The Washington Consensus reforms suggested maintaining a competitive exchange rate and trade liberalization. Argentina was in an impasse. If devalued, would bankrupt many companies and would probably have to declare a moratorium on its debt. If Argentina did not devalue, its debt would become more expensive.

President Menem chose not to devalue, perhaps with the illusory hope of getting re-elected a second time.

In late 1999, the government of Fernando de la Rúa (UCR-Alliance Frepaso) started. This government opted to keep the convertible model, adjusting the fiscal situation and avoid new borrowing. It tried to give the necessary credibility to the government to encourage foreign capital in Argentina. The idea was to return this country by the path of growth.

After months of marches and counter marches, street protests, strikes, several letters of intent signed with the International Monetary Fund (IMF) and finally the straw that broke the camel's back was the announcement of the withdrawal limit for bank deposits to \$ 250 per week (corralito). Fernando de la Rúa was forced to resign. (Edwards, 2010). After three interim presidents that lasted just a few days in government comes, allowing it to Eduardo Duhalde, who finally devalues the peso float freely against the dollar, plunging the country into a serious crisis, but necessary measure to stabilize at levels close to 3 pesos dollar in late 2003.

In 1999 De la Rúa inherited a country with a delicate economic situation, a combination of high and rising public debt, a persistent fiscal deficit, high unemployment and rigidity in the exchange rate and monetary policy (Gervasonni, 2010).

Between 1999 and 2001, the crisis in Argentina was unsustainable. This triggered the largest financial collapse in recent history in Argentina, which led, inter alia, to the peso devaluation and a deflation (Gervasonni, 2010). To counter the crisis, President Fernando de la Rúa, asked the International Monetary Fund resources and increased its domestic debt. The result of this policy was fatal for Argentinean debt, ie bankruptcy caused the state at the end of 2001, to declare the public debt default.

The political and economic crisis of Argentina during the period 1999-2001, did not give the possibility to President Fernando de la Rúa to implement economic policies that would allow him to improve his image, making it clear that macroeconomic populism was not present in this government.

De la Rúa resigned on 20 December. There were three interim presidents Ramón Puerta, Adolfo Rodríguez Saa and Eduardo Camano between 20 December to 1 January. A moratorium on payment of external debt was declared on December 23, in an environment that was viewed internally and externally as a strong motivating populism.

On January 1, Congress elected Eduardo Duhalde, to complete the term of de la Rúa. The first days of January 2002, the system finished collapsing with the Emergency Law and leaving the Convertibility law, establishing new restrictions on the removal of deposits and the pesification of dollar bank deposits. (Gutierrez, 2003)

From 2003 to 2007, Argentina experienced a phase of economic growth with rates ranging around 9% in part due to a high dollar economic policy designed to encourage import substitution, which increased the competitiveness of industry in Argentina. This ended the crisis. Some economists argue that Argentine inflation presented during the government of Nestor Kirchner and Cristina Kirchner, is due to several factors, including growth in public spending, lower investment, expansion of the monetary base by issuing pesos to finance public expenditure increases, among others. (Jueguen, 2010).

In the government of Cristina Kirchner the global crisis affected the local economy. The costs could be contained by timely monetary expansion policy and public spending. Less income and more spending, a strategy to avoid higher social costs, resulted in a loss of fiscal surplus. That surplus, which reached nearly 3.0 points of GDP in 2008, fell to a

deficit of 0.4 in 2009, according to private estimates. (Edwards, 2009).

Again, during the governments of Nestor Kirchner and Cristina de Kirchner macroeconomic populism was evident, as it used to appear. Expansive growth policies endangered economic stability, to the point of hiding their effects through the manipulation of inflation.

1.2 Chile

Historically, Chile has been characterized as one of the countries of greater political stability and democratic development in Latin America. During the twentieth century, in contrast with Peru and Argentina, Chile only suffered two military coups. The first was in 1932, but did not establish a military government and elections were held. The winner was Victor Arturo Alessandri Palma. The second coup d'état was by Augusto Pinochet in 1973, deposing the then constitutional president Salvador Allende. (Marchesi, 2004).

Chile was in a good economic situation after the First World War. Developing a liberal model exporting mainly primary products generating the effect of linkage with other sectors of the economy. However, The Great Depression hit Chile hardly. The export sector collapsed with a crash and the Chilean economy was one of the hardest hit in the world. After this experience, Chile's development policy was oriented towards industrialization, the ISI and increased state intervention. By the forties, both the State and the private sector played a business role.

However, in the fifties economists began to notice some of the shortcomings in the import substitution model (ISI). Non-industrial sectors such as agriculture stagnated. It discourages the development of new export products. The populist guidance of some governments during this period fostered macroeconomic imbalances and started for the first time an inflationary process in 1955. (Marchesi, 2004).

In 1964 the government of Eduardo Frei Montalvo of the Christian Democrats began. This government sought to stabilize inflation, industrial modernization with the state as a source of investment and establish social structural reforms such as land reform, nationalization of the copper and the development of grassroots organizations to promote citizen participation.

Nonetheless, the antagonism of the political parties prevented the formation of a strong government and after six years of government failed to meet the expectations, of political and economic transformation generated in the population.

Therefore, in 1970, the Chilean people opted for the socialist candidate of Popular Unity (UP), Salvador Allende. This government was proclaimed anti-imperialist, anti-oligarchic and antitrust. Its main objective was to strengthen the structural changes in the distribution of property. Chile should nationalize the means of production and encourage greater participation in order to achieve this. (Edwards, 2009, 124). Their main reforms were the nationalization of the country's mineral resources, the nationalization of large industrial enterprises, nationalization of banks and the deepening of land reform.

From the macroeconomic point of view, this government applied an expansionary fiscal policy by raising the salaries of state employees, increasing the state apparatus and over-spending, and price controls. This policy can be categorized as populist and as such had no regard for macroeconomic balances.

This experiment ended as the other populist experiences in Latin America: fiscal deficit financed by Central Bank issues, hyperinflation and falling real wages, hurting the very people it tried to help. By 1972, inflation was already out of control, reaching 206.5%, while for 1973 reached 605.1%. Successive strikes destabilized the government and the

general chaos culminated in the coup led by General Augusto Pinochet. (Edwards, 2009, 125).

The first two years of the Pinochet government turned to control the macroeconomic imbalances left by Allende. In parallel, it was established a market economic policy, a fairly pure neoliberal model, with a *sui generis* property in Latin America: total autonomy to implement the policies it wishes. It eliminated price controls, tariffs were lowered dramatically to encourage imports, financial markets were liberalized and international capital flows were restructured and reduced public sector spending. Land reform was reversed and they began an aggressive privatization process of public enterprises.

Chile suffered terribly both economically and socially after the debt crisis of 1982. However, in 1984 Chile began a phase of high economic growth which would largely reverse the ravages of the crisis of the early decade. In 1989, after losing the referendum to stay in power, Pinochet calls for free elections in March 1990 the "Government of the Coalition of Parties for Democracy" begins chaired by Patricio Aylwin of the Christian Democrats, who took the decision not to change the historical direction of economic policy and gave priority to reducing poverty and improving income distribution through active social policies. (Edwards, 2009, 124).

This strategy was consolidating long-term development and supported by the growth and diversification of exports, while reaffirming the importance of maintaining macroeconomic balance through fiscal austerity.

This approach was vital for generating a climate of institutional stability needed to generate private investment. This policy was followed by the governments of Eduardo Frei Ruiz-Tegla (1994-1999) and Ricardo Lagos (2000 - 2006). During the nineties, Chile grew at an average rate of 7% annually. This

prosperity was reflected in the improvement in real wages, increased employment levels and falling poverty and destitution.

The government of Michelle Bachelet was characterized by the high value of copper resources. Chile decided to save these resources and was able to successfully address the systemic crisis that hit credit markets in developed countries. (Cepal, 2009).

For this reason, Chile was less affected, in conjunction with other Latin American countries. Generating a fiscal surplus in 2008, allowed the State succeeds in accumulating financial resources which prevented the internal or external borrowing (Garretón, 2010).

The economic measures taken in the handling of the crisis for the government of Michelle Bachelet, consisted of adjustments to monetary and financial, fiscal and exchange rate policies and foreign trade (Garretón, 2010).

In relation to monetary and financial policies there were more facilities for the area of foreign investment and the business sector, among other measures. Fiscal policy promoted measures investment and consumption. Exchange rate policy, foreign trade and foreign currency liquidity provided and improve coverage program of bank loans to exporters. (Cepal, 2009).

In 2009, Chile's risk rating by a rating agency changed from A2 to A1, placing it in the most favorable in the region. (Garretón, 2010).

As a result of good macroeconomic performance, assessment and policy, in January 2010, Chile became a member state of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD).

The economic policies implemented in the Bachelet government have been commensurate to the situation and have sought to

generate sustainable economic stability, so there is no evidence of macroeconomic populism in this government.

1.3 Perú

Peru has been characterized by political instability. During the twentieth century occurred 8 *coup d'état* and ran 15 different military presidencies. The transition of democratic government in Peru is more the exception than the rule. The prevailing model of economic development until 1962 was a liberal and export model with mainly agricultural products (rice, sugar and cotton) and agribusiness. (Marchesi, 2004).

However, the export sector is not articulated with the national industry to produce value-added products, making the economy vulnerable to price changes. The high profitability in the export of primary products was discouraged in order to invest in the industrial sector, while maintaining low tariffs and competitive prices for imported goods. Under this system, the inputs of capital and profit repatriation were virtually unrestricted and state involvement and participation were minimal.

Between 1950 and 1962 the annual average fiscal deficit was -0.2% of GDP, inflation was 7.0% per year, GDP grew annually at a rate of 5.3% and foreign debt amounted to U.S. \$ 158 million. However, the social situation was bad and was characterized by high concentration of income.

In 1962, more than 30 years after the start of the ISI in Argentina and Chile, the elected President Fernando Belaunde's Popular Action party, began to implement this model. In this period were applied policies such as tariff increase for finished goods, fixed exchange rate, price controls, increased government investment in infrastructure, increased public spending, increasing foreign debt (which is necessary because of a lack of foreign exchange generated by the exchange rate appreciation) and the process began with

land reform. However, these reforms did not have political consensus, especially from export sector which was directly affected.

The reforms were not considered radical. In October 1968, General Juan Velasco led a coup d'état. His model was an extreme version of the ISI and state intervention. He nationalized most international companies, maintained high tariffs on finish goods continued to increase fiscal expenditures through investment in infrastructure. (Edwards, 2009).

As a result, the fiscal deficit continued to increase, which was covered by foreign debt, also intensified the process of agricultural reform, as farm ownership was highly concentrated. It is important to point out how. It was wrong for Peru land reform to be combined with the ISI, when much to these two incompatible policies dismantled the national productive apparatus. Agriculture went from 23% of GDP in 1950 to only 15% in 1968. Paradoxically, Peru began to import food. (Marchessi, 2004).

Velasco was in a precarious state of health, while the nationalist model went into crisis. Popular discontent, manifested through several strikes and riots, were evident. Thus, in August 1975, General Francisco Morales Bermudez was proclaimed President of the Republic.

During the period 1975-1980 he attempted to reverse some of the measures of Velasco, but not the reform or nationalization private enterprises. On the one hand, the government encouraged non-traditional exports through successive devaluations of the currency (that generated inflation). The government tried, without success, repeated adjustments of the fiscal and external debt, but they continued to increase. This period benefited from a rise in export prices of metals.

In 1980, democracy returned to Peru and Fernando Belaunde, leader of Popular Action,

was elected. He organized a co-government with the Popular Party's center-right Christian. The government applied a weird combination of liberal politics to commerce populist in the macroeconomic. He continued external borrowing, which conditioned the rhetoric of economic policy.

To get the credits of International Monetary Fund (IMF) and the World Bank (WB), the government spoke of reducing inflation and opening the economy, but in practice implemented an expansionary fiscal policy, increasing public investment beyond its means. This measure, coupled with small devaluations of the exchange rate, meant that inflation remained above 70% during those years, reaching 158% in 1985. (American Bureau, 1985).

Income inequality, inherent since the inception of the republic, had not been resolved. Thus, in the early eighties, subversive movements Sendero Luminoso and Tupac Amaru Revolutionary Movement (MRTA) were born and the government failed to articulate a coherent strategy to overcome in its infancy.

In 1985, Alan Garcia was elected. He represented APRA, the oldest party in Peru. APRA was a socialist, anti-imperialist and revolutionary. This party decides to unilaterally declare a moratorium on foreign debt, a move that immediately isolated Peru from the international financial community.

Garcia returned to the ISI and state intervention through expansionary fiscal and monetary policies. Again applied price controls, increased tariffs on imports, prohibited a large number of commodities that could be manufactured in Peru. Alan Garcia tried to control inflation by fixing the basic price of the economy (such as gasoline and light), as the state owned production companies).

During the implementation of populist model of Alan Garcia, the economy grew by 12.1%

in 1986 (due to expansionary fiscal and monetary policies). The next year the economy heated up leading to the attempted nationalization of banking, in which entrepreneurs and investors lost confidence in the country. (Marchessi, 2004).

By 1988, the fiscal deficit had reached 9.7% of GDP, while the product shrank by 9.4%. Alan Garcia never considered the possibility of pursuing a policy shock like orthodox prices. If the government had taken corrective measures in 1987, when inflation was only 1145%, it could have avoided three years of additional suffering for the people of Peru. By 1988, inflation had climbed to 1722% and for 1989 was 2775%. (Edwards, 2009).

Phenomenon of terrorism continued to rise, transforming a rural phenomenon to become urban. The long queues for food, strikes, and terrorist violence led to the Peruvian people to seek an alternative to the traditional parties.

At first, that alternative Mario Vargas Llosa represented the Libertad Movement, which is allied with the Popular Cristian Party Acción Popular, two traditional parties which join to form the Frente Democrático (FREDEMO). Vargas Llosa government pursued a policy of "redistribution freezing" by decree the prices of essential nutrients. When prices were devalued traders kept the food and black markets emerged.

In 1990, the country welcomes Alberto Fujimori as a new President of the Republic. He decided to pursue a policy of shock, as the only sensible measure. First, the prices rose dramatically to their estimated real level and were then released from government control.

At the same time, Fujimory applied a tight monetary policy, issuing only the essentials. The policy worked, as inflation went from a disastrous 7649% in 1990 to 139% in 1991. In 1994, inflation was only 15%, and since 1997,

Peru has had single digit inflation. (Edwards, 2009).

During the period 1990-1995, the government initiated a series of reforms to transform the Peruvian economy into a market economy. It began an intensive process of privatization, which favored an accumulated economic growth of 43% in the first seven years, the government liberalized trade and foreign capital investment and more flexible industrial relations.

After the coup d'état of 1992, Abimael Guzman, Shining Path leader was captured, and in 1993 Peru promulgated a new Constitution which allowed presidential reelection. Fujimori was re-elected, was to become a progressively authoritarian and corrupt leader. His third term lasted only three months because he had to flee to Japan, after the scandal of the first video of Montesinos's corruption network.

There followed a transitional government led by Valentin Paniagua, interim President elected by the Congress, who called elections, but the winner was Alejandro Toledo. Toledo assumes power in July 2001 and he continued the focus of economy policy on the free market.

The macroeconomic policy regime changed during the years 2000-2006. Adopting a monetary policy framework based on inflation targeting reduced the cost of money and improving the international competitiveness of Peruvian products (Jiménez, 2007).

The main problem faced by the Government of Toledo was an excessively low inflation. In late 2001, core inflation was below 1.5%, while in the first quarter of 2002, inflation reached a record negative rate (Cuba, 2010).

In the last of the Fujimori administration, the fiscal deficit was above the 3% of GDP. The economic administration of President Toledo strengthened the control over public finances, thus reducing the fiscal deficit to

2.5% of GDP in 2001, for which it including launched a package of tax policies and administration, increasing the rate of general sales tax. In the same period the public debt as a percentage of GDP fell from 46.1% to 38.0%. (CIES, 2010).

The government of Alan Garcia implemented expansionary fiscal and monetary policies that explain the strong growth of domestic demand in 2007. Increased demand led to an economic expansion and rise in imports. This generated a trade deficit and an increase in inflation and financial vulnerability of the economy and loss of credibility for the Central Bank. Garcia used policies that show an apparent expansionary economic growth which was not sustainable, and ended up weakening and loosening the Peruvian economy. (CIES, 2010).

1.4 Venezuela

In 1998, six years after realizing an unsuccessful rebellious attempt against Carlos Andrés Pérez, the colonel Hugo Chávez Frías was elected as President of Venezuela. Since then his presidency has been defined as populist due to the different measures that including the following: very strong critic of the government of United States, of globalization and the market economy. During these years, the president has nationalized foreign companies, he has named his supporters in the Supreme Court, and he has implemented several programs directed to attending to the health of population while attacking the illiteracy of the poorest population of the country. (Edwards, 2009).

Equally, he has changed the constitution to allow his perpetual reelection. Chávez defines himself as the standard-bearer of the “Bolivariana Revolution”. (Rodríguez, 2008). Nevertheless, before Chávez, Venezuela had experienced already the characteristics of populism. The populist history of Venezuela, began in the middle of the eighties, in Jaime Lusinchi’s Presidency, when the fiscal

deficit, the foreign debt, and the inflation increased in a substantial way.

Between 1989 and 1993, the president Carlos Andrés Pérez tried to restore the economic order, to reduce the inflation, and to adopt modern measures but they were weak. When Pérez assumed power, the foreign debt was enormous and out of control, there was a shortage of food and credit had disappeared (Hausman, 1995, p. 261). One of the measures of stronger shock implemented by Pérez was a strong devaluation, which reduced the value of the bolivar by two thirds (Hausman, 1995). In three months, the price of the public transport increased thirty per cent.

As consequence of the multiple disturbances caused by the dissatisfaction of the population, this sad episode of the Venezuelan history was known as the *caracazo* (Lopez, 2003) and resulted in the deaths of more than 300 people in less than 5 days (Lopez, 2003).

One of the major consequences of the *Caracazo*, is the failed coup by Hugo Chavez in February 1992 against the government of Carlos Andrés Pérez. Though unsuccessful, Chavez was popular among the population, which then lead to the power. The Venezuelan people were convinced that corruption was the most serious problem facing the country and Chavez was seen at the time as a hero.

In 1993, Pérez was accused of corruption and removed from his post by the Congress. In 1994, Rafael Caldera, who had been President between 1969 and 1974 came to power thanks to a populist platform that was opposed to the reforms and to the globalization.

His administration undid most of the shy reforms implemented during the second period of Carlos Andrés Pérez, realized in the frame of the consensus of Washington. In the first two years of Caldera’s presidency, his administration was characterized by

rapid inflation, control of prices, fall of the bolivar, bank crises and economic stagnation.

In 1994 the government liberated Colonel Hugo Chávez from prison and signed an agreement with the International Monetary Fund (IMF). In exchange for 1600 million dollars the government promised to reduce inflation and to reactivate growth, by a program of the modernization of the state and liberalization of the economy (Naím, 2006).

When Chávez assumed the power in 1998, Venezuela was the country of Latin America, which had implemented the least neoliberal reforms. For this reason is possible to affirm that Chávez is not a product of the Consensus of Washington. Chávez is a product of the corruption, the economic stagnation and the complacency of the Venezuelan elite (Edwards, 2009, 261).

During the first months of his presidency, Hugo Chavez had taken important decisions to change the political and economic system in Venezuela. In July 1999 he had established a Constituent Assembly. This Assembly approved a new constitution in December 1999. The new constitution made important changes: It changed the official name of the country to the Bolivarian Republic of Venezuela, replaced the bicameral Congress by a single chamber, which increased the power of the executive. Chavez also introduced changes in the system of electing judges and promised free education and health and quality for Venezuelans. (Corrales, 2006).

Chávez's economic policy had three objectives from the beginning: accelerate the rate of economic growth, provide social services and nationalize strategic companies (Edwards, 2009, p. 262.) Chavez removed the centralized Ministry of family and social assistance in the Single Social Fund (FUS), administered by the military forces. Also Chavez's government created various social programs called "missions" aimed at providing medical services to the poorest

Venezuelans. The government also implemented literacy campaigns and changes to improve the coverage and quality of education (Corrales, 2006).

The use of these social programs for political purposes, "that since the political theory called the patronage" (Walker, 2008), have been considered a favorite tools of populist politicians (Edwards, 2009).

From 2002, public spending rose sharply and the central bank issued currency more easily. Accordingly, the official inflation rate was over 30%, there was a price control and commodities became scarce. (Edwards, 2009).

Despite these social policies, growth in Venezuela has not been particularly significant in relation to the rest of Latin American countries (3.5% on average between 1999 and 2007). In fact, some analysts attribute the entire Venezuelan economic growth in this period to the increase in oil prices and the control exerted on the government oil sector by the government (Rodriguez, 2008) but not to the success of the social policies of the Chavez government.

2. Colombia: why there has not been macroeconomic populism in our country?

As we have seen the countries of Latin America went through this phase of populism, with disastrous effects for the economy and welfare of its inhabitants. We note how the countries have some economic and political memory, enabling them to learn from their mistakes. We should ask ourselves if the populist political knowledge is absolutely untenable, or whether it can succeed. Colombia has not had absence a populist policy in the last four decades.

Colombia has been perhaps the exception to the rule of Latin American hyperinflation. In the last decades and until early 1990, Colombia has been characterized by

macroeconomic stability, in contrast to the enormous volatility that other countries had in Latin America.

This stability without doubt is given by economic and political factors. On the one hand, economic stability generated by the coffee chains, led to unfavorable conditions for the emergence of populist movements.

