

Publicación incluida en Ebscohost en la categoría de fuente académica plus
y fuente académica premier y VLEX Colombia.
Junio de 2017 - Neiva (Huila), Colombia.

Pielagus

Volumen 16 No. 1 E-ISSN 2539 – 522X / ISSN 1657- 6799

Universidad Surcolombiana
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

RECTOR
PEDRO LEÓN REYES GASPAR

VICERRECTORA ACADÉMICA
ISABEL CRISTINA GUTIÉRREZ DE DUSSÁN

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO
EDWIN ALIRIO TRUJILLO CERQUERA

VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN SOCIAL
ANGELA MAGNOLIA RÍOS GALLARDO

DECANO FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
MARIO CÉSAR TEJADA GONZÁLEZ

JEFE DE PROGRAMA DE DERECHO
GABRIEL ORLANDO REALPE BENAVIDEZ

JEFE DE PROGRAMA DE CIENCIA POLÍTICA
ALEXANDRA URIBE SÁNCHEZ

EDITOR
GERMÁN ALFONSO LÓPEZ DAZA
Doctor en Derecho. Université de Paris II.
Profesor de la Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas
Universidad Surcolombiana

COMITÉ EDITORIAL

OLGA CECILIA RESTREPO YEPES
Magíster en Derecho. Profesora Universidad de Medellín

OMAR HUERTAS DÍAZ
Doctor en Derecho. Profesor Univesidad Nacional de Colombia

MARIELA INÉS SÁNCHEZ CARDONA
Doctora en Filosofía y paz.
Profesora Universidad Santo Tomás de Bogotá

ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA
Doctora en Derecho.
Profesora Universidad Nacional Autónoma de Bucaramanga

COMITÉ CIENTÍFICO

ROSEMBERT ARIZA SANTAMARÍA
Doctor en Sociología. Profesor Universidad Santo Tomás de Bogotá

MARIO ALBERTO CAJAS SARRIA
Doctor en Derecho. Profesor Universidad ICESI

HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA
Doctor en Derecho Canónico. Profesor Universidad de la Sabana

NELSON ERNESTO LÓPEZ
PhD. en Ciencias Sociales. Profesor Universidad Surcolombiana

ASISTENCIA EDITORIAL
CRISTIAN FERNANDO PERDOMO PARRA

ILUSTRACIÓN
MARTHA CECILIA VARGAS HERNÁNDEZ

IMPRESIÓN
OTI IMPRESOS - Calle 28 No. 1A-46 Cándido
Telefax: 8758485 - Neiva (Huila)
otimpresos@hotmail.com

E-ISSN 2539-522X / ISSN 1657-6799

Enero - junio 2017
pp. 1-202

Pielagus Neiva (Huila) Vol.16 No. 1

Periodicidad Semestral

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Surcolombiana Tel.: 8754753 ext. 1176
<http://www.revistapielagus.com/> - <http://www.journalusco.edu.co/index.php/pielagus>
Av. Pastrana Borrero con Cra. 1a. - Maestría en Derecho Público
Email: pielagus@usco.edu.co - Neiva - Huila - Colombia.

Pielagus

ÁRBITROS ESPECIALIZADOS

El comité editorial de la Revista Jurídica Piélagus agradece la valiosa contribución a los evaluadores invitados de la presente edición