Furthermore, the existence of a consolidated system of two political parties, contributed to an ideological convergence that has enabled the design and discussion of economic policies in a non-ideologically polarized. This situation has hampered the introduction of macroeconomic populism. This led during the twentieth century the Colombian economy was one of the few economies in Latin America who never had hyperinflation.

The Evolution of the Central Bank in Colombia has also been identified as one of the key elements of macroeconomic stability. (Banco de la República, 1998)

In 1923 Colombian created the Bank of the Republic, because the country needed an institution to put order to the issuance process, following the crisis of 1922. With the help of the Kemmerer mission was established by Act 25 of 1923, the Organic Statute of the Bank of the Republic, which gave exclusive authority to issue legal tender, managing foreign reserves and acting as lender to the government, but only when necessary. In 1951 Kemmerer mission designed the monetary, credit and exchange policies. (Banco de la República, 1998, 164).

1963 marked another important point in the evolution of the Colombian Central Bank, because government created the Monetary Board, which became independent come the conduct of monetary policy, credit and exchange policies of private actors (which previously were part of the Board Directors of the Bank of the Republic). It also consolidated the Banking Superintendency

how the financial system watchdog. (Banco de la República, 1998, 171).

In 1973, the Bank of the Republic became a financial public entity and in 1982 became an economic public entity, unique in nature, with special administrative arrangements, legal and independent assets. With the Issue of the Constitution of 1991, the Bank of the Republic rose to constitutional status and also to over the management of monetary policy and the inflation control. (Gomez Arrubla, 1983).

This independence of the Central Bank has encouraged the control of inflation, even at the expense of jobs and demand, and according to some of democracy itself.

Regarding the latter argument, it should be noted that the independence of central banks, driving away the temptation of populist as a tool as powerful as monetary policy, as submitted to the control of the Congress, academia, local financial markets and international public opinion.

In Colombia, during the government of Alvaro Uribe Vélez, the Democratic Security policy proposed by his government, resulted in feelings of security and confidence for the majority of Colombians, increasing the president's popularity ratings.

However, in his management of economic policy, it is possible to observe some features of populism. With the aim of increasing the fighting forces, the Democratic Security Tax was established in 2001, which raised 2.5 billion pesos in order to close the budget gap for 2002 law enforcement and fund the so-called "Emergency Plan" in 2003 (Vargas y García, 2008), which consisted in increasing the forces manpower both rural and urban.

Some of the fiscal policy measures implemented during the government of President Uribe were: in 2002 he established the transitional tax assets through the law of internal disturbance. The government propo-

sed a process of adjustment and austerity by announcing cut public spending by 1.5 billion pesos, as a result of the fiscal deficit of 3.3 percent of GDP in 2008.

Similarly, and in order to obtain more resources major state enterprises were privatized. (Vargas y García, 2008). Despite the announced austerity, the government increased its social spending programs such as investing in *Familias en Acción*, the expansion of subsidized health system, the new target population of the ICBF, breakfasts for children, protection for the elderly, increased training of the Sena, reducing unemployment, promoting micro-credit, the impetus to housing for the poor and increasing social investment (Website Presidency of the Republic, 2005), indicating that despite the high fiscal deficit, government spending continued to increase in military manpower and welfare policies without much impact on the welfare of society.

Unemployment had a small reduction from 2002 to 2007. However it increased from 2008 (see Chart 6). This increase may be associated with the effect of the global crisis on our country, taking into account the high degree of dependence of the Colombian economy on the U.S. economy.

During his first term of office, the Uribe government managed to maintain a certain economic stability to get through a fiscal policy strategy, which meant significant increases in public spending. However, during his second administration, this economic growth was affected by the revaluation and low employment generation. It is necessary to note that the early years coincided with the expansion of the global economy. However, in the efforts to achieve re-election and other political factors led the Uribe government to “leave aside” the economic issue. This led him to be less competitive in the second period.

Monetary policy during the government of President Uribe led by the Bank of the

Republic, was focused on continuing the system of inflation targeting. To this end, the Bank of the Republic used measures such as increasing the base rate and increases in bank reserves, among others. The reduction of inflation has significantly increased trust in the Colombian economy. (See Chart 7).

It is possible to conclude that some features of the phenomenon called macroeconomic populism were present during the administration of President Uribe. He made use of economic policy to develop programs that allowed him to have a good national image, especially with the most vulnerable population, thus hiding the poor economic performance and serious problems of corruption within their government.

However, Colombia did not experience, like other Latin American countries at the time, the terrible consequences of macroeconomic populism. The strength of the institutions to which the Constitution had assigned the management of economic and fiscal policy and the control to prevent to use these tools in an irresponsible way by the executive, coupled with the traditional central bank independence, explains this situation.

Of course, many other factors contributed to the economic stability of Colombia in the Latin American context. Among these factors are the coffee boom and the boom of drug trafficking. All of these factors led the Colombian economy to be of populist management. It never had hyperinflation, and the country experienced the greatest macroeconomic stability in Latin America in the last sixty years.

CONCLUSIONS

Four of the five economies studied: Argentina, Chile, Peru and Venezuela have suffered the delay of the import substitution model and the inflationary problems of populist policies. The exception is that Belaunde and Velasco did twenty years after

knowing that it had not worked in Peron's Argentina.

Velasquismo inspired socialist Allende and Allende inspired Garcia, 12 years after learning that this model had failed in Chile. It is hard to understand the logic of repeating failed experiences in dogmatic convictions.

We should, in light of what has been studied in the five cases presented, reflect on some lessons that I think are important: The first lesson is the importance of having a good economy policy to allow a strong social policy. Improving the quality of life of people, it is almost impossible in a context of recession or negative growth.

The time needed to generate revenue and quality jobs in an economy is more than the speed with which these jobs are lost in times of crisis. That is, the impact of the crisis is always greater than the impact of the expansions. Therefore, generating a long-term sustained growth is a necessary but not enough to improve the quality of life of the population.

The second lesson is that one should not avoid a necessary and inevitable adjustment for political reasons, because if the adjustment is postponed, the treatment will end up being worse than the disease. Postponing the devaluation caused three years of additional suffering to the people of Argentina, and likewise for the Peruvians, who watched as little by little the quality of life was deteriorating.

Colombia is the exception to the rule of macroeconomic populism in Latin America. Different factors set out below (coffee stability, bipartisan consensus, macroeconomic policies, central bank independence, etc.) have never contributed to hyperinflation, and to maintained macroeconomic stability.

However, the absence of populism does not imply that there were always chosen

to sound policies, at least on social issues on the poverty levels. In conclusion, macroeconomic populism was extremely harmful to the welfare of the countries studied and Colombia was the exception to the rule.

BIBLIOGRAPHY

AMERICAN BUREAU. (1985). *The Poverty Brokers: The IMF and Latinoamerica*. Ancora Editores, Bogotá.

ARDITI, B. (2009). *Populism as an Internal Periphery of Democratic Politics*. In F. Panizza, (Comp.). *Populism as a Mirror of Democracy* (pp. 51-70). Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica de Argentina, SA.

BANK OF THE REPUBLIC. (1998). *Introduction to Economic Analysis: the Colombian Case, Second Edition*, Bogotá.

BARROS, S. (2009). *Discursive Continuities Menem Rupture*. In F. Panizza, (Comp.). *Populism as a Mirror of Democracy* (pp. 51-70). Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica de Argentina, SA.

BOWMAN, G. (2009). *Constitutive and Imaginary Nationalist Violence: The Construction of the "People" in Palestine and the Former Yugoslavia*. In F. Panizza, (Comp.). *Populism as a Mirror of Democracy* (pp. 51-70). Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica de Argentina, SAS.A.

CEPAL. (2009). *Reaction of Latin America governments to international crisis: a little presentation of political measures announced from 30 June of 2009*. Santiago: División de Desarrollo Económico, Comisión Económica para América Latina. 2009.

CIES. (2010). *Dare to Fiscal Policy in Perú*. Consorcio de Investigación Económica y Social. Lima, December of 2006. Disponible en: <http://cies.org.pe/files/DyP/dyp27.pdf>

CLAVIJO, Sergio. (2000). Central Banking and Macroeconomic Coordination: The Case of Colombia, October.

CORRALES, Javier. (2006). "Hugo Boss". Foreign Policy, January-February.

CUBA, Elmer. Evolution of economic and political macroeconomics. An Analysis of Alejandro Toledo government (2001-2003). Available on: <http://www.gestiopolis.com/canales5/eco/consorcio/eys52/archivos/52-evolucion-economica-gobierno-toledo-en-el-peru.pdf>.

DEGREGORI, Carlos Iván. (2001). The Decade of Anti-politics: the Rise and Flight of Alberto Fujimori and Vladimiro Montesinos / Carlos Ivan Degregori, Lima: Instituto de Estudios Peruanos.

DOORNBUSH, Rudiger. (1997). The Macroeconomics of Populism. Fondo de Cultura Económica, Mexico City.

EDWARDS, S. (2009). The Washington Consensus and the recurrence of the crisis, 1989-2002. In S. Edwards (Ed.), *Populism and Markets: The Dilemma of Latin America* (pp.33-94). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

EDWARDS, S. (2009). Future Challenges. In S. Edwards (Ed.), *Populism and Markets: The Dilemma of Latin America* (pp.33-94). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

EDWARDS, S. (2009). A long Decline: from Independence to the Washington Consensus. In S. Edwards (Ed.), *Populism and Markets: The Dilemma of Latin America* (pp. 33-94). Bogotá: Grupo Editorial Norma.

FONTAINE T, ANDREW JOHN. Independent Central Bank: The Pursuit of Stability, Chapter 10, Pontificia Universidad Católica de Chile. Research Associate, Center for Public Studies.

GARRETON, Manuel Antonio. (2010). Michelle Bachelet's government and Chilean

Politic. ¿End of political cycle?. Available on: http://www.manuelantoniogarretton.cl/documentos/2010/gobierno_bachelet_es.pdf

GERVASONI, Carlos. (2010). Political crisis política and financial crisis in the Alianzas' government in Argentina (1999-2001). Available On: en: <http://repositories.lib.utexas.edu/bitstream/handle/2152/4090/gervasoni.pdf?sequence=2>

GOMEZ ARRUBLA, Fabio. History of the Bank of the Republic. Bank of the Republic, Bogotá, 1983.

GUTIERREZ, Ricardo Raúl. Argentine crisis at the end of milenio. A teaching for Political Economics. Department of economics. UNS. August, 2003. Available on: http://www.aaep.org.ar/espa/anales/PDF_03/Gutierrez.pdf

HAUSSMAN, Ricardo (1995). "Impact of Public Finances on Distribution", In: "Adjustment Policies and Poverty: False Dilemmas, Real Problems, ed. José Nuñez del Arco, Washington, DC. Interamerican Development Bank.

JIMENES, Felipe. (2007). Available on: <http://felixjimenez.blogspot.com/2007/05/por-qu-el-per-sigue-creciendo.html>. Consulted on 21/08/10.

KALMANOVITZ, Salomón. (2000). Central bank independence and democracy in Latin America. Paper prepared for the Colloque "Mondialisation économique des sociétés et gouvernement: l'Amérique latine, a laboratoire?." Organisé par le GREITD, l'IRD et les Universités de Paris (CRI-IEDES), Paris, June 2000.

KRUGMAN, Paul. (1997). *Economía Política internacional*. Mac Graw Hill.

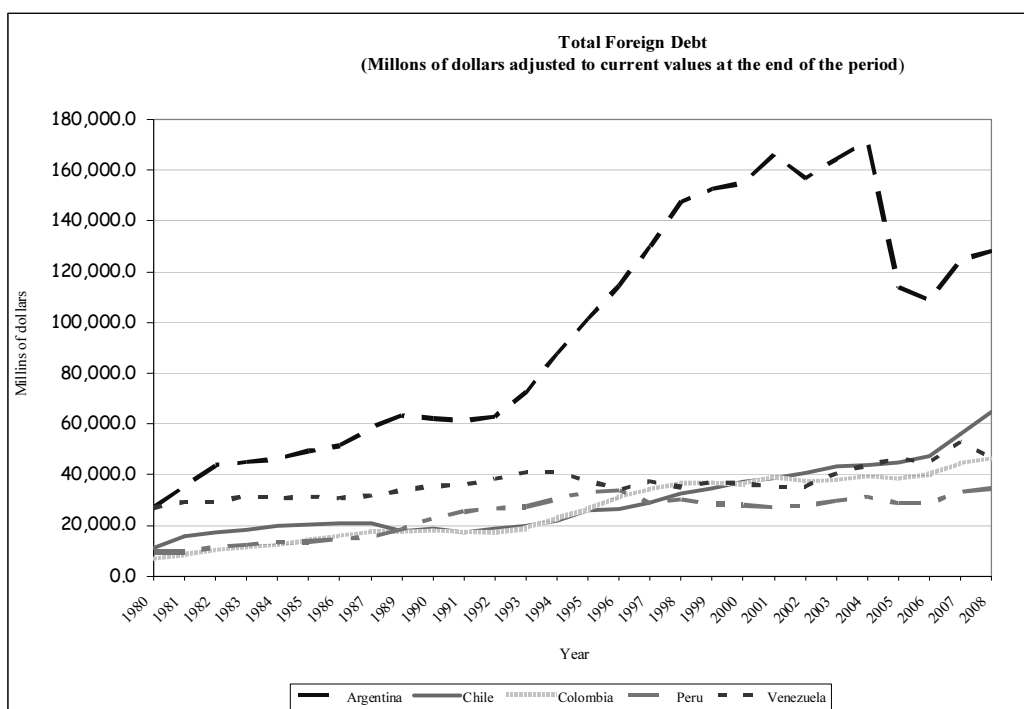
KRUGMAN, Paul R. (1999). *Returning to the big economic depression*. Editorial Norma, Colección Vitral, 1999.

- LACLAU, E. (2009). Populism: Can you Tell us the Name? In F. Panizza, (Comp.). *Populism as a Mirror of Democracy* (pp. 51-70). Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Economica de Argentina, SA.
- LARRAÍN B. • RODRIGO VERGARA M The Economic Transformation of Chile, p. 349 et seq.
- LOPEZ, Margarita. (2003). "The Venezuelan Caracazo of 1989: Popular Protest and Institutional Weakness." *Journal of Latinoamericano studies*, 35: 117-137.
- LOWNES, J. (2009). Foundational violence of political hegemony, conservative populism of George Wallace. In F. Panizza, (Comp.). *Populism as a mirror of democracy* (pp. 51-70). Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica de Argentina, SA.
- MACHINEA, Jose Luis. (2004). *Latin America: Return to growth in this decade?*, CEPAL.
- MANKIW, N. Gregory (2003). *Principles of Economy*. Second edition. Mac Graw Hill. Translation by Esther Rabasco Espartiz and Luis Toharía Cortés, Madrid.
- MARCHESI, Giancarlo. *The Evolution of Economic and Social Policy in Latin America: A Comparative View*. The University of Texas at Austin, Institute of Latin American Studies, Center for Latin American Social Policy (CLASPO). Researcher Visiting, Perú, February, 2004, p. 12.
- MORA and ARAUJO, Manuel (1995). *From Perón to Menem. A History of Peronismo*. On: Atilio Borón et al. *Peronismo and Menemismo. Populism in Argentina*. Buenos Aires, *El cielo por asalto*, p. 47-66.
- MOUFFE, C. (2009). The End of Politics and the Challenge to Right-Wing Populism. In F. Panizza, (Comp.). *Populism as a Mirror of Democracy* (pp. 51-70). Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica de Argentina, SA.
- PANIZZA, Francisco. (Editor). *Populism as a mirror of democracy* (pp. 51-70). Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Economica de Argentina, SA.
- PARAMIO, Ludolf. Left turn and the return of populism. *Revista Nueva Sociedad* N. 205. P. 62 et seq.
- Presidency of the Republic. Website www.presidencia.gov.co, 2010.
- PINTO OCAMPO, Maria Teresa. (2004). *Between Repression and Conciliation: the Growers in Chapare and Putumayo. Final Report of the Contest: Social Movements and New Conflicts in Latin America and the Caribbean*. Regional Scholarship Program CLACSO. 2004. Available at: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/2002/mov/pinto.pdf>
- REYES, O. (2009). Skinhead Conservatism: a Populist Project Failed. In F. Panizza, (Comp.). *Populism as a Mirror of Democracy* (pp. 51-70). Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica de Argentina, SA.
- RODRIGUEZ, F. R (2008) "An Empty Revolution: The Unfulfilled Promises of Hugo Chavez." *Foreign Affairs*, 87 (2).
- SANTISO, J. (1999). From the good Revolutionary "good liberal? About a strange Latin American chameleon. Paper presented at the Congress Science Po / The College of Mexico. Of the old populism of modern populism. Translation: Carmen Chalamanch. Mexico.
- URRUTIA, Miguel. (1997). *Independent Central Bank and Democracy*. Published in: *Journal of Economics National University of Colombia Faculty of Economics Volume XVI Semester 1997*.
- VELASQUEZ VARGAS, A. and PINZÓN GARCIA, V. (2005). Public Safety and Public Expenditure: Reflections on the Colombian Case. *Latin America Today Magazine*, Vol 50, 2008, pp. 37-51. University of Salamanca,

Spain. Available [http://redalyc.uaemex.mx/
src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=30810929003](http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=30810929003)

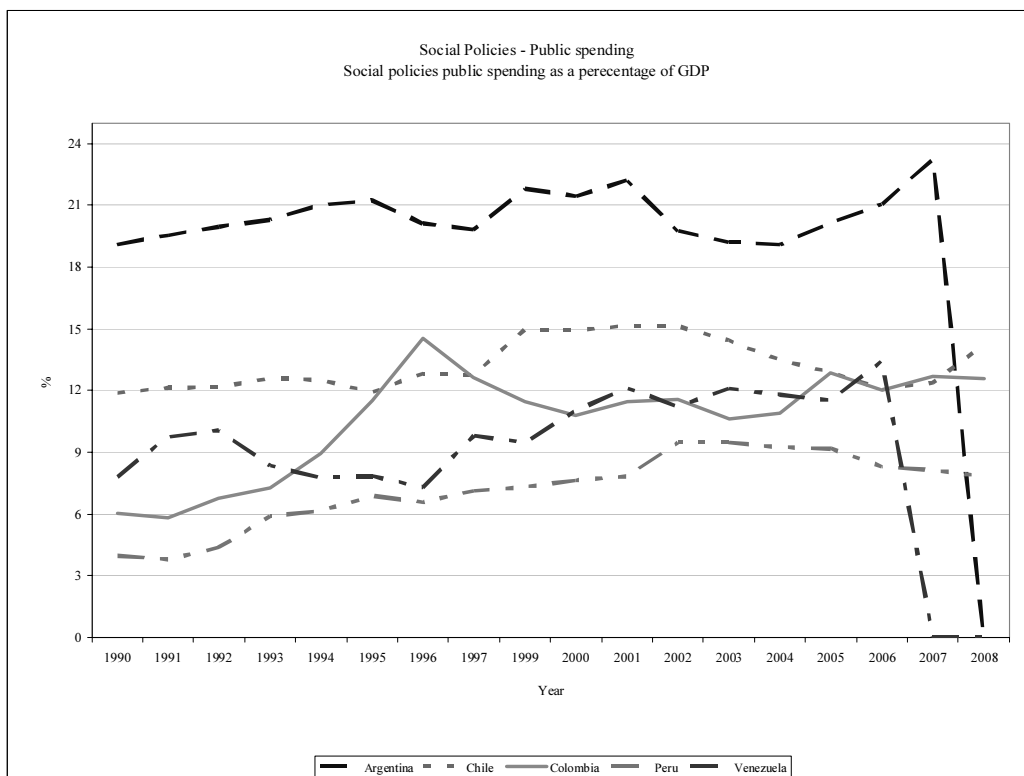
VILAS, M. Carlos. "Neoliberalism Populisms
Recycled or Dry?. The Myth of Populism in
Latin America. Political Sociology Journal,
Curitiba, p. 135-151, June. 2004.

WALKER, Ignacio (2009). "Democracy and
Populism in Latin America." Kellogg
Institute for International Studies, Working
Paper 347.



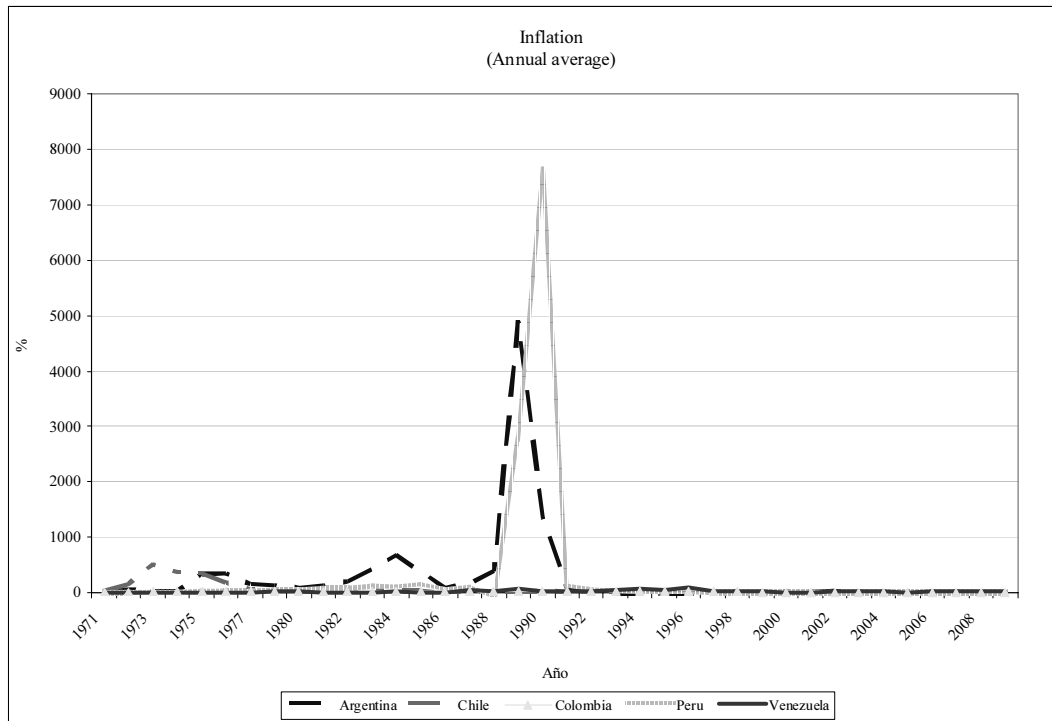
Graph N. 1. Total foreign debt

Source: CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Development Own with database available at: <http://websie.eclac.cl/infest/ajax/cepalstat.asp?carpeta=estadisticas>



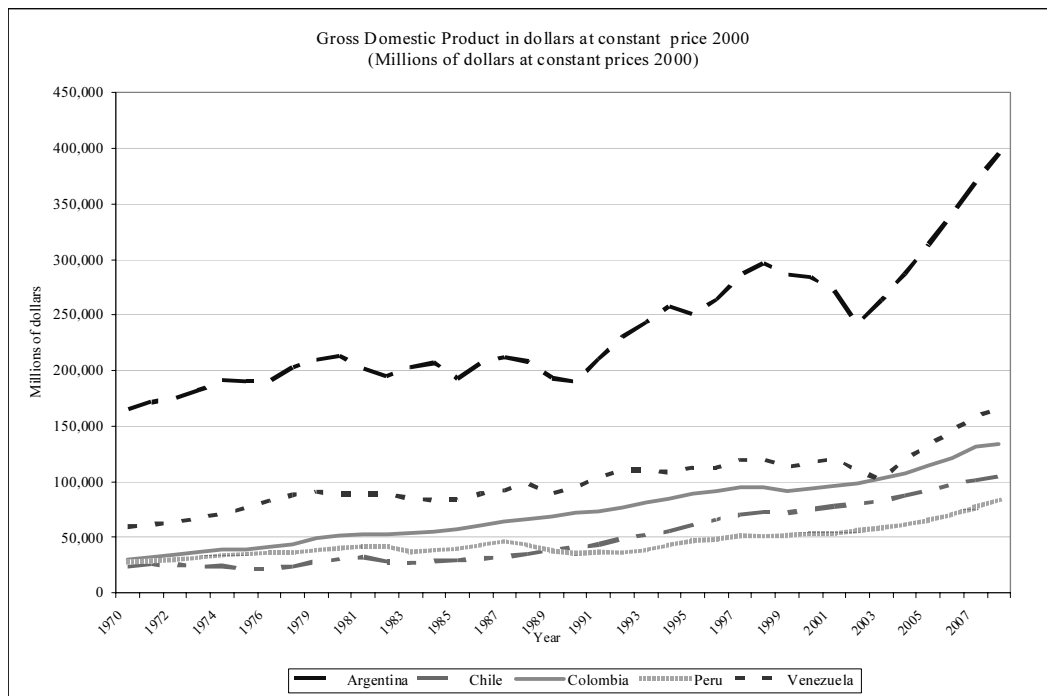
Graph N. 2. Social policies - public spending

Source: CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Development Own with database available at: <http://websie.eclac.cl/infest/ajax/cepalstat.asp?carpeta=estadisticas>



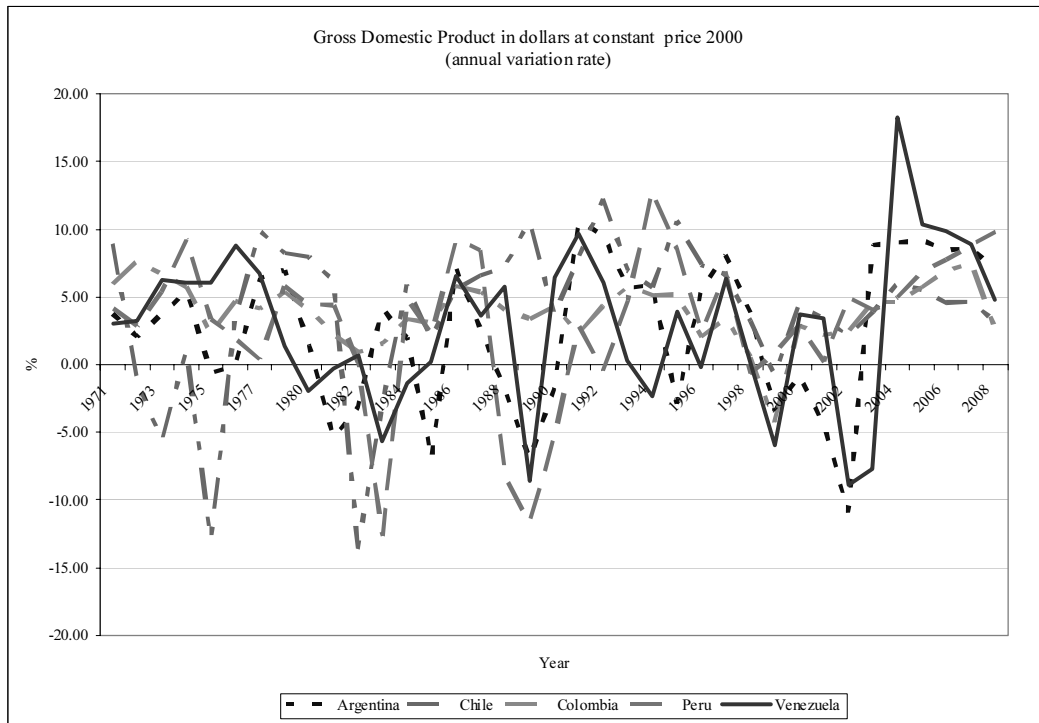
Graph N. 3. Inflation

Source: CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Development Own with database available at: <http://websie.eclac.cl/infest/ajax/cepalstat.asp?carpeta=estadisticas>



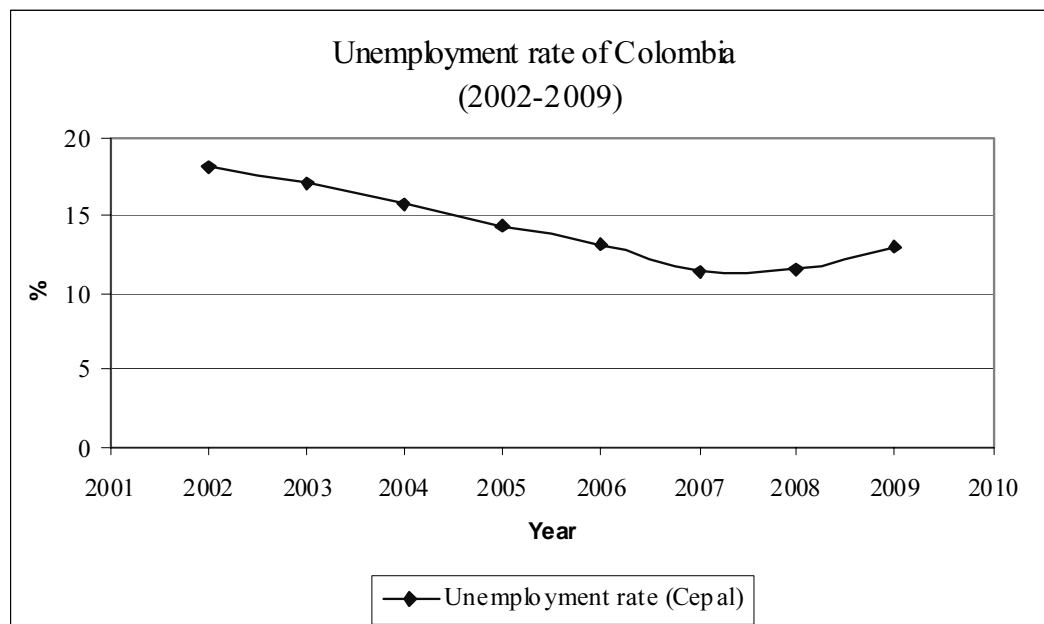
Graph N. 4. Gross domestic product

Source: CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Development Own with database available at: <http://websie.eclac.cl/infest/ajax/cepalstat.asp?carpeta=estadisticas>



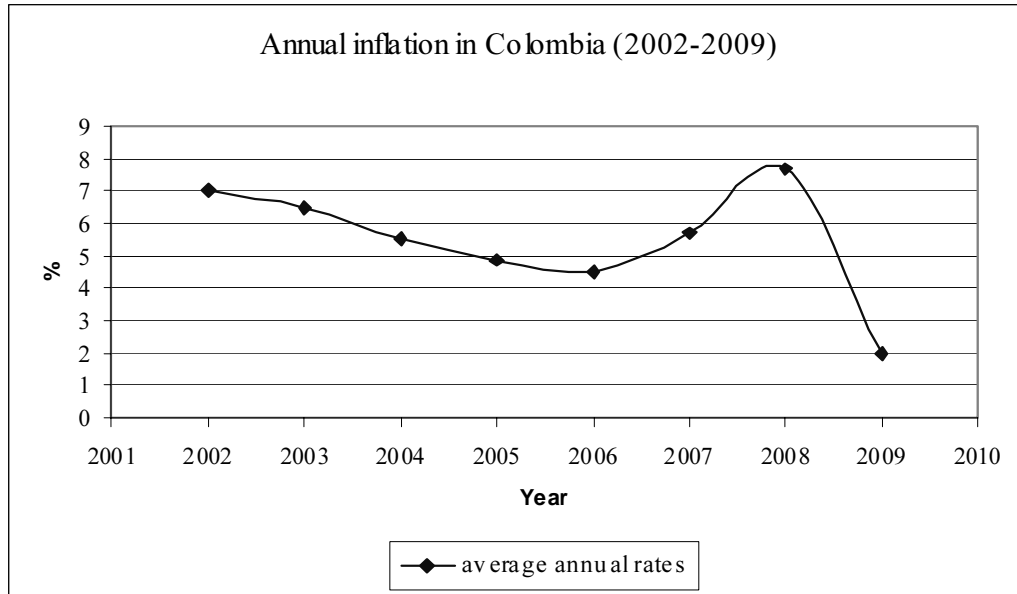
Graph N. 5. Variation gross domestic product

Source: CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Development Own with database available at: <http://websie.eclac.cl/infest/ajax/cepalstat.asp?carpeta=estadisticas>



Graph N. 6. Unemployment rate of Colombia

Source: CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Development Own with database available at: <http://websie.eclac.cl/infest/ajax/cepalstat.asp?carpeta=estadisticas>



Graph N. 7. Annual inflation in Colombia

Source: CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Development Own with database available at: <http://websie.eclac.cl/infest/ajax/cepalstat.asp?carpeta=estadisticas>

Chart N. 3. Presidents and presidential terms since 1950

ARGENTINA	ARGENTINA	CHILE	COLOMBIA	PERU	VENEZUELA
1946 - 1951 Perón, Juan Domingo	1976 - 1981 Videla, Jorge Rafael	1946 - 1952 Gabriel González Videla	1950-1951 Laureano Gómez Castro	1948-1950 General Manuel A. Odria Amoretti	1950-1952. Germán Suárez Flamerich
1951 - 1955 Perón, Juan Domingo	1981 - 1981 Viola, Roberto Eduardo	1952 - 1958 Carlos Ibáñez del Campo	1951-1953 Roberto Urdaneta Arbeláez	1950 General Zenón Noriega	1952-1958 Marcos Pérez Jiménez
1955 - 1955 Lonardi, Eduardo	1981 - 1982 Galtieri, Leopoldo Fortunato	1958 - 1964 Jorge Alessandri Rodríguez	1953-1957 Teniente general Gustavo Rojas Pinilla	1950-1956 General Manuel A. Odria Amoretti	1958-1959 Wolfgang Larrazábal
1955 - 1958 Aramburu, Pedro Eugenio	1982 - 1983 Bignone, Reynaldo Benito	1964 - 1970 Eduardo Frei Montalva	1957-1958 Junta militar de gobierno	1956-1962 Manuel Prado Ugarteche	1959-1959 Edgar Sanabria
1958 - 1962 Frondizi, Arturo	1983 - 1989 Alfonsín, Raúl Ricardo	1970 - 1973 Salvador Allende Gossens	1962-1966 Guillermo León Valencia	1962-1963 General Ricardo Pérez Godoy y General Nicolás Lindley	1959-1964 Rómulo Betancourt
1962 - 1963 Guido, José María	1989 - 1995 Menem, Carlos Saúl	1973 - 1990 Augusto Pinochet Ugarte	1966-1970 Carlos Lleras Restrepo	1964-1968 Fernando Belaunde Terry	1964-1969 Raúl Leoni
1963 - 1966 Illia, Arturo Humberto	1995 - 1999 Menem, Carlos Saúl	1990 - 1994 Patricio Aylwin Azócar	1970-1974 Misael Pastrana Borrero	1968-1975 General Juan Velasco Alvarado	1969-1974 Rafael Caldera
1966 - 1970 Onganía, Juan Carlos	1999 - 2001 De la Rúa, Fernando	1994 - 2000 Eduardo Frei Ruiz-Tagle	1974-1978 Alfonso López Michelsen	1975-1980 General Francisco Morales Bermúdez Cerruti	1974-1979 Carlos Andrés Pérez
1970 - 1971 Levingston, Roberto Marcelo	2001 - 2001 Puerta, Ramón	2000 - 2006 Ricardo Lagos	1978-1982 Julio César Turbay Ayala	1980-1985 Fernando Belaunde Terry	1979-1984 Luis Herrera Campins
1971 - 1973 Lanusse, Alejandro Agustín	2001 - 2001 Rodríguez Saá, Adolfo	2006 - present Michelle Bachelet Jeria	1982-1986 Belisario Betancur Cuartas	1985-1990 Alan Gabriel Ludwig García Pérez	1984-1989 Jaime Lusinchi
1973 - 1973 Cámpora, Héctor José	2001 - 2002 Camaño, Eduardo		1986-1990 Virgilio Barco Vargas	1990-1995 Alberto Kenya Fujimori Fujimori	1989-1993 Carlos A. Pérez
1973 - 1973 Lastiri, Raúl Alberto	2002 - 2003 Duhalde, Eduardo Alberto		1990-1994 César Gaviria Trujillo	1995-2000 Alberto Kenya Fujimori Fujimori	1993-1994 R.J. Velásquez
1973 - 1974 Perón, Juan Domingo	2003 - 2007 Kirchner, Néstor Carlos		1994-1998 Ernesto Samper Pizano	2000 Alberto Kenya Fujimori Fujimori	1994-1999 Rafael Caldera
1974 - 1976 Martínez de Perón, María E	Kirchner, Cristina 2007- present		1998-2002 Andrés Pastrana Arango	2000-2001 Valentín Paniagua Corazao	1999-2001 Hugo Chávez
	Sebastian Piñera 2010-		2002-2006 Álvaro Uribe Vélez	2001-2006 Alejandro Toledo Manrique	2001-2007 Hugo Chávez
			2006-2010 Alvaro Uribe	2006- present Alan Gabriel Ludwig García Pérez	2007- present Hugo Chávez
			2010- present Juan Manuel Santos		

DE LA CRISIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO AL IMPERIO DE LOS PRINCIPIOS EN EL NUEVO DERECHO *

Ferney Rodríguez Serpa**
Pilar Ruiz Zapata***

“Una interpretación jurídica que pretenda contentarse con la sola ley escrita, o bien se engaña manifiestamente a sí misma, o permanece impotente para satisfacer las necesidades legítimas de la vida”
François Géný

“Principio tienen todas las cosas”. “Al principio era el principio”. “Todo comienza con el principio”.
Del refranero popular

RESUMEN

El presente artículo de investigación tiene como objetivo central, analizar la transición de la crisis de un positivismo jurídico al imperio de los principios en el escenario del nuevo derecho; para ello, afirmamos –hipotéticamente– que desde la perspectiva del iusnaturalismo, se han definido razones suficientes para comprender que los principios son el imperio del Nuevo Derecho. Para validar este juicio,

el presente trabajo se basa en un diseño bibliográfico, que se fundamenta epistemológicamente en un estudio histórico hermenéutico, puesto que no es posible la comprensión de la crisis del positivismo jurídico al imperio de los principios en el nuevo derecho, sin una interpretación a fondo de las características, elementos y criterios que ellos encierran.

Palabras clave: positivismo jurídico, crisis, principios, Nuevo Derecho.

Fecha de recepción: 3 de octubre de 2010. Fecha de aceptación: 2 de diciembre de 2010.

* Este artículo científico es producto de la investigación terminada “La racionalidad, la interpretación y la argumentación como Imperativos hipotéticos de la correcta decisión judicial”, adelantado dentro del Grupo de Investigación en Derecho Procesal de la Universidad Simón Bolívar, escalafonado en Categoría “B” de Colciencias.

** Abogado de la Universidad Simón Bolívar. Sociólogo de la Universidad del Atlántico. Joven Investigador de Colciencias 2007. Maestrante en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Investigador del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad Simón Bolívar, escalafonado en la categoría B de Colciencias. Docente-investigador, en las áreas de Hermenéutica Jurídica, lógica y argumentación jurídica y Proyecto de Investigación. Correo electrónico: ferneysociojuridico@hotmail.com

*** Abogada de la Universidad Autónoma del Caribe. Diseñadora de moda de la misma Universidad. Especialista en derecho ambiental y Maestrante en Derecho de la Universidad del Norte.

ABSTRACT

This research paper has as main objective to analyze the transition from a crisis of legal positivism to the rule of the principles in the stage at the new law. In order to do so, we state -hypothetically- that from the perspective of natural law enough reasons has been defined to understand that the principles are the rule of the new law. In regard to validate this view, the present paper is based upon a bibliographic design, which is also epistemologically supported in a hermeneutic historical study, since it is not possible to understand the crisis of legal positivism to the rule of the principles in the new law, without any profound interpretation of characteristics, elements and criteria they contain.

Key words: Legal positivism, crisis, rule of law, principles, new right.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo a pesar de tener una estructura discursiva en el seno de la historia y la filosofía del Derecho, se plantea solo para dar cuenta de un contexto de desarrollo del derecho sustancial y procesal. No obstante, la intención de fondo no es describir y explicar la relación del entorno iusfilosófico con el Derecho, sino centrarnos en la movilidad del positivismo jurídico y la crisis de este, como paradigma imperante hasta el fin de la segunda guerra mundial. En esa misma centralidad, se abordarán los principios en el Nuevo Derecho, partiendo, como es lógico, de la crisis del positivismo al escenario de los principios en la razón práctica del derecho dúctil descrito por Zagrebelsky. Con esto se advierte que, a pesar de que el artículo se deriva de los capítulos II, III y IV de un proyecto terminado¹ en Derecho procesal, el lector no

encontrará en este artículo esa simetría entre el Derecho adjetivo, historia y Filosofía del Derecho.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Para iniciar se parte de una afirmación -simple- que se bifurca en dos ideas, en la cual se señala que en algún momento de nuestra vida como jurista hemos sido positivistas decimonónicos. Las razones de esto, quizás, radican: 1) en que el positivismo jurídico dominante del siglo XIX y la mitad del siglo XX no ha sido superado por completo; y 2) gran parte de los juristas y formadores del derecho contemporáneo aun tiene una perspectiva estrictamente iuspositivista.

Tal vez, estas dos ideas nos llevarían a un debate mucho más profundo, en la medida en que a pesar de las nuevas tendencias del derecho desde el fin de la segunda guerra mundial, aun persiste arraigada con fuerza esta visión en la cultura jurídica occidental; sin embargo, hay una tercera razón que ineludiblemente nos llevará a repensar las dos primeras ideas. Esta tercera razón que fundamenta lo anterior, y sobre la cual se ubica el problema de este artículo de investigación, es precisamente la crisis del positivismo jurídico y el posicionamiento de un Nuevo Derecho fundado en principios, es decir, sobre la crisis del positivismo jurídico que fue la teoría dominante durante más de dieciséis décadas y sobre los principios que en un momento fueron excluidos del conjunto de normas básicas y de los sistemas dominantes en el derecho y hoy se alzan con una fuerza extraordinaria que ha generado un cambio de paradigma del derecho, es decir, un cambio que demanda una nueva reinterpretación de los sistemas jurídicos, nuevas lecturas del hacer y pensar el derecho. Cuestión esta, que no es nada fácil,

¹ La racionalidad, la interpretación y la argumentación como imperativos hipotéticos para la correcta decisión judicial. Proyecto anteriormente referenciado.

pues la multiplicidad de fuentes jurídicas se han acrecentado y los principios son una parte transcendental de esas fuentes, que por su textura abierta ameritan un cuidadoso y razonable tratamiento.

HIPÓTESIS

Desde los procesos rigurosos del positivismo jurídico que se inauguraron con la Revolución Francesa y la Escuela Exegética del siglo XIX, el Derecho estuvo anclado en la obediencia ciega de la Ley y al estricto culto del principio de legalidad. No obstante ante la dinámica de los tiempos modernos, que desvanecen en el aire todo lo sólido², el positivismo jurídico como paradigma vigente por décadas entró en crisis, en la cual –para los efectos de la hipótesis, el iusnaturalismo, definió razones suficientes para señalar que nos hayamos frente al imperio de los principios en un Nuevo Derecho.