ANABELÉN CASARES MARCOS Doctora en derecho, Profesora Universidad de León	España
ANGEL ALBERTO VALDÉS CUERVO Doctor en ciencias, Profesor Instituto Tecnológico de Sonora (ITSON)	México
ANTONIO MAGDALENO ALEGRÍA Doctor en derecho, Profesor Universidad de Cantabria	España
ANTONIO RAFAEL CUERDA Doctor en derecho, Profesor Universidad Rey Juan Carlos	España
ANTONIO EZQUERRA HUERVA Doctor en derecho, Profesor Universidad de Lleiva	España
BEATRIZ EUGENIA CAMPILLO VÉLEZ Magíster en filosofía, Profesora Universidad Pontificia Bolivariana	Colombia
CAMILO PERDOMO VILLAMIL Magíster en derecho administrativo, Profesor Universidad Externado de Colombia	Colombia
CARLOS FERNANDO GÓMEZ GARCÍA Abogado, Profesor Universidad Surcolombiana	Colombia
CARLOS JUSTO BRUZÓN VILTRES Magíster en derecho internacional público, Profesor Universidad de Granma	Cuba
CLAUDIO AGÜERO SAN JUAN Doctor en ciencias humanas, Profesor Universidad Alberto Hurtado	Chile
CONSTANZA NÚÑEZ DONALD Maestrante en estudios avanzados en Derechos Humanos, Profesora Universidad de Chile	Chile
DANIEL FERNÁNDEZ BERMEJO Doctor en derecho, Profesor Universidad a Distancia de Madrid	España
DANIEL MAURICIO PATIÑO MARIACA Magíster en filosofía política, Profesor Universidad Pontificia Bolivariana (UPB-Medellín)	Colombia
DORA INES MUNEVAR MUNEVAR Posdoctora en estudios de género, Profesora Universidad Nacional de Colombia	Colombia
FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO Doctor en derecho, Profesor Universidad de Valencia	España
GABRIEL HERNÁNDEZ PAULSEN Doctor en derecho, Profesor Universidad de Chile	Chile
HERNÁN FAIR Doctor en ciencias sociales, Profesor Universidad Nacional de Quilmes	Argentina
JOAQUÍN MANTECÓN SANCHO Doctor en derecho, Profesor Universidad de Cantabria	España
JOAQUÍN TORNOS MAS Doctor en derecho, Profesor Universidad De Barcelona	España
JOSÉ DÍAZ LAFUENTE Doctor en derecho constitucional, Profesor Universidad Jaime I de Castellón	España

JOSÉ MARÍA PELÁEZ MEJÍA Magister en filosofía del derecho, Profesor Universidad Libre	Colombia
JUAN CARLOS GARCÍA HUAYAMA Doctor en derecho, Profesor Universidad Nacional de Piura	Perú
JUAN JORGE FAUNDES PEÑAFIEL Doctor en procesos sociales y políticos en América Latina, Profesor Universidad Católica de Temuco	Chile
JUAN OMAR COFRE LAGOS Doctor en derecho, Profesor Universidad Austral de Chile	Chile
KATHERIN TORRES POSADA Magíster en derecho, Profesora Universidad Surcolombiana	Colombia
LAURA MAYER LUX Doctora en derecho, Profesora Pontificia Universidad Católica de Valparaíso	Chile
LUZ ESTELA TOBÓN BERRIO Magister en derecho de la familia, Profesora Universidad del Norte	Colombia
MARÍA TERESA CARBALLEIRA RIVERA Doctora en derecho, Profesora Universidad de Santiago de Compostela	España
MAURICIO LASCURAIN FERNÁNDEZ Doctor en relaciones internacionales, Profesor El Colegio de Veracruz	México
NICOLÁS RODRÍGUEZ GARCÍA Doctor en derecho, Profesor Universidad de Salamanca	España
PATRICIA VENTRICI Doctora en ciencias sociales, Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas	Argentina
ROSA MARÍA BAENA NOGUERAS Posdoctora en ciencias marinas y ambientales, Profesora Universidad de Nottingham	Inglaterra
SONIA DEL PILAR AYALA RINCÓN Magister en psicología jurídica, Profesora Universidad De Santander (UDES)	Colombia
VIRIDIANA MOLINARES HASSAN Doctora en derecho público y filosofía jurídico-política, Profesora Universidad Del Norte	Colombia

La responsabilidad de los autores corresponde a cada uno de ellos y no compromete el criterio de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Surcolombiana.

Ninguna publicación, nacional o foránea podrá usar, reproducir o traducir sus artículos o resúmenes sin la autorización previa del editor de la Revista Jurídica Piélagus.