ESTRATEGIA METODOLÓGICA

El presente artículo de investigación, se fundamenta epistemológicamente en un estudio teórico. El carácter bibliográfico del estudio está dado por las distintas escuelas y corrientes teóricas que asumen el debate de la crisis del positivismo jurídico al imperio de los principios en el Nuevo Derecho. En otras palabras, la investigación responde a características de un estudio teórico-analítico en razón de su “orden explicativo e ‘inter-

pretativo’ orientado a estructuras teóricas,”³ pues la pretensión final del proyecto se enmarca dentro de un diseño de investigación bibliográfica.

El paradigma que reviste la investigación es eminentemente hermenéutico, puesto que no es posible la comprensión de la crisis del positivismo jurídico al imperio de los principios en el nuevo derecho –aquí señalados–, sin una interpretación a fondo de las características, elementos y criterios que ellos encierran. Esto último demandaría un método de investigación deductiva, pues la finalidad teórica del proyecto exige la universalidad de los resultados y en este caso de los resultados finales de la investigación.

RESULTADOS

En términos popperianos, para falsear esta hipótesis⁴, se tratará de describir en resumen el contexto del positivismo jurídico como producto de la modernidad, con el objeto de comprender por qué el positivismo jurídico es hijo de la razón ilustrada y las teorías racionalistas; también se analizará la crisis de un positivismo jurídico y los intentos tardíos de respuestas a la crisis; para este particular punto se tomará como referente a Kelsen y Hart y finalmente se expondrán las razones de por qué los Principios se constituyen en el imperio del nuevo Derecho, de un derecho dúctil,⁵ que tiene respaldo en planteamientos de teóricos tales como Dworkin, Alexy, Guastini y Zagrebelsky, entre otros.

2 BERMAN, Marshall. *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad*. Editorial Siglo XXI. México. 1989, p. 14.

3 TAMAYO Y TAMAYO, Mario. *Serie aprender a investigar. Módulo 2 de investigación*. Edición Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES. Bogotá D. C. 1999. Pág. 54.

4 ADORNO, Theodor. *La disputa del positivismo en la sociología alemana*. Colección Teoría y Realidad. Estudios críticos de filosofía y ciencias sociales. Traducción de Jacoho Miífioz. Ediciones Grijalbo, S. A. Barcelona. 1973, p. 112.

5 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derecho, justicia. 8.ª Edición. Madrid. Editorial Trotta. 2008, p. 149.

MODERNIDAD Y POSITIVISMO JURÍDICO

Uno de los más ilustres sociólogos americanos, Marshall Berman, señaló que “todos los hombres y mujeres del mundo comparten una forma de experiencia vital – experiencia del espacio y el tiempo, del ser y de los otros, de las posibilidades y de los peligros de la vida – a la que llamó modernidad”⁶.

La modernidad ha sido el motor de la historia, la negación de la tradición y del antiguo régimen feudal. Así mismo, ha sido –en palabras de Lipovetsky– “el culto a la novedad y al cambio [...] sin límites y por ende, ante tal hecho, no se salva ni el mismo”⁷.

Esta característica que describe Lipovetsky de la modernidad, ineludiblemente abraza al positivismo jurídico, y tiene como significado interpretativo comprender si el positivismo jurídico es producto de la modernidad, donde paradójicamente en la dinámica de ella, el positivismo jurídico nació con la condena a entrar en crisis.

Sin embargo, a pesar de esa predicción a la crisis del positivismo jurídico, casi la totalidad de las tesis del derecho positivo clásico dependían del nacimiento del Estado de Derecho Liberal francés, que estableció por primera vez la genial idea de la división de poderes, y en efecto, los límites a la arbitrariedad del poder, en especial del poder judicial.

Seguidamente a la revolución francesa, se genera una nueva concepción jurídica llamada corriente codificadora que venía fundamentada con teorías racionalistas, que creían que era factible reducir el derecho a la unidad de una ley contemplada a través de códigos. Esta corriente ha sido el movimiento “más importante del siglo XIX, ha sido el desarrollo extraordinario alcanzado por la codificación en la mayoría de las naciones”.⁸

Su triunfo más amplio, ocurrió en Francia, España y en los países hispanoamericanos.⁹ Sin embargo, la historia de este proceso codificador se remonta a la Francia de mediados del siglo XVIII, de Luis XIV, donde éste –asesorado por juriconsultos de la época–, proclamó las grandes ordenanzas codificadoras sobre los procedimientos civiles y criminales. Así mismo, las ordenanzas relacionadas con el comercio, las aguas y bosques, la marina, el código negro que versaba sobre el tratamiento de los esclavos de las colonias¹⁰.

Tal como se advirtió, la revolución francesa fue clave en este proceso. Ella aceleraría la codificación. La más famosa de esas codificaciones, sin duda lo fue el código civil de Napoleón de 1804, el cual es un claro ejemplo de la presencia de grandes juriconsultos como Cujas, Domat y Pothier.¹¹

Después de la sanción de los distintos códigos de Napoleón, surgió la escuela de la exégesis, la cual “concebía el estudio del

6 BERMAN, Marshall. “Brindis por la modernidad”. En: *Colombia el despertar de la modernidad*. Comp. Fernando Viviesca & Fabio Giraldo Editores, Foro Nacional por Colombia. Bogotá. 1991, p. 44.

7 LIPOVESTSKY, Gilles. “Modernidad y postmodernidad”. En: *Colombia el despertar de la modernidad*. Comp. Fernando Viviesca & Fabio Giraldo Editores Foro Nacional por Colombia. Bogotá. 1991, p. 140.

8 MOUCHET, Carlos & ZORRAQUÍN, Ricardo. *Introducción al derecho*. Edición Duodécima actualizada reimpressa. Editorial Abeledo-Perro. Buenos Aires. [s.f.], p. 212.

9 ORREGO, Cristóbal. *Analítica del derecho justo: La crisis del positivismo jurídico y la crisis del derecho natural*. Edición: Karla B Templos Núñez. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos núm. 86. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005, p. 84.

10 MOUCHET, Carlos & ZORRAQUÍN, Ricardo. op. cit., p. 213.

11 *Ibid.*, p. 214.

Derecho como un estricto comentario del código, interpretado literalmente y siguiendo las sistemáticas y los conceptos elaborados por el legislador”¹². En términos más amplios, Carlos Fuentes¹³ señala que esta escuela tenía como característica: 1) reducir el Derecho a los códigos, 2) considerar los códigos como un sistema de pretensiones universales donde no existen lagunas, 3) esta corriente responde a una perspectiva pragmática y estática del derecho que sacrifica cualquier intento evolutivo por la estricta certeza jurídica, 4) la escuela exegética en sí misma llegó a considerarse en el principio de la plenitud hermética, es decir bajo la mirada de un ordenamiento jurídico cerrado, donde la función del juez se limitaba estrictamente a la aplicación de las disposiciones jurídicas contempladas en los códigos. Así las cosas, esta escuela termina convirtiéndose en una postura dogmática, o sea acrítica en el sentido que sus principios serían incontrovertibles.

Este último punto se constituiría en un antecedente de lo que sería posteriormente una de las críticas al movimiento que se encubrió en el seno del positivismo jurídico y que daría al traste con los sueños de los hombres de la revolución francesa, que habían pensado en un código que pudiera extenderse a todas las naciones y resistir el paso del tiempo¹⁴.

De conformidad, entonces, con la modernidad, la revolución francesa y la escuela de la exégesis, el derecho positivo por décadas le rindió culto a la ley enmarcada en el paradigma jurídico del Estado de Derecho, bajo el “arbitrario” axiomático que afirmaba

“dura es la ley, pero es la ley”, el cual, no cabe duda en la práctica jurídica, limitó el ejercicio del buen proveer de todos los intervinientes en el derecho, desde el Juez hasta el más iniciado del derecho. En el caso de los jueces, tal limitación llegó hasta el punto de reducir las funciones de estos a meros espectadores y pasivos frente al proceso jurisdiccional. En este sentido, tal pasividad y rol de espectador del juez jurisdiccional y de los demás juristas del derecho, estuvo anclado por décadas, a las condiciones estructurales del régimen político-jurídico en el cual se circunscribieron sus funciones regladas.

La juridicidad, en el Estado de Derecho, fue el “Estado bajo el régimen de derecho,”¹⁵ es decir, el Estado jurídico de estricto apego a la legalidad de las normas preexistentes o a la regla jurídica del momento. Zagrebelsky¹⁶ afirma que el Estado de Derecho, como Estado, actúa bajo el principio de legalidad y la ley positiva para imponer con eficacia el derecho en todas las relaciones sociales y evitar a toda costa la fragmentación y la anarquía social. El Estado de Derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la sumisión a ella y de todas las fuentes de derecho, de manera que para los sujetos procesales y en especial en los jueces, el poder de dirección del proceso se limitaba a la exégesis de la ley, desconociendo como es natural en su momento histórico, el sistema de fuentes del derecho del que se goza en nuestros tiempos (basado especialmente en la constitución, subreglas, principios y valores). No obstante, esta última idea para los jueces y sobre todo para el legislador decimonónico, no representó un “gran peli-

12 ORREGO, Cristóbal. op. cit., p. 84.

13 FUENTES, Carlos. *El realismo Jurídico*. Edición Miguel López Ruiz. Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie Doctrina jurídicos núm. 141. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003, p. 251, 252.

14 HUSSON, León. *Análisis crítico del método de la exégesis*. Universidad de Lyon Francia. [s.e], [s.f], p. 12.

15 ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., p. 21.

16 *Ibid*, p. 24.

gro”. Recuérdese, por ejemplo, la obra *De los delitos y las penas* de Cesar Beccaria. En este texto, el autor italiano, señala que la autoridad de interpretar las leyes penales puede residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisladores. Los jueces no han recibido de nuestros antiguos padres las leyes como una tradición y un testamento que dejase a los herederos sólo el cuidado de obedecerlo; y recibirlas de la sociedad viviente, o del soberano su representante, como legítimo depositario en quien se hallan las actuales resultas de la voluntad de todos. Así mismo, señala Beccaria que en todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. La premisa mayor será la ley general; la menor la acción conforme o no con la ley, de donde inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre¹⁷.

Otra erudición de este tipo nos la brinda la clásica obra. *El espíritu de las leyes* de Montesquieu. Cuando este ilustrado francés se refirió al juez de la época como a aquel ser inanimado que no puede mitigar ni la fuerza y el rigor de la ley misma. De igual forma, redujo este a ni más ni menos que a la boca del legislador¹⁸. De ahí que la famosa teoría de la división del poder en tres ramas en la práctica, no era tan cierta, ya que la supuesto autonomía del poder del juez dependía de la construcción de las reglas jurídicas que creaba el legislador y, peor aun, de la imposibilidad de apartarse del tenor literal del texto emanado cuerpo legislativo. Ahora bien, si la motivación de las sentencias por parte de los jueces fue una consecuencia y no un presupuesto de la organización del aparato de

justicia, de manera que esta –la justicia– ha de ser entendida como la aplicación de la regla jurídica, pues la ley aparece como la expresión de la voluntad popular a la que el juez debe sometimiento, según Eduardo García de Enterría en su obra *El derecho, la ley y el juez*¹⁹.

Tal sometimiento a la regla jurídica se entiende también como el sacramental sometimiento a los códigos. François Ost²⁰ denomina este modelo como el derecho Jupiterino y explica que es aquel derecho que adopta la forma de ley y se expresa en imperativos y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. Es un modelo jurídico clásico, que a pesar de los progresos hacia los principios y los valores jurídicos, todavía continúa siendo enseñado en las facultades de derecho y, en consecuencia, practicado en los tribunales judiciales, puesto que parecen más profundos los vestigios o legado de la racionalidad del Estado de Derecho, basado en la separación estricta entre lo público y lo privado, instrumentalizada por el principio de legalidad, la defensa de la propiedad y la libertad personal, y en fin de la “odiosa e injusta” seguridad jurídica concebida como manifestaciones de la razón, y razón como ley misma, ley y razón son lo mismo²¹, de ha aquí el gran mito liberal, que engendró el aforismo “dura es la ley, pero es la ley”.

LA CRISIS DE UN POSITIVISMO JURÍDICO Y LOS TARDÍOS INTENTOS DE RESPUESTAS A LA CRISIS

Ahora, la idea de que la ley era la fuente del Derecho por antonomasia fortalecía el culto

17 BECCARIA, César. *De los delitos y de las penas*. 3.^a Edición Latinoamericana Estudio. Preliminar de Nódier Agudelo Betancur. Editorial Textos fundamentales de derecho núm. 2 Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1994.

18 MONTESQUIEU, Charles. *El espíritu de las leyes*. Editorial Heliasta. Madrid. 2005. pág. 187.

19 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *El derecho, la ley y el juez. dos estudios*. Civitas Ediciones. Madrid (España). 1997.

20 OST. “Francisco. Júpiter, Hércules y Hermes tres modelos de jueces. Tres modelos de juez”. Trad. de Isabel Lifante Vidal Rev. *Cuadernos de filosofía DOXA*. núm. 14. España. 1993, p. 173.

21 GÓMEZ ISAZA, María Cristina. *El mito del Estado Social de Derecho*. [s.e], [s.f].

sacramental hacia el poder Legislativo²² que por décadas determinó en rigor lo que significaba el Estado reglado de Derecho. No obstante, este modelo paradigmático y sólido por décadas entraría en crisis, para dar paso a lo que sería un Nuevo Derecho basado en principios y por supuesto en reglas, pero ya no de estricto absolutismo a la legalidad que estableció el legislador decimonónico, sino a la corrección permanente del carácter de su contenido sustancial y procesal.

Con esto, se considera fundamental enunciar a groso modo, la facticidad de la crisis de las reglas jurídicas del Estado Liberal. En efecto, un primer acercamiento a esa crisis estribaría en torno a la legitimidad democrática de la ley, y la imposibilidad de esta para resolver todas las demandas de los diferentes grupos sociales, la crisis de la representación política, las tensiones de derecho, las antinomias, las colisiones jurídicas y por supuesto los casos difíciles y trágicos que son cada vez más recurrentes en el derecho contemporáneo.

Otra de tales manifestaciones a la crisis se inscribe –como se ha señalado– bajo el método exegético del derecho, el cual por varios siglos ha sido el método ideal para que se consolidara el estricto apego a las reglas jurídicas y la reproducción de la boca del legislador. Sin embargo, es de reiterar que esta escuela, legado de los grandes juristas del pasado –glosadores y posglosadores–, se constituye finalmente con la generación nacida bajo el proceso de codificación²³. Ahora, el positivismo en sí no es crisis.

“La crisis reside en la falta de elasticidad, el abuso de los procedimientos lógicos, el

exceso de intelectualismo que se ponía en juego y destruían la necesaria relación que debe existir entre el Derecho y la dinámica social (...), se suma esto a la pretensión de construcciones de orden lógico que hizo olvidar a veces las exigencias más elevadas de la justicia, y la conveniencia de adecuar el Derecho a la evolución de la sociedad”²⁴.

Un hecho más que se suma a esta crisis se efectúa en el interior de los sistemas procesales, los cuales, según el procesalista italiano Michele Taruffo²⁵, gravitan en la racionalidad como coherencia de la ley procesal y por otra parte, la funcionalidad instrumental de esta. En la primera, la crisis se ubica en la escasa posibilidad de asegurar un orden y la unidad de la ley procesal pues prevalece la tendencia hacia la fragmentación; y en cuanto a la segunda, la crisis se profundiza, en la falta de una tutela jurisdiccional efectiva, que se desprende de los desencantos que genera una lenta y soñolienta justicia material, frente a las crecientes demandas de soluciones rápidas y eficaces²⁶.

De otra parte, el Estado de Derecho reducido a regla jurídica, al principio de legalidad, al derecho estrictamente legislado e interpretado exegéticamente, entraría finalmente en crisis, no por su genuina estructura, sino por su carácter deformador al servicio del totalitarismo; del führer, el Duce o de un Soviet.

A pesar de que la ley o la regla jurídica ha sido fruto de la razón y las voluntades políticas del Estado moderno, esta con el transcurrir del tiempo no se fue acomodando a las nuevas realidades sociales, de manera que

22 GUASTINI, Ricardo. *Ley*. En: *Elementos de Técnica Legislativa*. Comp. de Miguel Carbonelle. Edición Instituto de Investigaciones Jurídico. Serie Doctrina Jurídicos núm. 141. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003, p. 14.

23 HUSSON, León. op. cit., p. 5.

24 MOUCHET Carlos & ZORRAQUIN, Ricardo. op. cit., p. 255.

25 TARUFFO Michele. “Racionalidad y Crisis de la ley procesal”. En *Revista DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 24. España. [s.f.], p. 313.

26 *Ibid*, p. 315.

era obvia la inseguridad jurídica²⁷ y la carencia progresiva de legitimidad y eficacia de la ley. A este análisis, Miguel Ángel García agrega que en la crisis de la legalidad positivista, existe una “contradicción entre el Estado de Derecho, los límites normativos y las prohibiciones impuestas a los poderes públicos de forma cierta abstracta y general,²⁸ pues como bien se sabe 1) en la sistemática del derecho tradiciones del *Civil Law* en ocasiones producen una inflación legislativa que solo deja inseguridad jurídica ante la abundancia normativa y 2) si los poderes públicos estaban sometidos al imperio de la ley, entonces la obediencia de los jueces se vinculaba a la ley y no la constitución donde a futuro las corrientes iusnaturalistas positivizarían los principios del nuevo derecho.

En resumen, la crisis del positivismo jurídico se acrecienta a finales del siglo XIX. “Entre 1890 y 1945, cuando por una parte tuvieron su apogeo las escuelas funcionalistas, teleológicas y sociológicas del derecho”²⁹, y por otra parte cuando “François Géný denunció en su libro *“Methode d’interpretation et sources en droit privé positif”* el método de la exégesis”³⁰.

Todas estas “críticas metodológicas”³¹ al positivismo jurídico, no impidieron que algunos miembros de esta corriente como Kelsen y Hart intentaran dar respuesta a la crisis.

En ese orden de teóricos, Kelsen planteó como tesis que “la validez del derecho posi-

tivo no puede depender de su relación con la justicia”,³² ya que lo que “constituye derecho como derecho es validez [...] pues los ideales de justicia son [...] un problema ético muy diferente del problema jurídico de la validez”.³³ Estos argumentos de Kelsen se justificaron en dos sentidos: 1) no existe sobre la tierra un individuo que sea capaz de crear normas *erga omne* homogéneas y heterogéneas para todos, a partir de su voluntad y 2) no es posible, en efecto, encontrar un valor moral para todos.

Esto significó que Kelsen no negaba la existencia de la justicia; no obstante, para sus pretensiones de cientificidad del derecho positivo, era necesario según Kelsen “excluir tales juicios de valor de un estudio científico, objetivo y riguroso, del derecho como orden normativo”³⁴.

Según Orrego, Kelsen era consciente de la crisis del positivismo desde la perspectiva del legalismo y el formalismo. De ahí que para superar tal crisis, plantea una combinación entre actos cognoscitivos del derecho y actos volitivos de creación de derecho, que ayudaran a suavizar el formalismo objeto de crítica, conservando de todas formas la negación de valoración de las ciencias del derecho³⁵.

Finalmente la respuesta de Kelsen sería insuficiente ante hechos como el genocidio nazi, pues negaba el carácter de materialidad de la norma básica, tan fundamental para poder dar respuesta a estos lamentables he-

27 BENITEZ, Rafael. *El papel del juez en la democracia: Un acercamiento teórico*. Edición Embajada de España y Consejo Nacional de la Judicatura del Salvador. Escuela de capacitación judicial. San Salvador. 2006, p. 23.

28 *Ibid.*, p. 24.

29 ORREGO, Cristóbal. *op. cit.*, p. 86.

30 HUSSON, León. *op. cit.*, p.1.

31 SCHMITT, Carl. *Los tres modos de pensar*. [s. e.][s.c.][s.f.], p. 33.

32 ORREGO, Cristóbal. *op. cit.*, p. 88.

33 BOBBIO, Norberto. *Teoría General del derecho*. 3.^{ra} Edición revisada y corregida. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2007, p. 31.

34 ORREGO, Cristóbal. *op. cit.*, p. 88.

35 *Ibid.*, p. 89.

chos; dicho con otras palabras, para Kelsen la norma básica o constitución era una “norma hipotética, no pensada, no fundamentada, que no es fruto de la voluntad y por tanto no tiene contenido material”³⁶.

Ahora, cuando se señala que la respuesta es tardía porque Kelsen se retractaría, ya al final del auge de su teoría. Tal como lo advierte el profesor Mejía Quintana, Kelsen decide abjurar de su doctrina y reconoce que no puede sostener más su teoría en el convencimiento de que una norma como fundamental tiene que ser una norma con contenido material, no simplemente lógica formal³⁷.

Por su parte, el más notable filósofo del derecho anglosajón, Herbert L. A. Hart, en su intento por superar la crisis del positivismo caracterizó las tesis más esenciales con el fin de conservar la tradición a la que pertenece. En este sentido, para muchos autores como César Rodríguez³⁸, el propósito de Hart es contestar la pregunta ¿Qué es el derecho? Para otros doctrinantes como Pablo Bonorino y Jairo Peña, “el propósito de Hart no es dar una definición del derecho [...] sino avanzar en la teoría jurídica proponiendo un análisis más elaborado [...] de las semejanzas y distinciones entre el derecho, la coerción y la moral como tipos de fenómenos sociales”³⁹.