Contenido

Revista Jurídica **Pielagus** Vol. 16 No. 1 - Enero - junio / 2017

Editorial

7

Las funciones del juzgador en relación con las pruebas
en el Código Orgánico General del Ecuador

*The functions of justices in relation to the evidence in the General Organic
Code of Processes in Ecuador*

Ligia Gabriela Izurieta Alaña

11

La consécration d'un droit fondamental à l'eau est nécessaire en France.
Etude de droit comparé le démontrant

*The recognition of a fundamental right of access to water is necessary in France.
It will be proven in this comparative and demonstrative law study*

Valérie Bernaud

25

Dinámica jurídico-constitucional de las cooperativas en Cuba

Judicial-constitutional dynamics of the cooperatives in Cuba

Marien Piorno Garcell, Juan Carlos Mendoza Pérez, Richard Hechavarría Castillo

47

Las fundaciones en el derecho canónico

Canonical Law Foundations

Hernán Alejandro Olano García

67

El derecho a la propia imagen frente a las redes sociales en Colombia

Right to privacy on social networks in Colombia

Elfa Luz Mejía Mercado

75

Responsabilidad objetiva y subjetiva del Estado por privación injusta de la libertad

The State's objective and subjective role in unjust incarceration

Mario Cesar Tejada González

89

Pluralismo jurídico, Justicia Indígena y Derechos Humanos

Legal pluralism, indigenous justice and human rights

Juan Pablo Cruz Carrillo

103

Normatividad ambiental dirigida a regular la presencia de los productos
farmacéuticos residuales en ambientes acuáticos

*Environmental normativity to regulate the presence of residual
pharmaceutical products in aquatic environments*

Diego Ivan Caviedes Rubio, Daniel Ricardo Delgado, Alfredo Olaya Amaya

121

Contenido

Revista Jurídica **Pielagus** Vol. 16 No. 1 - Enero - junio / 2017

El devenir de víctima a victimario en un conflicto armado no internacional <i>The victim-to-victimizer transition in a non-international armed conflict</i> Juan Carlos Quintero, Marco Antonio Macana	■ 133
Constitución e imperio de la ley en Colombia <i>The Constitution and Rule of Law in Colombia</i> Mary Luz Sandoval Robayo	■ 151
Activismo constitucional en América Latina: la jurisdicción normativa <i>Constitutional activism in Latin America: normative jurisdiction</i> Orlando Pardo Martínez	■ 167
Aplicación de la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia sobre el Estado Civil en la Unión Marital de Hecho <i>Implementation of jurisprudential precedence ordered by the Supreme Court of Justice in regards to Marital Status in common law marriage</i> Luis Guillermo Salas Vargas	■ 181

LA PROTESTA SOCIAL Y EL DERECHO DE TERCEROS

Colombia ha sido históricamente un país con grandes brechas económicas entre las distintas clases sociales. La inequidad e injusticia en la distribución de la riqueza se convirtió en el detonante de muchos episodios de violencia. Con este trasfondo económico-social se han desarrollado innumerables dificultades que han afectado a distintos sectores de la población.

Gran parte de estos problemas motivan rechazo entre la población y es la protesta social la única vía que encuentran para expresar su inconformidad. Ella es considerada un importante e indispensable mecanismo propio de los países democráticos, con la que sus ciudadanos expresan públicamente sus opiniones o ideas y evidencian las problemáticas que los afectan.

La protesta ciudadana ha pasado a ser –infortunadamente- el único medio con el que cuentan los sectores a quienes el Gobierno Nacional no ha incluido en sus políticas y acciones; o sus decisiones los han afectado, o simplemente, porque le han sido incumplidas las promesas gubernamentales pactadas con anterioridad.

La Constitución de 1886, consagraba únicamente el derecho de reunión pacífica y de forma expresa, facultaba a la autoridad para disolver aglomeraciones que se convirtieran en asonadas o que obstruyeran las vías públicas.

Con la Carta Política de 1991 se mantuvo la protección constitucional al derecho de reunión, pero además, se consagró la potestad para que las personas se manifestaran públicamente, con la posibilidad de establecer limitaciones a tales garantías por cuenta del legislador mediante una ley que aún no existe.

El actual texto constitucional en su artículo 37, otorga a todo el pueblo la potestad para reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Durante la vigencia de la Carta del 91 y en todos los Gobiernos, se han producido infinidad de paros, marchas, protestas o manifestaciones públicas por cuenta de diversos sectores sociales, que han encontrado en este derecho, la mejor forma de expresar su inconformidad para exigir cambios.

Sin embargo, en el ejercicio de la protesta social se han producido afectaciones a otros derechos de terceros que no tienen relación directa con ésta. Es aquí donde surge la discusión acerca de los límites de los derechos fundamentales, bajo el entendido de que ninguno es absoluto y que definitivamente todos son relativos. Por ello, es que desde la teoría constitucional se afirma que aquellos son mandatos de optimización, es decir, se materializan en la mayor medida de lo posible.

Cientos son los movimientos de protesta social que se han desarrollado a lo largo de las últimas décadas. En el curso del año 2017, se han generado múltiples protestas sociales que han sido denominadas como “paros”: agrario, campesino, el indígena, arroceros, entre otros.

En el caso del paro agrario que duró varias semanas, sus consecuencias se produjeron no solamente frente a los protestantes, sino para la población civil no involucrada con las reclamaciones de los

campesinos e indígenas. Los bloqueos afectaron poblaciones enteras, pues además de no poder moverse fuera de su territorio, impidieron el paso de bienes indispensables como alimentos y medicamentos.

Los indígenas han sido también protagonistas de protestas sociales en este año. El principal reclamo de esta población es el respeto de sus Derechos Humanos, así como el cumplimiento del acuerdo de la Minga realizada en 2016. Exigían igualmente el reconocimiento de ciertas competencias a las autoridades de estos territorios y la observancia plena de los recursos naturales, entre otras peticiones.

Casos como los anteriores, finalizaron con mesas de negociación y concertación y en la mayoría de las ocasiones, con cesiones o promesas del Gobierno, para atender buena parte –cuando no todas- de sus peticiones. Es aquí donde surge un interrogante: si en un gran número de las protestas la administración termina cediendo, ¿por qué deja que la movilización ciudadana prospere, perjudicando derechos de terceros y en muchos eventos afectando la economía del país?

La protesta incorpora el derecho a manifestarse y a expresarse, garantizando en ambos casos su ejercicio pleno y pacífico. Como lo ha precisado la Corte Constitucional, sólo la protesta social pacífica goza de protección por mandato de la Carta. Es por ello que la penalización de la obstrucción a vías públicas que afecten el orden público (Código Penal, art. 353A) y la perturbación del servicio de transporte público, colectivo u oficial (Código Penal, art. 353), no son contrarias a la Constitución Política (sentencia C-742/12).

La limitación de derechos ciudadanos como la protesta social, es un asunto muy sensible y fácilmente genera rechazo entre la ciudadanía y temor en los gobernantes, dejando desprotegidos a los terceros que se ven afectados en su locomoción, trabajo, estudio, por cuenta de las manifestaciones.

El derecho a la protesta debe guardar un justo equilibrio: puede ejercerse sin transgredir los derechos ajenos, pues el ejercicio de ellos va hasta donde empiezan los derechos de los demás. Si queremos llegar a una verdadera paz, debemos tener en cuenta la frase del político mexicano Benito Juárez, "Entre los individuos, como entre las Naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz".