De cualquier forma, más allá de la precipitada discusión, lo que interesa es establecer en síntesis las tesis –que según Orrego son

diez tesis– más importantes del profesor de Oxford:

“1) La teoría imperativa del derecho, como mandatos del soberano de los ciudadanos; 2) El voluntarismo jurídico; 3) La tesis de las fuentes sociales del derecho; 4) La tesis de la separación conceptual entre derecho y moral; 5) La teoría positivista semántica; 6) La tesis del análisis conceptual no valorativo, del derecho; 7) El no cognitivismo ético; 8) La tesis logisista sobre la aplicación del derecho 9) La tesis de la discrecionalidad judicial; y 10) La tesis del deber moral absoluto de obedecer el derecho”⁴⁰.

De estas diez tesis, Hart vendría a admitir las tesis 3, 4, 5, 6 y 9; las otras las rechazarían. El trabajo del profesor Mejía Quintana, sin embargo, sintetiza en tres perplejidades claves las tesis de Hart.

La primera perplejidad tiene que ver con la reducción del derecho a órdenes respaldadas por amenazas⁴¹, donde Hart distingue entre reglas primarias y reglas secundarias; las primeras son las que aseguran derechos e imponen obligaciones y las segundas son las que estipulan cómo y por obra de quién se puede formar, reconocer, modificar o extinguir las normas primarias⁴². Hart concibe estas reglas como razones para la acción de la conducta de diferentes individuos distinguidos por su rol en la sociedad. Así, por ejemplo, distingue principalmente entre jueces y ciudadanos: el primero de ellos, según el profesor de Oxford, puede observar un aspecto interno,

36 MEJÍA QUINTANA, Oscar. “La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación”. En: *Filosofía del derecho y filosofía social*. (Memorias del Tercer Congreso Nacional). Comp. Numas Gil. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2006, p. 8.

37 *Ibid*, p. 9.

38 RODRÍGUEZ, Cesar. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Editores Siglo del Hombre. Universidad de los Andes. Bogotá. 2002, p. 20.

39 BONORINO, Pablo & PEÑA, Jairo. *Filosofía del derecho*. Edición Consejo Superior de la Judicatura. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá. 2002, p. 52.

40 ORREGO, Cristóbal. *op. cit.*, p. 91.

41 MEJÍA QUINTANA, Oscar. *op. cit.*, p. 10.

42 DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. Barcelona. 2002. Pág. 68

también llamado normativo, donde se establecen razones y justificaciones de la acción, de las sanciones, etc. Las segundas, en cambio, donde se ubican los ciudadanos y la sociedad en su conjunto, establecen reconocimientos, cambios y dedicación desde una perspectiva externa que en resumen confiere potestades públicas y privadas⁴³. Esta última es esencial para entender cómo en Hart se reconoce por vez primera el carácter exógeno de una regla en el sistema jurídico.

La segunda perplejidad que enuncia Mejía Quintana tiene que ver con la clásica separación entre el derecho y la moral. Aquí Hart pretendió superar el conflicto entre derecho y moral en Kelsen desembocado en la negación de la moral y la prevalencia coactiva del derecho, lo que lo reduce a órdenes respaldadas por amenazas⁴⁴. Este replanteamiento en la relación derecho y moral lo rechaza Hart con el ánimo de proponer un derecho mínimo natural contrario que permita un reconocimiento entre ambos enfoques del derecho.

La tercera perplejidad que enuncia Mejía Quintana se inscribe en la “consideración axiomática del derecho”⁴⁵ (esta última no es descrita por el autor, que he venido citando en este trabajo).

Ahora, tratando de sobreponerse a los lineamientos teóricos que le antecedieron, en particular de su compatriota Austin, y del profesor de Viena, Kelsen, quienes establecieron en la coacción la “esencia” del Derecho; el profesor Hart propuso la existencia

de la denominada regla de reconocimiento, –como ya se ha dicho–, con la cual se establecería un estándar normativo que serviría para definir qué es derecho válido⁴⁶, y que además se caracterizaría por no ser expresa y tener naturaleza consuetudinaria. En palabras del profesor Hart: “En la vida cotidiana de un sistema jurídico su regla de reconocimiento rara vez es formulada en forma expresa como regla; aunque ocasionalmente los tribunales de Inglaterra puedan enunciar en términos generales el lugar relativo de un criterio de derecho respecto de otro, como cuando afirman la supremacía de las Leyes del Parlamento sobre otras fuentes, aceptadas o sugeridas”⁴⁷.

En síntesis, “Kelsen y Hart y otros autores de la época, concibieron exclusivamente al sistema jurídico como agregado de reglas, negando toda posibilidad de incorporación de principios”⁴⁸ y valores al derecho.

EL IMPERIO DE LOS PRINCIPIOS EN EL NUEVO DERECHO

Con el final de la segunda guerra mundial se marcan dos acontecimientos jurídicos trascendentales en el derecho. El primero de ellos, como lo he advertido, es el hundimiento del positivismo jurídico que se realizó con fuerza en la revolución francesa y la escuela de la exégesis; el segundo, el nacimiento de un iusnaturalismo recargado constitucionalmente, donde la ley o la regla ya no debe su vigencia al legislador, sino a los contenidos derivados de la constitu-

43 ORREGO, Cristóbal. op. cit., p. 92.

44 MEJÍA QUINTANA, Oscar. op. cit., p. 11.

45 *Ibíd.*, p. 10.

46 HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Argentina Abeledo Perrot. 1961. p. 137.

47 HART, H.L.A. *Ibíd.*, p. 127.

48 CÁRDENAS, Jaime. *La argumentación como derecho*. Edición Raúl Márquez. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídicos núm. 210. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2007, p. 56.

49 BENÍTEZ, Rafael. op. cit., p. 25.

ción⁴⁹, que son de carácter material y se expresan como principios.

Estos principios jurídicos a partir de la segunda guerra mundial pretenden dar respuesta al holocausto, a la bomba atómica, a la crueldad de extinción de un pueblo como el judío; al dolor y sufrimiento intenso que se le causó a la dignidad de millones de mujeres, niños, ancianos y hombres en el mundo.

La justificación ontológica de los principios a raíz de la tragedia de la razón, se debe en buena forma en la necesidad de realizar una corrección a la validez del derecho positivo. Tal corrección se realizó a partir de la idea iusnaturalista de positivizar los derechos que eran inherentes a la persona humana, pues esto permitía, en buena forma, someter la validez de la regla jurídica a los contenidos materiales de la norma básica.

De esta forma, los principios son elevados a la categoría de derechos fundamentales, ya no como declaraciones simplemente políticas, como ocurría en el clásico Estado de Derecho Liberal francés, sino como reclamación jurídica ante los tribunales⁵⁰ constitucionales.

Otra de las justificaciones de los principios se halla en el iusnaturalismo silencioso de

Gustavo Radbruch. Se dice silencioso porque estuvo marginado de los escenarios públicos este hombre extraordinario, a raíz del padecimiento de una enfermedad degenerativa como el párkinson, adquirida mucho antes del fin de la segunda guerra mundial. Si bien Radbruch comenzaba a sentir muy de cerca su muerte, esto no fue impidiendo para que planteara “cinco minutos de filosofía del derecho” (*Fünf Minuten Rechtsphilosophie*),⁵¹ sus tesis más severas contra el positivismo. De estas se destaca la primera donde lanza las armas de su crítica contra las frases “Befehl ist Befehl (una orden es una orden) [...] y Gesetz ist Gesetz (la ley es la ley)”⁵², en la cual, se halla implícito el reclamo a la corrección de validez de la norma jurídica positivista.

En este sentido Radbruch señala que “el positivismo cree haber podido fundamentar la validez de la ley por el mero hecho de poseer la fuerza de imponerse, pero la ley además de proporcionar seguridad, ha de ser justa y conveniente”⁵³.

Para Manuel Atienza⁵⁴, Radbruch buscaba la realización de los valores del derecho natural en lo que posteriormente se llamaría el Estado Constitucional. Así mismo señala este filósofo español que hay una clara continuidad entre las tesis de Radbruch, Alexy⁵⁵ y Dworkin.

50 ORREGO, Cristóbal. op. cit., p. 3.

51 MARTÍNEZ, Virginia. *Gustavo Radbruch. Vida y obra*. Edición Raúl Márquez. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie E. Varios núm. 47. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003, p. 78.

52 *Ibid*, p. 79.

53 *Ibid*, p. 81.

54 ATIENZA, Manuel & FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Edición Margarita García. Editorial Raúl Márquez. Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie Estado de Derecho y función judicial. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005, p. 51.

55 No hay duda que uno de los autores más complejos dentro de un parcelación de la filosofía del derecho es el profesor Robert Alexy; por ello, en respuesta al par evaluador de este trabajo y los lectores del mismo, Alexy es considerado una mezcla entre el positivismo Kelseniano y el naturalismo jurídico de Radbruch. De modo que Alexy no se conoce como positivo y sí, por el contrario, cercano a una perspectiva iusnaturalista a partir de la teorización de los derechos humanos.

Ahora, antes de volver a Alexy y Dworkin es necesario manifestar que en los argumentos del imperio de los principios en el nuevo derecho o derecho líquido,⁵⁶ se irá realizando ciertas distinciones con respecto a las reglas y principios. Así mismo, es esencial señalar que la discusión de los principios no es estrictamente jurídica, sino metajurídica; por lo tanto, su discusión, en cierta forma, es riesgosa pues se balancea sobre las fronteras de múltiples disciplinas.

Aclarado entonces que los principios no solo son un tema jurídico⁵⁷, se dejan abiertas las puertas para considerar no solo principios sistémicos en el sentido de Dworkin⁵⁸, sino extrasistémicos.

Precisamente Dworkin junto a Esser, han sido considerados los pioneros en entablar el debate de los principios fuera del esquema formalista⁵⁹, con el objeto de poder diferenciarlos de la regla jurídica clásica, hallada bajo la tutela epistemológica del positivismo jurídico. En consecuencia, ha sido Ronald Dworkin quien como alternativa al debate iusnaturalista-positivista ha ofrecido un nuevo modelo⁶⁰ en el cual parte de la revisión de la posición de Hart, manifestando que “el sistema jurídico no solo está formado por reglas jurídicas [...] sino que contiene otros estándares normativos como los principios”⁶¹.

Estos principios, según Dworkin, hacen colapsar el esquema de validez y aceptación propuesto por Hart; también señala que estos principios por el hecho de poseer una textura abierta que los hace no conclusivos requieren para su aplicación ser ponderados en cuanto a su valor relativo impuesto por ciertas circunstancias determinadas⁶². La ventaja, entonces, de los principios frente a las reglas se establece en dos: 1) “las reglas se aplican a todo o nada, mientras que los principios poseen un conjunto de excepciones que no pueden ser listadas [...] 2) los principios tienen una dimensión de la que carecen las reglas, el peso”⁶³.

En Dworkin este peso se interpreta como la fuerza de los argumentos que respaldan los principios. Por su parte, Robert Alexy, profesor de la Universidad de Kiel, establece que la propiedad fundamental⁶⁴ que hace sustancialmente diferentes los principios y las reglas es que los primeros “son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diferentes grados y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también jurídicas”.⁶⁵ De igual forma, las reglas “son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen

56 VÁSQUEZ, Adolfo. “Zygmunt Bauman. Modernidad líquida y fragilidad humana”. En: *Nómaditas*. núm. 19. *Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*. Edición Universidad Complutense. Madrid. 2008, p. 2.

57 BOTERO, Andrés. “La jerarquización de principios generales del derecho. La historia y la culturalidad del principio de judiciales”. En: *Revista de derecho de la Universidad del Norte*. Barranquilla. 2005, p. 32.

58 MEJÍA QUINTANA, Oscar. op. cit., p. 15.

59 CÁRDENAS, Jaime. Oscar. op. cit., p. 103.

60 HIERRO, Libardo. “El imperio de la ley y crisis de la ley”. En: *Revista DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 19. España. 1996, p. 300.

61 UPRIMY, Rodrigo. *Interpretación judicial. Módulo de autoformación*. Edición Consejo Superior de la Judicatura. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá. 2003, p. 110.

62 RODRÍGUEZ, César. op. cit., p. 48, 51, 52, 54.

63 BONORINO, Pablo & PEÑA, Jairo. op. cit., p. 87.

64 LOPERA, Gloria. “Los derechos fundamentales como mandatos de optimización”. En: *Revista DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 27. España. 2004, p. 215.

determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible”⁶⁶.

Este argumento de Alexy, a juicio de los filósofos españoles Atienza y Ruiz, no es nuevo, pues ya estaba presente en Dworkin, quien afirmaba que los “principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor demanda posible [...], en cambio las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno”⁶⁷, donde estas se deben cumplir o no.

Como no todo es perfecto en el mundo de la vida, agregan estos dos autores que la crítica a los principios se debe hacer en el plano del absolutismo de ellos, como mandatos de optimización. Razón crítica que se funda en que no todos los principios tienen “la calidad de mandato de optimización, [...] ya que solo es adecuada para dar cuenta de una clase de principios, los llamados directrices o normas programáticas”⁶⁸.

De otra parte, para el tratadista italiano Riccardo Guastini los principios “son normas incondicionadas, es decir, carentes de supuestos de hechos, o en cualquier caso, supuestos de hechos abiertos con un campo de aplicación totalmente indeterminado”⁶⁹. De igual manera, manifiesta el jurista ita-

liano Guastini que si bien los principios tienen un rango constitucional⁷⁰, no siempre estos se hallan expresos en el texto constitucional. Un claro ejemplo de esto es el principio de conexidad que se deriva de las facultades hacia una hermenéutica constitucional plástica, contemplada en el artículo 94⁷¹ de la Constitución Política de Colombia y la sentencia T-406 de 1992 que profirió la Corte Constitucional,⁷² en la cual, el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional establece una clara distinción entre principios y valores, entendiendo por los primeros, las disposiciones constitucionales establecidas en los artículos primero y tercero donde se señala el catálogo de los principios constitucionales⁷³.

Al igual que Dworkin y Alexy, Ricardo Guastini efectúa una distinción entre reglas y principios. Para Guastini una regla comporta un enunciado condicional que concede una determinada consecuencia jurídica ante la ocurrencia de lo fáctico. Esta consecuencia puede ser de múltiples formas, desde el nacimiento de una obligación, hasta una sanción, pasando por la validez o estatus.

Otro de los filósofos más destacados en defensa de los principios es Zagrebelsky. Este

65 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos humanos*. Edición Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1993, p. 86.

66 *Ibid*, p. 87.

67 ATIENZA, Manuel & RUIZ, Juan. “Sobre principios y reglas”. En: *DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 10. España. 1991, p. 108.

68 LOPERA, Gloria. *op. cit.*, p. 220.

69 GUASTINI, Ricardo. *Estudios de teoría constitucional*. Instituto de investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Doctrina jurídica contemporánea. Colección dirigida por José Ramón Cossío y Rodolfo Vázquez. Edición Miguel Carbonell. México. 2001, p. 133.

70 GUASTINI, Ricardo. “Norma suprema”. En: *Revista DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 17- 18. España. 1995, p. 268.

71 Art. 94. “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

72 CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

73 MEJÍA QUINTANA, Oscar & GUZMÁN, Natalia. “La Corte Constitucional: Entre La Emancipación Social y la eficacia sistémica. Hacia un tercer modelo normativo de tribunal constitucional”. En: *Pensamiento Jurídico*. núm. 15. Edición Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional. Bogotá. Facultad, 2002, p. 14.

autor, también de nacionalidad italiana, aporta al derecho contemporáneo la más notable aproximación a la teoría de un nuevo derecho al que él llama derecho dúctil. En esta obra Zagrebelsky explica que “los principios desempeñan un papel propiamente constitucional”⁷⁴. Estos principios en el sentir de Zagrebelsky no establecen pautas sobre el actuar humano, como ocurre con las reglas, pues carecen de supuestos de hecho. Sin embargo, sí nos “proporcionan criterios para tomar posiciones ante situaciones concretas que a priori aparecen indeterminadas”⁷⁵.

En suma, afirma Zagrebelsky que el iusnaturalismo actual que defiende la fuerza de los principios en sí mismo es un iusnaturalismo más abierto y más genérico en cuanto derechos morales y principios, esta posición, que es un fin en sí misma, deriva su validez de calificación del estado, de tal forma que los principios adquieren “una validez material jurídicamente relevante al margen de la norma de identificación”⁷⁶.

Para finalizar, qué mejor que citar a Sergio Estrada, uno de los estudiosos en Colombia junto a Hernán Valencia Restrepo⁷⁷, de la principalística. Estrada, en su obra *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*, nos describe siete características sustanciales sobre los principios jurídicos: 1) los principios tienen un carácter fundante y fundamentador de derechos fundamentales, 2) la comprensión y explicación integral de los fenómenos jurídicos debe partir de la imbricación de los principios, 3) la noción material de las normas básicas constitucionales pertenecientes al sistema jurídico, 4) los principios jurídicos deben su mandato y

positivación al ejercicio soberano del poder constituyente, la jurisprudencia y la doctrina, 5) los principios jurídicos son la máxima expresión racional de la justificación, 6) los principios comportan un contenido axiológico que le otorga legitimidad material al poder del Estado cuando este se somete a ellos y 7) además de otorgar legitimación racional al poder del Estado, los principios sirven de criterio de expresión de la soberanía jurídica⁷⁸.

CONCLUSIÓN

A pesar de que las ideas de la modernidad tenían una pretensión filantrópica, que llevó a muchos hombres a caer heroicamente en la revolución francesa por un Estado de Derecho, este, con el paso del tiempo, se refundió en un positivismo jurídico excesivamente formalista, normativista y reglado, que le rindió culto primero a los procedimientos exegeticos, antes que a los reclamos de contenido material de los hombres y mujeres del mundo, imposibilidad de la adjudicación de materialidad a los derechos. Así las cosas, la crisis del positivismo jurídico se gesta desde el clásico Estado de Derecho, que por décadas se sometió al imperio de la ley, y a los aforismos ciegos e irracionales denunciados por Radbruch “Befehl ist Befehl (una orden es orden), y gasetz ist gasetz (la ley es la ley)”. Dura es la ley pero es la ley.

Es diáfano resaltar que ante la dinámica de los tiempos, el derecho positivo se hizo cada vez más lento y, en consecuencia, dejó de dar respuestas razonables –quizás nunca las dio, bajo el método de la subsunción– a las contingencias de la razón práctica, gene-

74 ZAGREBESKY, Gustavo. op. cit., p. 110.

75 Ibid, p. 110.

76 ESTRADA VÉLEZ, Sergio. *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Edición Universidad de Medellín. Editorial Sello editorial. Medellín. 2005, p. 38.

77 VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Monoárquica principalística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. 4.ª Edición. Editorial Jurídicas comlibros. Medellín. 2007.

78 ESTRADA VÉLEZ, Sergio. op. cit., p. 53 y 74.

rando con ello, una avalancha de críticas que van desde la ausencia de justicia en la validez del derecho reglado, hasta la aplicación de un derecho que se presumía en ocasiones injusto y siendo así, era aplicado por los jueces inanimados que servían de boca al legislador.

Después de describir la postura de los principios jurídicos, con base en los grandes teóricos contemporáneos sobre el tema, incluyendo los nuestros, los colombianos (Hernán Valencia Restrepo y Sergio Estrada Vélez) hemos de finiquitar que el poder de los principios es innegable en la medida en que cada día se suman más teóricos, como Dworkin, Alexy, Guastini, Zagrebelsky, entre otros, que otorgan justificaciones racionales, para argumentar la principialística jurídica, a partir de la corrección de la validez y el sometimiento razonable del sistema jurídico a los contenidos axiológicos del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Otro de los mínimos fundamentales, en el cual concluimos, estriba en el poder de optimización de los principios en el ordenamiento jurídico. De ahí que bien tiene razón Alexy, en cuanto considerar a los principios como derechos fundamentales y reconocer en ellos mandatos de optimización, lo cual explica la pretensión de garantía de estos derechos de primera generación a través de su configuración como principios.

Por último, los principios son la ductibilidad del nuevo orden jurídico, que los ha positivizado en las diferentes constituciones del mundo, que han reclamado un contenido axiológico por parte de los constituyentes originarios y derivados, después de la Segunda guerra mundial.

BIBLIOGRAFÍA

ADORNO, Theodor. *La disputa del positivismo en la sociología alemana*. Colección Teoría y Realidad. Estudios críticos de filosofía y

ciencias sociales. Traducción de Jacoho Míifioz. Ediciones Grijalbo, S. A. Barcelona. 1973.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos humanos*. Edición Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1993.

ATIENZA, Manuel & RUIZ, Juan. "Sobre principios y reglas". En: *DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 10. España. 1991.

_____ & FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y argumentación en el Estado Constitucional de Derecho*. Edición Margarita García. Editorial Raúl Márquez. Instituto de Investigaciones jurídicas. Serie Estado de Derecho y función judicial. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005.

BECCARIA, César. *De los delitos y de las penalizaciones*. 3.^a Edición Latinoamericana Estudio. Preliminar de Nódier Agudelo Betancur. Editorial Textos fundamentales de derecho núm. 2 Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1994.

BERMAN, Marshall. *Todo lo sólido se desvanece en el aire. La experiencia de la modernidad*. Editorial Siglo XXI. México. 1989.

_____. "Brindis por la modernidad". En: *Colombia, el despertar de la modernidad*. Comp. Fernando Viviesca & Fabio Giraldo Editores Foro Nacional por Colombia. Bogotá. 1991.

BENÍTEZ, Rafael. *El papel del juez en la democracia: Un acercamiento teórico*. Edición Embajada de España y Consejo Nacional de la Judicatura del Salvador. Escuela de capacitación judicial. San Salvador. 2006.

BOBBIO, Norberto. *Teoría General del derecho*. 3.^{ra} Edición revisada y corregida. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2007.

BONORINO, Pablo & PEÑA, Jairo. *Filosofía del derecho*. Edición Consejo Superior de la Judicatura. Escuela judicial Rodrigo Lara

Bonilla. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá. 2002.

BOTERO, Andrés. "La jerarquización de principios generales del derecho. La historia y la culturalidad del principio de judiciales". En: *Revista de derecho de la Universidad del Norte*. Barranquilla. 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

CÁRDENAS, Jaime. *La argumentación como derecho*. Edición Raúl Márquez. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídicos núm. 210. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2007.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. Barcelona. 2002.

ESTRADA VÉLEZ, Sergio. *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*. Edición Universidad de Medellín. Editorial Sello editorial. Medellín. 2005.

FUENTES, Carlos. *El realismo Jurídico*. Edición Miguel López Ruiz. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina jurídicos núm. 141. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *El derecho, la ley y el juez: dos estudios*. Civitas Ediciones. Madrid (España). 1997.

GÓMEZ ISAZA, María Cristina. *El mito del Estado Social de Derecho*. [s.e], [s.f].

GUASTINI, Ricardo. "Ley". En: *Elementos de Técnica Legislativa*. Comp. de Miguel Carbonelle. Edición Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina jurídicos núm. 141. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003.

_____. "Ponderación. Un análisis de los conflictos entre principios. Constitucio-

nales". En: *Revista mensual de jurisprudencia*. Estudio de Ricardo Guastini. Edición Palestra del Tribunal Constitucional. núm. 8. Lima. 2007.

_____. *Estudios de teoría constitucional*. Instituto de investigaciones jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México Doctrina jurídica contemporánea. Colección dirigida por José Ramón Cossío y Rodolfo Vázquez. Edición Miguel Carbonell. México. 2001.

_____. "Norma suprema". En: *Revista DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 17- 18. España. 1995.

HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Argentina Abeledo Perrot. 1961.

HIERRO, Libardo. "El imperio de la ley y crisis de la ley". En: *Revista DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 19. España. 1996.

HUSSON, León. *Análisis crítico del método de la exégesis*. Universidad de Lyon Francia. [s.e], [s.f].

LIPOVESTSKY, Gilles. "Modernidad y postmodernidad". En: *Colombia el despertar de la modernidad*. Comp. Fernando Viviesca & Fabio Giraldo Editores Foro Nacional por Colombia. Bogotá. 1991.

LOPERA, Gloria. "Los derechos fundamentales como mandatos de optimización". En: *Revista DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 27. España. 2004.

MEJÍA QUINTANA, Oscar. "La norma básica como problema iusfilosófico. Tensiones y aporías del positivismo y las apuestas pospositivistas de superación". En: *Filosofía del derecho y filosofía social*. (Memorias del Tercer Congreso Nacional). Comp. Numas Gil. Editorial Ibáñez. Bogotá. 2006.

_____. & GUZMÁN, Natalia. "La Corte Constitucional: Entre La Emancipación

Social y la eficacia sistémica. Hacia un tercer modelo normativo de tribunal constitucional”. En: *Pensamiento Jurídico*. núm. 15. Edición Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional. Bogotá. Facultad 2002.

MARTÍNEZ, Virginia. *Gustavo Radbruch. Vida y obra*. Edición Raúl Márquez. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie E. Varios núm. 47. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2003.

MOUCHET, Carlos & ZORRAQUIN, Ricardo. *Introducción al derecho*. Edición Duodécima actualizada reimpresa. Editorial Abeledo-Perro. Buenos Aires. [s.f.].

MONTESQUIEU, Charles. *El espíritu de las leyes*. Editorial Heliasta. Madrid. 2005.

ORREGO, Cristóbal. *Analítica del derecho justo: La crisis del positivismo jurídico y la crisis del derecho natural*. Edición: Karla B Templos Núñez. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos núm. 86. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2005.

OST, Francisco. “Júpiter, Hércules y Hermes tres modelos de jueces. Tres modelos de juez”. Trad. de Isabel Lifante Vidal Rev. *Cuadernos de filosofía DOXA*. núm. 14. España. 1993.

RODRÍGUEZ, César. *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Editores Siglo del Hombre. Universidad de los Andes. Bogotá. 2002.

SCHMITT, Carl. *Los tres modos de pensar*. [s.e.][s.c.][s.f.].

TARUFO, Michele. “Racionalidad y Crisis de la ley procesal”. En *Revista DOXA Cuadernos de filosofía*. núm. 24. España. [s.f.].

TAMAYO Y TAMAYO, Mario. *Serie aprender a investigar. Módulo 2 de investigación*. Edición Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior, ICFES. Bogotá D. C. 1999. Pág. 54.

UPRIMY, Rodrigo. *Interpretación judicial. Módulo de autoformación*. Edición Consejo Superior de la Judicatura. Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Bogotá. 2003, p. 110. |

VÁSQUEZ, Adolfo. “Zygmunt Bauman. Modernidad liquidada y fragilidad humana”. En: *Nómadas*. núm. 19. *Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*. Edición Universidad Complutense. Madrid. 2008.

VALENCIA RESTREPO, Hernán. *Monoárquica principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. 4.^{ta} Edición. Editorial Jurídicas comlibros. Medellín. 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*. 8.^a Edición. Madrid. Editorial Trotta. 2008.

HISTORIA Y JÓVENES: APROXIMACIONES Y PERSPECTIVAS TEÓRICAS *

Carlos Arturo Reina Rodríguez**
Universidad Distrital Francisco José de Caldas

RESUMEN

Los jóvenes han sido generalmente vistos desde la óptica de campos disciplinares como la sociología y la antropología, y responden al interés despertado por temáticas recientes desde distintos sectores de la sociedad en torno a las manifestaciones culturales, como también a las problemáticas derivadas o paralelas a estas, e igualmente de sus formas de participación ciudadana, en particular durante los últimos 20 años. No obstante, son escasos los trabajos que desde la historia, se aproximan al análisis de los sectores más jóvenes de la sociedad, así como a las perspectivas teóricas y metodológicas que puedan dar cuenta de las distintas manifestaciones simbólicas, de las representaciones y de las emergencias políticas y culturales que en otros momentos de la historia, han protagonizado los jóvenes, dejándolos de manera involuntaria, alejados del acontecer histórico. Este documento plantea la necesidad de responder a una premisa que se centra sobre la ausencia de estudios históricos relacionados con la historia de los jóvenes en Colombia y sobre las dificultades para la definición de la categoría en el campo de los estudios históricos.

Palabras clave: historia, jóvenes, cultura, educación, política.

ABSTRACT

Young people have been generally viewed from the standpoint of disciplinary fields such as sociology and anthropology, in the interest aroused by recent topics from different sectors of society about the cultural events, as well as the problems arising from or parallel to these, and their forms of citizen participation, particularly during the last 20 years. However, little work from the history, approach to the analysis of the younger sectors of society, as well as theoretical and methodological perspectives, which may account for the different manifestations of symbolic representations and political and cultural emergencies at other times in history have starred the young, leaving them inadvertently, away from the historical events. This paper raises the need to respond to a premise that focuses on the lack of historical studies concerning the history of young people in Colombia and the difficulties in defining the category in the field of historical Studies

Key words: history, youngs, culture, education, politics.

Fecha de recepción: 28 de septiembre de 2010. Fecha de aceptación: 15 de octubre de 2010.

* Artículo producto de la investigación *Historia de los Jóvenes en Colombia en el siglo XX: Política, Ejércitos, Trabajo, Educación y cultura*, sintetiza los desarrollos teóricos alcanzados en el marco de la tesis de doctorado en Historia de la Universidad Nacional de Colombia.

** Docente Universidad Distrital "Francisco José de Caldas". Candidato a Doctor en Historia, Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: profesorcarlosreina@gmail.com

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Existe una ausencia de trabajos historiográficos relacionados con la juventud a lo largo de la historia colombiana en particular del siglo XX. Inicialmente se trata de indagar por el concepto así como por las formas de representación a tener en cuenta para leer a los jóvenes desde una perspectiva histórica, toda vez que el concepto ha sido restringido sobre todo a la segunda mitad del siglo XX.

METODOLOGÍA

Desde una perspectiva que utilizó el método analítico se avanzó en la estructuración de la parte teórica para dar forma al avance posterior de la investigación. Para el caso, se estudian algunos avances realizados en el campo propiamente de la historia, su relación con otros campos como la antropología, la sociología y la psicología, en perspectiva de identificar y resolver las formas como se han entendido los jóvenes en esos campos y sus aportes al campo disciplinar de la historia.

PREÁMBULO: JÓVENES EN LA HISTORIA

Los estudios históricos en torno a los segmentos de las poblaciones más jóvenes de la sociedad colombiana, han sido escasos, siendo estudiados más como parte de análisis más amplios, como en el caso de los movimientos estudiantiles, sin definir en muchos casos, quienes eran los estudiantes, y cuántos de ellos eran jóvenes. A finales de los años 80 y comienzos de la década de los años 90 del siglo XX, disciplinas como la sociología y la antropología en Colombia, centraron sus campos de observación en ellos, motivados entre otros, por manifestaciones ligadas a expresiones de la cultura urbana, de la violencia o de la prevención de comportamiento sexual y de consumo de sustancias alucinógenas.

Para la historia, temas como la cotidianidad, las mujeres, los imaginarios y las represen-

taciones sociales, han privilegiado los estudios históricos culturales en América Latina y España, sin que se dediquen en concreto a este sector. Una de las razones está en la dificultad de definir el sector poblacional joven de una sociedad, que para los estudios sociológicos urbanos por ejemplo, pueden resultar mucho más cercanos en la medida en que el tiempo y el contexto se definen con cierto grado de inmediatez. Para el historiador, no solo basta el tener elementos teóricos que provienen de otras disciplinas como la biología, la psicología, la sociología, la antropología, incluso la política y el derecho, sino que además debe indagar por la pertinencia de la lectura de un concepto para analizar el pasado de las poblaciones más jóvenes de una sociedad, o si existe la necesidad de utilizar otras categorías más adecuadas a sus contextos y tiempos.

Es relativamente más fácil hacer historia de un país o de una clase social, porque se trata de conceptos con límites definidos y con cierta homogeneidad, pero la historia de grupos que no se basa en territorio, lengua o posición social sino en otros caracteres, resulta mucho más compleja, y escribirla es como avanzar por un terreno inestable. Por otro lado, la posibilidad de generar un proceso a través del cual los nuevos campos investigativos sean pensados en términos de su pasado, en perspectiva del desarrollo de sus condiciones temporales y de género, así como a la misma redefinición de los conceptos apoyados en marcos contextuales y temporales, contribuye a la redefinición de nuestra realidad, de entender que el problema de la juventud no es nuevo y que en la comparación con otros momentos, es posible responder a problemas actuales, además de enriquecer el cuerpo historiográfico en nuestro país.

RESULTADOS

Hacia una historia de los jóvenes

En 1996, dos historiadores, Giovanni Levi y Jean Claude Schimtt, publicaron una serie de

trabajos en dos tomos titulado “*Historia de los jóvenes*”¹, los cuales contienen ensayos de otros autores, que bajo su dirección, exploraron a través de la historia, distintas formas de participación de los sectores más jóvenes de la sociedad occidental. 20 años antes, en 1975, el español, Víctor Alba², historiador marxista, y profesor de la Universidad de Kent Ohio, había publicado un texto titulado “*Historia Social de la Juventud*” donde elaboró una serie de fases ligadas a los procesos socio históricos de la humanidad, vinculando a través de una organizada cronología, las distintas formas de manifestación de la juventud, vista como un proceso ligado a las formas y las estructuras sociales y a sus transformaciones.

Alba se refiere a los jóvenes a partir de la referencia generacional dada por la condición de juventud. Así reconoce a través de la historia, desde la antigüedad hasta la década de los años 70 en el siglo XX, a varios tipos de juventud caracterizados por enlaces o espectros generacionales. Aparece por ejemplo, la juventud sin revolución en la revolución industrial; la juventud idólatra en la primera mitad del siglo XIX, manifiesta sobre todo, en las juventudes juveniles alemanas y en la revolución de 1848; la juventud ideologizada en la segunda mitad del siglo XIX, relacionado con los movimientos obreros, los anarquistas, el socialismo, los sindicatos y las organizaciones cristianas; la juventud desesperada en vísperas de la primera guerra mundial, enfocada con los jóvenes alemanes, los nihilistas rusos; las juventudes regeneradoras y la generación dorada de los Estados Unidos; la juventud utilizada, en los periodos entre las dos guerras, enfocada en la revolución rusa, el movimiento juvenil comunista internacional, el fascismo, el nazismo y la dictadura española de 1923; la juventud despartada, durante la segunda guerra mundial, manifiesta en

la juventud de resistencia; la juventud aterrada, durante la guerra fría, donde los existencialistas y los beat nicks son puente para la juventud frustrada, en el tercer mundo, derivado del subdesarrollo colonial, la lucha por la independencia, sobre todo en África, los países árabes y Asia o la manifestación de la juventud comunitaria de Japón, Israel y China, o la juventud exasperada, en el caso de América Latina en donde la lucha contra la oligarquía, el imperialismo, se manifiesta a través de movimientos estudiantiles y revolucionarios; la juventud contestataria, sobre todo en los Estados Unidos y Francia y espesa en mayo de 1968 y la juventud inédita, relacionada con los jóvenes obreros, también desde 1960, en una postura muy cercana a la de Marcuse y la juventud integrada o la subcultura juvenil expresa en la literatura y la música sobre todo. Subraya la juventud independizada, relacionada con los modos de vida juveniles leídos principalmente desde las encuestas, las descripciones sociológicas y la generalización.

Estas definiciones parten de afirmar que la juventud no forma un grupo aislado sino que existe dentro de sociedades específicas, determinados períodos. Se es joven siempre en un contexto concreto, no en abstracto. Esto no quiere decir, desde luego que lo que cada edad y sociedad consideran como joven, será, para esta historia, la juventud. “Pero significa más que esto, puesto que impone al historiador una manera de tratar el tema que resulta ineludible: no puede hacerse una historia de la juventud hablando, por ejemplo, de los personajes que descolaron antes de un determinado número de años (fijado forzosamente de modo arbitrario). Del mismo modo que una serie de biografías de mujeres célebres no sería una historia de la mujer, una lista de niños precoces no sería una historia de la juventud”³.

1 LEVI, Giovanni. Schmitt, Jean Claude. La Historia de los Jóvenes. Barcelona. Taurus 1996. 2 tomos.

2 ALBA, Víctor. Historia social de los jóvenes. Plaza & Janes editores. Barcelona. 1975.

3 Ibid, pág. 7.

Alba realiza un recorrido histórico que enriquece el discurso y alimenta los referentes teóricos del tema en donde además ubica a Latinoamérica.

Al ubicar a la juventud en coyunturas específicas, se ofrece posibilidades de lectura e interpretación mucho más amplias y de paso, se pueden establecer categorías definidas, donde la relación principalmente política da cuenta de la forma como se manifestaron los sectores de población más jóvenes. En Colombia, la historia da cuenta de la participación de la juventud en espacios políticos, subrayando esa naturaleza desde los documentos del siglo XIX.

A mitad de este siglo, asociaciones como la Escuela Republicana y la Sociedad Filotémica⁴, se apoyaron en la juventud para divulgar sus posiciones políticas, llegando incluso a publicar un periódico que se llamó precisamente "*La Juventud*". Igualmente los partidos políticos crearon sus "juventudes" tanto liberales como conservadoras. Lo mismo hicieron posteriormente tanto el Partido comunista⁵ (1931) como la iglesia con sus "Juventudes católicas". En todas ellas, así como en los recurrentes "llamados" a la juventud para cerrar filas en torno a las instituciones, hechos por distintos medios y actores, desde el siglo XIX hasta mediados del siglo XX, tuvieron el carácter político, sobre todo en tiempos de crisis. Aspectos como el cultural e incluso el económico, rara vez eran mencionados, por lo que también al mismo tiempo se configuró una idea primaria en torno a que la palabra "juventud", tuvo un carácter político que no involucraba a todos los jóvenes, sino solo a aquellos que de una u otra forma pudieron participar en este campo. Muchos quedaron excluidos, de acuerdo a

las posibilidades de participación en cada momento histórico.

Por su parte, aunque Levi y Schmitt no mencionan el trabajo de Víctor Alba, su obra manifiesta en dos tomos, recoge 21 ensayos de igual número de autores. En la introducción teórica, Levi y Schmitt establecen los problemas de la definición de la categoría de joven para la historia. Se desprende de sus afirmaciones que por ejemplo, cuando se habla de mujeres en la historia, se tiene claro de quiénes se está hablando pues independientemente de que hayan sido o no vistas de tal o cual forma, siguieron siendo mujeres jóvenes o viejas pero mujeres al fin y al cabo. La juventud como condición, es una construcción que se relaciona con el contexto, que además lo reconoce como pasajero, como un estado de habitar temporalmente en una sociedad particular siendo hombre o mujer, si bien "la diferencia entre muchachos y muchachas, ya bien acentuada en la socialización infantil, encuentra en la juventud las formas de su institucionalización"⁶.

Otra elemento resulta de la prevención social, política y cultural de los sectores más adultos. "No solo los límites de la juventud plantean problemas al historiador sino que otro tanto, puede decirse de los modelos propuestos a los jóvenes en cada época. Así como la publicidad exalta los valores de la juventud (belleza, fuerza, rapidez, energía, libertad, etc.), la vida social cotidiana siente más bien, cierto temor hacia los jóvenes debido a los disturbios que podrían causar en opinión de los defensores de los convencionalismos"⁷. Esto llevó a que los referentes utilizados en muchos casos, sean aquellos condenatorios frente a un sector poblacional cuestionado y tenido bajo sospecha de manera

4 Ver una descripción de la época en: *La juventud: Su posición en la Nueva Granada*. Bogotá. El Neogranadino. Número 129. 15 de noviembre 1829.

5 MEDINA, Medófilo. *Historia del partido comunista colombiano*. Centro de Estudios e Investigaciones Sociales, 1980. 624 páginas.

6 LEVI, G. Schmitt, Jean Claude. Op. cit., pág. 14.

7 *Ibid.*, pág. 9.

constante en la historia de buena parte de la sociedad con influencia occidental⁸.

Raúl Olmedo⁹ separa la brecha conceptual entre lo joven y la juventud, pues desliga teóricamente a la clase de la categoría, diferenciándolas por sus intereses y necesidades: “juventud es una categoría política que designa un lugar dentro de la jerarquía de la sociedad... el joven es el soporte biológico de la categoría juventud, es un individuo que está sometido, está sujeto a las determinaciones que conforman la categoría de juventud. El joven es un sujeto social que es producido como un sujeto jerárquico. La “clase” sintetiza el conjunto de determinaciones denominadas económicas; la categoría sintetiza el conjunto de determinaciones denominadas políticas; la política es el conjunto de relaciones que organizan el propio sistema de jerarquía de la sociedad. En el Movimiento juvenil, los intereses de clase de los individuos participantes predominan sobre sus intereses de clase”¹⁰.

Por demás, Levi y Schmitt señalan que escribir una historia de los jóvenes “implica por consiguiente, una pluralidad de perspectivas: en la medida en que es el término de una fase de socialización previa a la edad adulta, la juventud reúne en sí, numerosos aspectos del momento “liminal” de los ritos de paso.... Con toda lógica, en el seno de cada sector de la vida social y cultural, los ritos de liminidad juvenil constituyen en su desarrollo progresivo, un objeto privilegiado de estudio”¹¹.

En este sentido, hacer referencia a los jóvenes desde la historia, implica necesariamente aproximarse también a otros campos disciplinares, como la antropología, la sociología y la psicología. El sociólogo mexicano Lorenzo Encinas¹² expone estas tres tendencias y señala que por un lado, hay una perspectiva psicobiológica en donde se reconoce la adolescencia como un momento en la historia del individuo en el que ocurren una serie de cambios a nivel biológico, que a su

8 No era rara esta visión debido a que desde décadas anteriores ya se estigmatizaba al joven, entendiéndose este como un sospechoso y reservándose su futuro para aquellos “bien educados”. Es la observancia de la buena conducta de quienes resultaban “favorecidos”, por un sistema educativo, frente a quienes quedaban por fuera o relegados a niveles inferiores. Así por ejemplo, titulares como los del diario *El Tiempo* en los tempranos años 60 no resultan sorprendentes: “Los bandidos más temidos hoy en Colombia son Adolescentes: la adolescencia es un periodo sumamente turbador a causa del conflicto entre la personalidad básicamente egoísta del niño y las crecientes exigencias que le merece la sociedad”. Agrega que: “para dar ejemplo de las terribles consecuencias que puede llegar a tener el odio en la adolescencia, Villareal se refirió a varios casos de delincuencia llevada a cabo por adolescentes que habiendo llegado a la conclusión de que ser agresivos era el único camino que se abría ante ellos, decidieron dedicarse a actividades destructivas: un adolescente en estas condiciones ve ante sí como única solución el imponerse sobre el medio ambiente por medio del odio, la destrucción, ya que siente que si se aparta de ellos sucumbirá”. *El Tiempo* sábado 2 de julio de 1960, página 23. La referencia data de la realización de un ciclo de conferencias sobre odio dictada por el Doctor Jaime Villareal en el Museo Nacional, en donde titula. Allí se indica además que “varios de los bandoleros más temidos que azotan el país en la actualidad son adolescentes cuya edad oscila entre 14 y 20”. De hecho, lo llevan a un lugar de carácter global: “Un problema mundial. La Delincuencia Juvenil”. También se señala a los jóvenes como “semipesados”, un “término familiar para los jóvenes que se rebelan contra las disciplinas sociales”. Un escritor Hamburgués ha dicho de ellos ¿Por qué esos sinvergüenzas con tanta cosa buena que hacer hoy día, no piensan en lo mejor sino en lo peor, y han ido en su brutal desenfreno más allá de sus antecesores”. *El Tiempo*. sábado 12 de marzo. 1960.

9 Profesor de la Facultad de Ciencias políticas y Sociales de la UNAM.

10 OLMEDO, Raul. s/f. “Juventud y Política”. En: *Revista de estudios sobre la Juventud*, CREA año 2 número 3, págs. 1-6.

11 LEVI, Schmitt. Op. cit., pág. 11.

12 ENCINAS, José L. *Bandas Juveniles. Perspectivas Teóricas*. Editorial Trillas. México, 1993.

vez producen diversos cambios psicológicos que constituyen la base de la personalidad. Por tanto, el desarrollo psicológico es uno de los mecanismos activados en la maduración biológica durante la pubertad¹³. Sin embargo, esta posición es considerada como muy general, desconociendo los contextos y culturas. El enfoque antropológico, critica y debate esta posición desde los estudios de Margareth Mead¹⁴ quien desde sus estudios sobre adolescencia en la isla de Samoa descubre, que esta no estaba caracterizada por conflictos o tensiones; que la etapa adolescente era un estado de vida placentero, con poca represión sexual, lo cual la llevó a la conclusión de que los comportamientos humanos están íntimamente relacionados con las exigencias de cada cultura, en particular y por extensión a los procesos históricos, que pueden ser leídos en términos de corta, media y larga duración.

De esta manera, buscar la rebeldía propia de la adolescencia en los jóvenes del siglo XIX, sería no solo difícil, sino que tal vez esa rebeldía se pudo haber expresado en formas más conservadora y no tan liberal como se observa hoy día. Por ejemplo, lo que buscaron los jóvenes de la Escuela Republicana era transformar las instituciones bajo un interés conservador de clase, manifestando un inconformismo político, que bien se hubiera podido dar en otros sectores de la sociedad, pero no expresar una rebeldía que correspondiera necesariamente a su edad.

Es importante aclarar que la juventud es un concepto íntimamente ligado a los tiempos modernos y asociado a estos, pero no exclusivo de los mismos; si bien, ya no es la fase

intermedia entre el periodo adulto y la niñez, tampoco refiere al rango de edad considerado solamente en los censos poblacionales y que, además de ocupar un espacio geográfico, habitualmente tenía como especial labor la de ser el eslabón natural de la especie humana. La juventud se caracterizaba por ser una fase preparativa (aunque hoy todavía lo es con otras motivaciones) y cuya preparación dependía de unidades sociales pequeñas como la familia o el clan. Dicha situación ha cambiado pues la preparación se halla estrechamente ligada a otra unidad social, estructural incierta, una realidad social en la cual los jóvenes se encuentran limitados por el no reconocimiento.

A su vez, también se puede hacer extensa la relación de una condición temporal de la vida del ser humano, con una que transfiere campos simbólicos y que se manifiesta en la “juventud” de las naciones, de los partidos, de los movimientos. Expresa la historiadora Laura Malvano, que por ejemplo, en el caso del fascismo italiano, “el discurso se formaba con especial ductibilidad y flexibilidad a la multiforme y toda comprensiva noción de juventud, hasta el punto de convertirse en elemento constitutivo. Gracias a una hábil manipulación de discurso se le privó al concepto de juventud de toda connotación histórica o sociológica para adquirir una dimensión exclusivamente simbólica, ejerciendo la fusión de distintos significados implícitos en la noción misma”¹⁵. De esta forma, el Estado fascista como otros, era visto como un Estado joven, vigoroso, innovador “en plena posesión de todas sus energías” según el Duce, las mismas que por lo que sabemos, él no tenía en el momento de su ascenso al poder.

13 Entendemos como pubertad el periodo en el que se manifiestan transformaciones de tipo biológico en el que empieza a manifestarse la madurez sexual. La pubertad es un mecanismo que desemboca en los procesos psicológicos correspondientes a la edad adulta de la personalidad. El término adolescencia proviene del latín *adolescere* (crecer).

14 MEAD, Margareth. *Adolescencia y cultura en Samoa*, Paidós, Buenos Aires, 1980.

15 MALVANO, Laura. *El mito de la juventud a través de la imagen: el fascismo italiano*. En: *Historia de los Jóvenes*. J. C. Schmitt y G. Levi. Op. cit., pág. 314.

Para la sociología, en particular, para los planteamientos teóricos de la escuela estructural funcionalista, expuesto por Fred Mhaler parte de la inmadurez del sector juvenil se debe a la comparación con los adultos y confiere un estatus de marginación fundamentado en la edad para los jóvenes respecto a los adultos. Para este autor, la tarea de la juventud es prepararse para participar activamente en la vida y en el trabajo. Esta posición remite a los jóvenes como un resultado de la reproducción social de la fuerza de trabajo, así como una fuerza de cambio social. Otra característica para Mahler, es que la categoría de joven puede ser considerada como un grupo social, cuya posición origina una colectividad inerme que, a causa de sus condiciones de vida, la sitúa por debajo de otros grupos en la sociedad. La Socióloga mexicana Citloai Rovirosa sostiene que la juventud no puede “entenderse como una simple categoría o fracción de las clases determinadas económicamente”, sino que debe ubicarse como una fuerza política de proyección histórica y considera que al reducir la cuestión juvenil a un simple conflicto generacional, ésta no tendría importancia, igual que si se relacionara con un planteamiento emparentado con la lucha de clases; Encinas señala que tales proposiciones no bastan para explicar la cuestión juvenil y ofrecen para conceptualizar la acción juvenil solamente dos preceptos analíticos: el bloque generacional y la estructura generacional.

Rovirosa según Encinas, afirma que la ruptura generacional es un conflicto manifestado primordialmente en el aspecto cultural, y que el enfoque clasista (luchas de clases) obedece a una manifestación esencialmente económica y social; así, señala que es preciso analizar la cuestión juvenil sin separar la división clasista de la división generacional.

Quizás convenga diferenciar la cuestión juvenil de la cuestión generacional, en un intento por destacar el problema histórico del problema social. Así, la cuestión juvenil se referirá a la manifestación sociocultural del grupo demográfico de los jóvenes, y **la cuestión generacional se referirá a la perspectiva histórica de las generaciones**¹⁶. De acuerdo a Rovirosa, el bloque generacional puede compararse con una fuerza política con posibilidades hegemónicas: “un conglomerado juvenil es potencialmente movilizad alrededor de una causa política. La masa juvenil se adhiere a un proyecto específico y se despliega organizadamente: El bloque generacional es en sí mismo, un proyecto histórico”. “La juventud, como causa política, no es otra cosa que la condición de posibilidad de continuidad de la historia, entendida como continuidad de la especie”¹⁷.

Dada su condición, los jóvenes sienten la necesidad de ser ellos mismos, no lo que otros quieren que sean. Además, influye en ello, el contexto, el espacio y la cultura misma. El otro concepto que resulta importante es el de *Generación*. El movimiento de las generaciones fue objeto de estudio y análisis por parte de varios intelectuales motivados, en gran medida, por la existencia de diferentes grupos sociales con dos denominadores comunes: la edad y un determinado (específico) comportamiento social. William Dilthey fue uno de los primeros en utilizar el término generación para referirse a un número de individuos que forman una unidad homogénea por haber experimentado los mismos hechos y cambios en el periodo susceptible de sus vidas. De la misma manera, August Comte inició los estudios sistemáticos sobre las generaciones, y señalaba que la sociedad era un marco de generaciones existentes. Julián Marías¹⁸, las describe como

16 ROVIROSA, Citlali. *Bloque generacional: elementos para el análisis de la cuestión juvenil*. En: *Revista de estudios sobre la Juventud*. CREA, Nueva época, núm 5, México, 1985, págs. 51-64.

17 *Ibid.*, pág. 62.

18 MARIAS, Julián: fue doctor en Filosofía y discípulo de Ortega y Gasset. Autor de *Juventud en el mundo antiguo*. *Crucero universitario por el Mediterráneo*, Espasa Calpe, Madrid, 1934, 309 págs. y *El método histórico de las generaciones*, Revista de Occidente, Madrid, 1949, 192 págs.

una larga serie de sucesiones y etapas acumuladas a lo largo de la historia human. Nerina Jansen¹⁹, al estudiar las generaciones y su relación con el cambio social, enumeró tres aspectos importantes para la existencia de una generación: *una dimensión temporal, un determinado contexto histórico y un estilo de vida.*

Así los miembros de una generación viven al mismo tiempo y se relacionan, distinguiéndose de otra por el rasgo específico de la edad; consecuentemente, jóvenes y viejos no comparten la misma generación, e incluso por la edad, el concepto de generación ocupa el primer lugar; en otras palabras, por el comportamiento colectivo de las diferentes edades. La dimensión espacial de la generación esta determinada por el sitio y las circunstancias que le rodean. En cada época de la historia ocurren cambios; el cambio en sí, es historia no estática, toda vez que los individuos tienen diferentes significaciones e interpretaciones del mundo, que lleva a cada generación a replantearse y redefinir su mundo y su relación frente al mismo. “Esta pugna generacional despierta la tendencia natural de los jóvenes a reunirse con sus congéneres con el objeto de presentar frentes comunes y con mayor capacidad de enfrentamiento contra las organizaciones representativas de la generación adulta. Por lo tanto, la dinámica generacional, representa un factor que estimula la organización juvenil”²⁰.

El estilo de vida generacional engloba dos aspectos de su existencia: la idea de un destino común y un espacio vital, los que al unirse ponen de manifiesto un estilo vital. Es la expresión o encarnación de las perspectivas colectivas que los coetáneos han desarrollado sobre su mundo. Las relaciones entre generaciones existentes habitualmente se hallan en estado de tensión, en vista de que

la naturaleza y relaciones entre generaciones se reflejan en el ejercicio autoritario: los adultos, al poseer el saber y detentar el poder, controlan, y ejercen autoridad sobre las generaciones jóvenes. Señala Fischer “Con el resquebrajamiento del sistema corporativo medieval comienza la lucha de generaciones y cuanto más rápido avanza la sociedad, merced a la técnica, la industria y el modo de vida, tanto más manifiesta es la diferencia entre las generaciones. La Insurrección de los hijos contra las formas de vida, los pensamientos y los prejuicios anticuados se entretajan a tuertas y a derechas con la lucha de clases”²¹.

No obstante, esta brecha no necesariamente es una constante. Hobsbawm, indica que existe un abismo histórico que separa a las generaciones, donde los jóvenes viven divorciados de su pasado, “ya fuesen transformadas por la revolución, como China, Yugoslavia o Egipto; por la conquista y la ocupación, como Alemania y Japón; o por la liberación del colonialismo. No se acordaban de la época de antes del diluvio, con la posible y única excepción de la experiencia compartida de una gran guerra nacional, como la que unió durante algún tiempo a jóvenes y mayores en Rusia y Gran Bretaña, no tenían forma alguna de entender lo que sus mayores habían experimentado o sentido, ni siquiera cuando estos estaban dispuestos a hablar del pasado, algo que no acostumbraba hacer la mayoría de alemanes, japoneses y franceses”²².

A partir de esta afirmación podemos pensar que esta brecha en Colombia ha sido contenida por los partidos políticos, la Iglesia y otras instituciones, haciendo uso de la violencia como constante que une a las generaciones que vivieron uno u otro evento, generando no solo percepciones de la misma, sino de la

19 JANSEN, Nerina. *La teoría de las generaciones y el cambio social*. Madrid Espasa Calpe, 1977.

20 BRITO, Roberto. s/f. *Las organizaciones y el movimiento estudiantil durante el cardenalismo*, CREA mimeo, México, pág 28. Citado por Encinas.

21 FISCHER, Ernest. *Problemas de la generación Joven*. Ayuso, Madrid, 1975, pág. 15-16.

22 HOBBSAWM, Eric. *Historia del siglo XX*. Ed. Crítica. Buenos Aires, 1998, pág. 330.

sociedad así como de las formas de actuar en ella, donde se incluye la agresividad y la venganza. Esta a su vez se convierte en una nueva hipótesis. La violencia ha impedido que la brecha generacional sea mayor que la expresada en otras latitudes, producto de la memoria recogida en las experiencias generacionales vividas a través de los hechos ligados a persecuciones, desapariciones, secuestros, venganzas, guerras internas y demás, que han caracterizado la historia colombiana del siglo XX. Por esto no sorprende que en los estudios sobre el tema, sea recurrente el tema de la violencia vivida, recordada o emulada a través de terceros como una constante de la historia colombiana y de la memoria de los eventos vividos en cada una de nuestras generaciones²³.

En 1974, Abel Naranjo publicó en un pequeño texto titulado *Generaciones Colombianas*²⁴. En él esgrimió una estructura de organización apoyada en la perspectiva generacional donde se construyen referentes de análisis apoyados en el análisis del periodo de nacimiento del personaje político y el periodo de influencia en la vida política del país. Su tesis propone unas generaciones históricas que actúan de 1780 a 1830. Desde 1830 a 1860. Desde 1860 hasta 1880. Desde 1880 a 1905. Desde 1905 hasta 1920. Desde 1920 hasta 1980. En todas ellas señala algunos aspectos importantes por ejemplo, “*La Generación clásica (1880-1905), impone una vigencia social de autoritarismo, una ideología dogmática, con una vuelta de aproximación a España, intelectual y sentimental con sentido individualista y el tema nacional que asumió fue el de la reforma política, traspaso de la educación nacional a las comunidades religiosas. La Ge-*

neración republicana, que le sucede y que actúa, más o menos hasta 1920, desde 1905, impone una vigencia social de esteticismo integral, un estilo vital hedonístico, caracterizado, en cierto modo por un sentido individualista. Su tema nacional fue el de la incomunicación regional. Con ella empieza el país a integrarse en una red de vías. La de 1920 a 1950 es la que impone vigencias sociales que he llamado modernista, empeñada en imponer el inconformismo. Su estilo vital es una bohemia rebelde, el preciosismo, la erudición. Desde 1950 y, sospecho hasta 1980 prevalece la generación que he llamado socializadora, consciente o inconscientemente, como actitud profunda de todos los estratos sociales, cuya vigencia social es el anti-burguesismo. Su estilo vital es el reformismo social, la secularización filosófica, la densidad intelectual y reacción contra la retórica. El problema nacional, que encaran es el desequilibrio económico, la agitación de masas, la desintegración de partidos, la planificación administrativa, la educación popular. Su sentido es el existencial”²⁵. La tesis de Naranjo, en la delimitación de las generaciones colombianas se compagina con otras realizadas anteriormente por Antonio García y Jorge Eliécer Gaitán²⁶.

Cuadro 1.

Generación	Características y vigencia social
1780-1830	Generación Heroica de los Caudillos
1830-1860	Generación Fundadora
1860-1880	Generación Costumbrista
1880-1905	Generación Clásica
1905-1920	Generación Republicana
1920-1950	Generación Modernista
1950-1980	Generación Socializadora

Fuente: Abel Naranjo²⁷.

23 REINA, Carlos Arturo. *Generaciones, Memorias y Conflictos. Apuntes para la Historia*. En: *Memoria y Conflicto*. Adrián Serna. Compilador. Universidad Distrital “Francisco José de Caldas”. Bogotá, 2008. págs. 223-236.

24 NARANJO, Abel. *Generaciones Colombianas. Brevarios Colombianos*. Banco de la República. Bogotá, 1974.

25 NARANJO, VILLEGAS, Abel. *Generaciones Colombianas*. Banco de la República. Medellín 1974.

26 GARCÍA, Antonio. Gaitán y el problema de la revolución colombiana. Movimiento socialista colombiano. Bogotá, 1955.

27 Los rangos incluyen periodos de nacimiento y de vigencia social, aunque estos son demostrados de manera más clara en el texto de Naranjo, con cuadros completos y descriptivos.

En todo caso, referirse a las generaciones, no implica necesariamente referirse a los jóvenes como tal. De hecho, la llamada generación del centenario, fue una de aquellas que celebró los primeros 100 años del Grito de Independencia, pero si bien en ella participó el grueso de la población, esta generación tuvo como actores principales a quienes se encontraban en el poder. Algunos personajes de esta generación fueron quienes nacieron en el siglo XIX entre 1865 y 1880 y que tuvieron influencia entre 1905 y 1920 y en ella se encontraron los ex presidentes Carlos E. Restrepo, José Vicente Concha, Miguel Abadía Méndez, Rafael Reyes, Aquilino Villegas. Naranjo denominó a esta generación como Republicana o de Reconciliación. “*Su Función fue de reajuste institucional en lo político y de cierto escepticismo en lo filosófico y literario*”. Esta generación actuó desde 1905 en adelante y se levantó y creció bajo instituciones incapaces de liquidar el fenómeno recurrente de las guerras civiles.

Otra fue la que se dio entre quienes nacieron entre 1880 y 1910 y tuvieron influencia entre 1920 y 1950. Esta generación tuvo como objetivo, superar los anacronismos del país en todas sus manifestaciones, desmontando la maquinaria social e imprimiendo un estilo nuevo de existencia en todos los órdenes, encontrando entre otros, a Enrique Olaya Herrera, Alfonso López Pumarejo, Mariano Ospina Pérez, Darío Echandía.

Una más, quienes nacieron entre 1910 y 1940 y tuvieron influencia entre 1950 y 1980. La

que Naranjo denominó Generación Socializadora, y que se caracteriza de la siguiente forma “*Cualquiera que sea su ubicación ideológica aparece una rebelión en todos contra el esteticismo de la generación anterior en el que pretenden ver un disfrazado conformismo. El impacto de la revolución rusa, gravita sobre estas dos generaciones y el éxito del sistema socialista para alcanzar niveles técnicos y económicos, las impulsa a propagar una revisión de las estructuras tradicionales y a buscar en las estructuras socialistas una respuesta más conforme con las necesidades del país*”²⁸.

Teniendo en cuenta la clasificación de Naranjo, y sin dejar de lado otras posibles²⁹, y en función de este trabajo, se identificaron cinco periodos generacionales en donde se sobrepone a los aspectos anteriores enunciados por este autor, la edad de rango entre 15 y 20 años, correspondiente a los momentos en que se terminan los estudios secundarios y se inician los universitarios en términos generales. Así, el primer momento es el que subyace a las dos últimas décadas del siglo XIX y que se marcó por la constitución de 1886 y la guerra de los mil días, que los encuentra a una edad promedio entre 15 a 20 años al despuntar el siglo. Es la generación de los mil días, la que se debate en los campos de batalla, en los enfrentamientos entre liberales y conservadores³⁰.

Una segunda generación que correspondió al centenario y que ubica a los nacidos en la última década del siglo XIX. Son los estudiantes y jóvenes que participan de las cele-

28 NARANJO. Op. cit., pág. 77.

29 La tesis de Doctorado de Maria Teresa Álvarez Hoyos titulada *Elites intelectuales en el sur de Colombia Pasto 1904-1930*. Una generación Decisiva, da cuenta de las posibilidades teóricas del término generación, mientras explora el caso de la ciudad de Pasto. En: *Colección de tesis Doctorales*. Rudecolombia. Universidad de Nariño, 2007.

30 De acuerdo a los tipos de trabajo se pueden reclasificar los referentes generacionales. Por ejemplo Javier Ocampo López, en *El Imaginario en Boyacá*, clasifica las generaciones para su departamento en tres grupos: La generación de “Los Nuevos”, de “La violencia” y la generación del “medio siglo o social”. Ocampo Javier. *El Imaginario en Boyacá*. Volumen 2. Fondo de Publicaciones Universidad Distrital. Bogotá, 2001.

braciones de los 100 años³¹, pero que además viven la Unión Republicana y se resienten aún de la pérdida de Panamá.

La tercera, que es conocida como la de *Los Nuevos* o de la *Serpentina* y que se manifiesta abiertamente durante la década de los años 20. Son los encargados de recibir el poder en los años 30 y algunos de ellos, quienes asistirán a la agudización de la violencia hasta el desenlace de 1948 en Bogotá. Allí se destacaron importantes personajes con algunas diferencias de edades, Alberto y Carlos Lleras, Gabriel Turbay, Jorge Eliécer Gaitán, Carlos y Juan Lozano, “los leopardos” Silvio Villegas, José Camacho Carreño, Augusto Ramírez Moreno, Eliseo Arango, y Germán Arciniegas, entre otros. Anota Arturo Abella que: “*sin embargo, entre Los Nuevos y La Serpentina cabría una distinción: los primeros hacían más literatura y política en el café –el Windsor, por ejemplo- y los segundos más vida de sociedad. Pero combatían en dos frentes. Como Carlos Alberto Lleras y Germán Zea*”³².

La generación política e intelectual de *Los Nuevos*, o de la *Serpentina*, o de los penúltimos se reunía en determinados cafés con un viejo Sawindsky³³ a aprender comunismo. Dice Zea, que: “*a mi me tocó hacer huelgas estudiantiles contra los gobiernos conservadores, especialmente contra el de Abadía. Estuve en el 8 de junio con Gaitán y “Los Leopardos” y los que entraron en el movimiento. Después formé parte de varios centros estudiantiles, al lado de Gonzalo Esguerra, Abel Botero, Evaristo Sourdis, Arcadio Dulcey, Ramón Atalaya, José Lacouture, Luís Herrán Vanegas, Hernando Matallana y tantos otros que han desaparecido de la escena, por la muerte o porque se pierden. Ese ambiente estudiantil era de mi preferencia. Por ello no fui al Windsor como aprendiz de comunista. Iba más bien al café de la Paz, donde hacían mejor las empandadas*”³⁴.

Incluso los consabidos carnavales, permiten reconocer la penetración de lo político en su organización y desarrollo: “*El primer carnaval se hizo, si mal no recuerdo en 1921. La reina*

31 No obstante las celebraciones del centenario, cabe señalar que como también tuvo un carácter político, el pueblo en cierta forma quedó excluido de ella, tal y como lo señala *El Nuevo Tiempo*: “La Comisión Organizadora de los festejos patrios ha olvidado muchas cosas. Se olvidaron de que era necesario organizar números apropiados para el pueblo y especialmente para el pueblo forastero. Ya sabemos de la cantidad asombrosa de gentes que han concurrido al Centenario. Por todos los caminos han afluído vecinos y no vecinos. De todas partes han llegado visitantes á la capital. Se calcula datos estadísticos, en 40.000 el número de personas que ha asistido a las fiestas. De ese número, la mayor parte la forman gentes del pueblo que buscaban espectáculos sencillos populares, al alcance de su bolsillo y de su entendimiento y no discursos académicos ni complicaciones de la laya. A esa personas, a los calentanos, bien poco les va que alguien divague sobre la importancia filosófica de tal proceso histórico. El pueblo no ha visto nada que esté de acuerdo con su espíritu. Mejor dicho: sí ha visto lo que hemos visto todos: gente y banderas [...] Allá van. Dejaron sus economías en hoteles, fondas, almacenes, cantinas. Y no vieron un espectáculo popular, ni oyeron una música familiar, ni sintieron una emoción nueva al través de Bogotá. La Comisión los olvidó. Quizá en el próximo Centenario se acuerden de ellos... Tic Tac”. “Lo que se olvidó”, en *El Nuevo Tiempo*, Bogotá, 23 de julio de 1910.

32 ZEA HERNÁNDEZ, Germán. *Selección de discursos y escritos varios*. Escala Sociedad Fiduciaria. Bogotá, 1987, pág. 420.

33 Hacer referencia a un ciudadano ruso con este apellido. Señala Mauricio Archila que “en efecto, en 1925, el gobierno expulsó del país a un ruso llamado, Silvestre Sawindsky cuya “fechoría” fue ser simpatizante de la URSS”. ARCHILA, Mauricio. ¿De la revolución social a la reconciliación? Algunas hipótesis sobre la transformación obrera en Colombia. (1919-1935). En: *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*. Universidad Nacional de Colombia núm. 12. Bogotá, 1984.

34 ZEA. Op. cit., pág. 422.

*inicial fue Maruja Vega Jaramillo, luego señora de Carlos Arango Vélez. En el segundo fue elegida mi hermana Elvira. Ese reinado tuvo un carácter netamente político, porque los estudiantes liberales apoyaban a Elvira y los conservadores a Helena Ospina, hija de Pedro Nel Ospina, entonces Presidente de la República. Nuestra casa en esa época, quedaba en la esquina de la séptima con séptima es decir, a pocos pasos de "palacio". "Los marzos y las manifestaciones de estudiantes en favor de Elvira al pie de mi casa; y las de estudiantes conservadores al pie de "palacio". Helenita Ospina, entonces novia del doctor Mariano Ospina Pérez, salía al balcón a saludar a sus partidarios que eran además sus copartidarios, pero Elvira la derrotó. Eran íntimas amigas. Al Año siguiente fue reina Helena Ospina"*³⁵.

Agrega el Ex canciller que todos los ministros de las reinas de esa época fueron después ministros de Estado, y que a ellos se debe en buena parte, la transformación del país. Estos y otros elementos marcaron generacionalmente a muchos, sobre todo en las ciudades y sirve como ejemplo para ver como múltiples aspectos se convierten en referentes situacionales para la definición de un grupo social en el tiempo. Todos los anteriores ubicados dentro del momento político de la República Conservadora. Eran también los tiempos donde los jóvenes acostumbraban asistir a las barras del Congreso de la República, afirma Medofilo Medina "para seguir con emoción los torneos de oratoria encendida que allí se escenificaban. Esa es una modalidad de entretenimiento muy grato para los jóvenes con ambición política en un periodo que algunos quieren ver como "la edad de oro" del parlamento colombiano. En todo caso la institución del Rede-Parlament estaba en todo su apogeo"³⁶.

La cuarta generación tiene que ver con los años 40, el periodo de la muerte de Gaitán y la violencia de los años 50. Allí están los na-

cidos en la década de los años 20 y 30. Asisten a la expresión de violencia manifiesta luego del Bogotazo. Algunos asisten a la primera participación del país en una guerra extranjera como el caso de Corea, así como a la "reconciliación generacional partidista" que se conoce como Frente Nacional. En ésta, como en todas las generaciones, se aprecia una reivindicación particular de la propia, frente a la anterior. Gaitán lo expone de manera clara al señalar en una entrevista realizada por B. Moreno Torralba y publicada en el Siglo, julio de 1943: "*El problema de las generaciones, no es un fenómeno arbitrario sino que constituye un producto lógico dentro de la evolución de toda entidad social. No se trata, en verdad, de una adjetiva cuestión de edades, que por sí misma ninguna importancia tendría. Es que cada generación recoge en sí las características de la cultura y el progreso que le son coetáneas, ya que en la elaboración de estos, si bien el nombre es factor decisivo, no lo es total. En todo fenómeno social hay un no sé, que de síntesis, que no puede conocerse con el simple criterio aritmético de agregar los sumandos integrantes, sino de mezcla química, cuyo resultado, si bien es cierto está constituido por los elementos que han entrado en su composición, es sin embargo, diferente a ellos mismos, y adquiere propiedades que, perteneciendo a todos, no es propio de ninguno de ellos. Por eso que no aparezca como singular el hecho de que las generaciones colombianas hayan dejado para la historia las características que les son propias dentro del relativismo, claro está, que todo fenómeno social se adquiere en los países en formación como los nuestros. Piénsese lo que se quería de la llamada generación del centenario para citar la inmediatamente anterior a la nuestra; ella tiene sus lineamientos propios inconfundibles, aceptables o discutibles, pero reales. La historia colombiana al referirse a ella podrá localizarla y particularizarla. La generación a que pertenezco, y, a pesar de que dejo dicho, lleva ahora dolorosamente trazas de ser una excepción a esta el normal de desarrollo histórico. Posiblemente no haya una generación que le*

35 *Ibíd.*, pág. 424.

36 MEDINA, Medófilo. *Juegos de rebeldía*. La trayectoria política de Saúl Charris de la Hoz . CINDEC UN 1997, pág. 64.

supere en calidad intelectual y, sin embargo, nadie podría señalar la unidad de su orientación sobre el fenómeno nacional. Son hombres dispersos, y por dispersos, carentes de potencialidad, de unidad de perspectiva, característica de toda una generación. Alguna causa debe tener este fenómeno. Hay un mucho temor a la lucha autónoma en frente a la vida, un pánico a caminar sin andaderas, que le ha robado su individualidad y personería, restándole al país un eslabón de su natural escala evolutiva. Probablemente la llegada intempestiva al poder, cuando aún no estaban desarrollados todos los recursos de la voluntad, elevó una frontera entre la brillante riqueza intelectual, precozmente la adolescencia. Es un caso paradójico. En los destinos del país, la generación a que pertenezco dirige, pero no orienta; conduce pero no dispone. Diríase que como una generación, como las bridas de los caballos, que sirven para dirigir, pero siempre que otros la manejen”³⁷.

La quinta generación que se apreció entre los años 60 y 70 y que correspondió a la generación nacida entre los años 40 y 50 y que dio cuenta de la reforma constitucional de 1957, el surgimiento de las guerrillas comunistas y los movimientos estudiantiles, así como las expresiones contraculturales como el hipismo.

Por último, la generación nacida en los 60 y 70 y que se manifestó en la promulgación de la séptima papeleta y el advenimiento de la constitución de 1991. Aún cuando se puedan hacer clasificaciones generacionales como las anteriores, otra cosa es lo que sus actores tejieron acerca de ellas, y de las propias, en particular frente al campo político.

Desde aquí aparecen posibilidades de tomar la categoría y los conceptos para abordar

MARCAS GENERACIONALES DESDE LA POLÍTICA	GENERACIONES SOCIO CULTURALES	PERÍODO
Fin de la Guerra de los Mil días. Separación de Panamá hasta el final de la República. Conservadora en 1930	Generación del Centenario Generación de los Nuevos	1910 1920-1930
República Liberal hasta 1945.	Generación de las Reformas Jurídico Políticas, Económicas y Educativas	1930-1945
Violencia Política de los años 50 iniciada antes de 1948, pero acentuada con el asesinato de Jorge Eliécer Gaitán.	Generación del Gaitanismo, el Bogotazo y la Dictadura.	1946-1958
Frente Nacional	Generación de la Modernización, las Revoluciones y los cambios influenciados por movimientos externos no solo políticos sino también culturales y económicos.	1958-1978
Transición constitucional	Movimientos culturales urbanos y manifestación de violencias de distinto orden en ciudades y campos.	1978-1991

37 GAITÁN ante sí mismo. Entrevista realizada por B. Moreno Torralba. *El Siglo*, Julio 1943. En: *Documentos para una Biografía*. Registro Municipal. Imprenta Municipal. 1949.

nuevas posibilidades teóricas e investigativas en el país. La construcción del concepto de joven en Colombia teniendo en cuenta referentes espacio temporal y contextual, pueden permitir la lectura de la historia colombiana a partir de un actor o actores distintos que confluyen en momentos críticos e identificables de la historia nacional. Dentro del marco de desarrollo histórico del siglo XX por ejemplo, las poblaciones más referenciadas por la historiografía colombiana suelen ser aquellos que dan cuenta de la vida de prominentes hombres y en algunos casos, mujeres cuyas edades oscilan entre los 16 y los 24 años, aunque en algunos se extienden un poco más. Los documentos contienen reseñas sobre sus vidas públicas, sus aficiones, sus temperamentos y se aproximan a su pensamiento, que además en ocasiones narran tanto las andanzas de estos personajes como las descripciones de las regiones y de algunas de sus costumbres, en una abierta relación de la palabra “Juventud” y “joven”, con una expresión de clase generalmente media y alta, jóvenes “buenos” a los que hay que defender de los otros, de los jóvenes “malos”.

Hasta los años 80 del siglo XX, resultan escasos los referentes hacia el reconocimiento del ser joven desde una perspectiva cultural, que vaya más allá de los intereses de clase social. Cuando hay referencias sobre los jóvenes “de abajo”, se les suele denominar como “mozuelos” “muchachos”, “chinos”. Cosa similar ocurrió a mediados del siglo XIX. Apunta Cortes³⁸ que “la juventud fue la forma de representar en ciertas personas

todos los ideales patrióticos, que se creía debía tener cualquier proyecto de república; sin embargo cabe resaltar que no todo joven hacía parte de la juventud, ya que la misma parecía tener un carácter de organización de élite, en el caso de las clases menos favorecidas los apelativos podrían ser más despectivos: como el de patán, mozo o cachifo, en la élite existían otras formas de designación como las que señala Cordovez Moure como: *Cachaco, pepito o el pedante afrancesado*”³⁹.

La posibilidad de construir históricamente nuevas perspectivas para estas categorías, contribuyen a establecer diferencias frente a posturas como la de Rosana Reguillo⁴⁰ que hablan de “*emergencias juveniles*”, como si estas fueran nuevas y novedosas, desconociendo a la historia y a los jóvenes en ella. Por el contrario como Daniel Fabre señala, han existido momentos a través de la historia en donde estas emergencias se hicieron tan visibles como hoy en sus propios contextos particulares. El caso de las fiestas en la Francia anterior al siglo XIX, expresaban esto: “con esa ocasión ambos sexos desempeñan sus metidos, claramente diversos, y sobre todo, se conviene en que ahí es donde la juventud se forja. Una delegación formal o implícita, les atribuye a los jóvenes el deber y el derecho de actuar en público y de organizar la fiesta de todos, manifestando en ella la singularidad de su estatuto... Que la fiesta sea el reinado temporal de los jóvenes, es cosa que se sabe peor que no siempre se dice; en efecto, sucede como si tuvieran que seguir conquistando lo que se les atribuye de hecho”⁴¹.

38 CORTÉS, Luisa Fernanda. Club Político Liberal Escuela republicana: *La juventud como fuerza política 1849-1854*. Tesis de Grado Licenciatura en Ciencias Sociales. Universidad Distrital Francisco José de Caldas. Bogotá, 2010.

39 Con respecto a lo anterior, es posible encontrar alusiones más completas en el libro “Reminiscencias de Santafé y Bogotá” de José María Cordovez Moure, en el capítulo titulado: “Los colegios y Estudiantes”. O en los señalamientos de José María Samper con respecto a la instrucción pública y los tipos de estudiantes en la Nueva Granada.

40 REGUILLO, Rossana. *Emergencia de Culturas Juveniles*. Estrategias del desencanto. Ed. Norma. Bogotá, 2000.

41 FABRE, Daniel. “Forjar al juventud” en el pueblo. En: Schmitt y Levi. Ob. cit.

Es posible que hoy se reconozca mucho más a los sectores jóvenes, en la medida en que existen muchos canales de difusión y acceso para ellos, cosa que en otros tiempos no existían, pero también, y es lo que vale la pena investigar para el campo histórico, si como afirman muchos, la diferencia es que hoy existe un auto reconocimiento de los jóvenes por el hecho de ser jóvenes y no en función de una institución, partido político o confesión religiosa. Ya a mitad del siglo XIX los miembros de la Escuela Republicana escribieron en torno a la juventud y su generación: “*La juventud no era entonces lo que es hoy, sino todo lo contrario. Entonces era una cosa, cuya existencia no notaba la sociedad porque ella, como la mayor parte de las cosas no hablaba, no pensaba ni se movía i todo esto teniendo la facultad de hablar, de pensar i de moverse*”⁴². Afirma Hensel que la juventud es la “*metáfora más poderosa de la primera mitad del siglo XIX. Rebose de vida, es un océano de pasiones que tienden a exacerbarse. La tarea será precisamente su contención*”⁴³.

En este punto, el papel del lenguaje toma forma a partir de preguntarse por la historicidad de la palabra “juventud”, misma que aparece reseñada en los diccionarios desde el siglo XVII. Afirma Miguel Ángel Cabrera Cabrera⁴⁴ que para la historia cultural, el lenguaje es una instancia histórica específica cuya mediación es la que genera tanto la objetividad como la subjetividad y la que define la relación que ambas entablan. No se trata de volver al subjetivismo sino en la adopción de un modelo teórico nuevo. Dicho discurso, al proyectarse en la práctica, contribuye activamente a la configuración de los acontecimientos, proceso, relaciones e instituciones sociales, entonces el objetivo

prioritario de la investigación histórica ha de ser el de identificar, especificar y desentrañar el patrón de significados operativos en cada caso, analizar los términos exactos de su mediación entre los individuos y sus condiciones sociales y materiales de existencia y evaluar sus efectos sobre la configuración de las relaciones sociales.

Conviene entonces como sugiere Cabrera y también Joan W Scout⁴⁵ interrogantes capitales como los siguientes: ¿de qué manera han alcanzado su condición de fundamentos de la representación y el análisis de categorías como clase, raza, género, relaciones de producción, Biología, identidad, subjetividad, experiencia, incluso cultura? ¿cuáles han sido los efectos de sus articulaciones? ¿Qué supone para los historiadores estudiar el pasado en términos de esas categorías y para los individuos concebirse a sí mismos en tales términos?

CONCLUSIONES

Existe un problema claramente definido a la hora de indagar acerca del concepto de juventud, dado que se puede leer en distintos términos, uno como político y otro, que hace referencia a una condición vital del ser humano. En ese mismo sentido, desde el plano político los jóvenes han tenido mucha más presencia sobre todo si tenemos en cuenta la educación, el contexto, la clase social y el papel de los partidos políticos y también el género, siendo predominante la presencia masculina.

El otro elemento es el papel de las generaciones, que aplican la historicidad al sujeto

42 ¿Ha hecho algo la Escuela Republicana por el progreso de la Nueva Granada?, ¿Cuál es su obra?, La Reforma núm. 2, domingo 27 de julio de 1851. Sección Crónica de la Escuela.

43 HENSEL RIVEROS, Franz D. Vicios. *Virtudes y educación Moral en la construcción de la república 1821-1852*. Uniandes – Ceso Bogotá, 2006, pág. 87.

44 CABRERA, Miguel Ángel. *Historia, Lenguaje y teoría de la Sociedad*. Universidad de Valencia. Madrid, 2001.

45 Citado por Cabrera. Op cit.

joven para darle sentido a sus acciones. A diferencia de las lecturas antropológicas y sociológicas, si bien los jóvenes no se auto reconocen plenamente como tales de manera masiva hasta después de la década de los años 50 del siglo XX, en Colombia se encuentran procesos de un auto reconocimiento que se tipificó sobre todo en el plano político donde precursores como los jóvenes integrantes de la Escuela Republicana o la Filotémica en el siglo XIX, sirvieron de inspiración a las generaciones posteriores sobre todo a aquellas que fueron teniendo mayor espacio y mayor aproximación a los medios de comunicación lo que los fue haciendo más visibles. Las manifestaciones culturales de los años 20 e incluso de los mismos años 60, generalmente tuvieron un carácter de clase que para la mayoría no resultó ser tan significativo como lo fue para los sectores medios y académicos de la sociedad. Así, generaciones como las de los años 60, pasaron inadvertidas para buena parte de la población que apenas logró entender que el mundo cambiaba a partir de la moda que se popularizó no en los 60 sino en los 70.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBA, Víctor. Historia social de los jóvenes. Plaza & Janes. Barcelona. 1975.
- URREGO, Miguel Ángel. Intelectuales, Estado y Nación en Colombia. Ed. Siglo del hombre. Bogotá 2002.
- ARIES, Philippe. El hombre ante la muerte. Taurus, Madrid. 1987.
- ÁVILA, Pacheco Víctor. Historia del Movimiento estudiantil de la Universidad Libre [et al.] Universidad Libre. Bogotá. 2001.
- BURKE, Peter. *La Revolución historiográfica francesa*. Barcelona Gedisa. 1993.
- _____. Formas de historia cultural. Alianza. Madrid. 2000.
- CABRERA, Miguel Ángel. Historia, lenguaje y teoría de la sociedad. Cátedra. Universidad de Valencia. Madrid. 2001.
- CASANOVA, Julián. *La historia social y los historiadores*. Barcelona: Crítica. 1991.
- CHARTIER, Roger. El mundo como representación. Historia cultural: entre práctica y representación. Gedisa Editorial. Barcelona. 2002.
- COLMENARES, Germán. 1938-1990.: partidos políticos y clases sociales. Santafé de Bogotá. Tercer mundo Universidad del Valle Banco de la República Colciencias. 1997.
- CUBIDES, Humberto y LAVERDE, María Cristina, Valderrama Carlos. "Viviendo a toda". Jóvenes, territorios culturales y nuevas sensibilidades. Universidad Central. Bogotá. 1998.
- DUBY, Georges y ARIES, Philippe. Historia de la vida privada. Taurus. Madrid. 1991.
- DUBYD, Georges y PERROT, Michelle. Historia de las mujeres tomo v. Taurus. Madrid. 1993.
- THOMPSON E. P. La miseria de la teoría. Crítica. Barcelona. 1981.
- ENCINAS, José Lorenzo. Bandas juveniles. Perspectivas Teóricas. Trillas. México, 1994.
- HOMBSBAWM, Eric. Historia del siglo XX. Crítica. Barcelona. 1998.
- GINZBURG, Carlo. Mitos, emblemas, indicios. Gedisa. Barcelona. 1989.
- _____. y PONI Carlo. "The name of the game: unequal exchange and the historiographic marketplace" en Edward. Muir y Guido Ruggiero, *micra history and the lost peoples of Europe*. The Johns Hipkings University Press. Baltimore. 1991.
- GONZÁLEZ SEARA, Luis. Las generaciones en la evolución de la sociedad. Cambio generacional y sociedad. Madrid. 1978.

GONZÁLEZ PÉREZ, Marcos. Carnestolendas y carnavales en Santafé y Bogotá. Intercultura. Bogotá. 2005.

HARVEY, Kaye. Los historiadores marxistas británicos. Prensas Universitarias. Zaragoza. 1989.

LEVI, Giovanni y SCHMITT, Jean-Claude. Historia de los jóvenes. Taurus. Madrid. 1996.

PALACIOS, Marco y SAFFORD, Frank. Colombia: País fragmentado, sociedad dividida: su historia. Editorial Norma, Bogotá. 2002.

PEREA, Carlos Mario. Juventud, identidad y esfera pública, Bogotá, observatorio de cultura - IDCT. 1999.

RODRÍGUEZ, Félix. Comunicación y cultura juvenil. Ariel Barcelona. 2002.

RODRÍGUEZ, Pablo. Sentimientos y vida familiar en el Nuevo Reino de Granada. Ed. Ariel. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 1997.

ROWBOTHAM, Sheila. La mujer ignorada por la historia. Debate Pluma, Tribuna Feminista, Bogotá, 1980.

THOMPSON, E. P. Costumbres en común. Crítica. Barcelona. 1994.

TILLY, Charles. Grandes estructuras, procesos amplios, comparaciones enormes. Alianza Editorial. Madrid. 1991.

VEBLEN Thorstein. La Teoría de la clase ociosa. Fondo de Cultura Económica. México. 1995.

VEYNE, Paul. Cómo se escribe la historia. Alianza Universidad. Madrid. 1984.

VOVELLE, Michel. Ideologías y mentalidades. Ariel. Barcelona. 1995.