Germán Alfonso López Daza (PhD).
Editor
Revista Jurídica Piélagus

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN



Las funciones del juzgador en relación con las pruebas en el Código Orgánico General del Ecuador*

The functions of justices in relation to the evidence in the General Organic Code of Processes in Ecuador

Ligia Gabriela Izurieta Alaña

Universidad de Cuenca, Ecuador
yoeldavid67@gmail.com

Recibido: 13/12/16 Aprobado: 20/04/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1448>

RESUMEN

La Constitución ecuatoriana de 2008 implicó una profunda transformación de la práctica procesal; como parte de esa transformación en 2015 fue puesto en vigencia el COGEP (Código Orgánico General de Procesos), resultado de un largo proceso político-jurídico de transición hacia la armonía entre la práctica jurídica y los enunciados constitucionales. En él se extendió el juicio por audiencias a todos los procesos que estaban dispersos hasta el momento en diferentes disposiciones jurídicas sobre materias específicas, concentrando legalmente todos los procesos, excepto el proceso constitucional, electoral y penal.

En materia probatoria, objetivo principal de esta investigación, se abandona definitivamente el paradigma de la prueba tasada y se avanza hacia el modelo de convicción judicial, donde la valoración de la prueba obedece a criterios amplios de utilidad, coherencia y conducencia para la formulación de la presunción judicial conclusiva, que se manifestará primeramente en una resolución oral, y pocos días después en una sentencia motivada. En este sentido, la jueza o juez está más próximo y con la capacidad de ejercer una búsqueda excepcional de ésta por su cuenta, realizando un motivado énfasis sobre los roles dispositivos de las partes usando para ello la posibilidad de decretar pruebas de oficio para resolver como está previsto en el artículo 168 del COGEP.

PALABRAS CLAVE

Convicción Judicial; Juicios por Audiencia; Prueba de Oficio; Valoración de la Prueba; Verdad Material.

ABSTRACT

The 2008 Ecuadorian Constitution marks a remarkable transformation of the legal/procedural practice. As part of this change in 2015, the COGEP (Organic Code of General Processes) was put into effect, resulting from a long political-legal process of transition towards harmony between legal practice and constitutional statements.

This code extended the trial hearings to cover all processes that were previously dispersed in different legal provisions about specific themes. It legally concentrated all the processes except for the constitutional, electoral and criminal proceedings.

In the evidence field, the assessed evidence model was abandoned in favor of the judicial conviction model. In this case, the evidence evaluation process follows the broad criteria of utility, coherence and viability to formulate a conclusive judicial decision. This decision is made at first through oral resolution, and a few days later with ratified arguments. In this context, the judge is much closer to the material truth of the facts, and is able to execute a more effective search making an informed decision on the roles of the parties, including the possibility of requesting further evidence to better resolve the case according to article 168 of the COGEP.

KEYWORDS

Evidence Assessment; Evidence Request; Judicial Conviction; Material Truth; Trial Hearings.

* Artículo de Investigación

INTRODUCCIÓN

El derecho procesal ecuatoriano, como las demás áreas de la regulación jurídica, se ha constituido en una respuesta tardía y experimental frente a los conflictos humanos; en tal sentido, su formulación obedecía a un derecho sustantivo extraído de leyes extranjeras que no se compadecían de la realidad nacional, y que continuamente requirió de reformas parciales para optimizar su contenido.

Por otra parte el poder judicial se estableció como un entramado institucional que, a diferencia del poder ejecutivo y el poder legislativo, tiene por finalidad la resolución de los conflictos humanos sujetos a su conocimiento, sobre la base del derecho vigente y los hechos probados en el proceso. De ahí la expresión: *quod non est in actis non est in mundus* (lo que no está en las actas, no está en el mundo).

Al efecto, en la actividad judicial y particularmente en el hacer probatorio y decisonal, resulta esencial la imparcialidad de sus actuaciones para la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que en el modelo de Estado Constitucional, la vigencia de éstos es consustancial a la materialidad de la Constitución y la legitimidad del poder público.

Para ello, la tradicional ciencia del derecho procesal relegaba al juzgador de la actividad probatoria y le imponía una fuerte carga en la admisión y valoración de la prueba, que evidentemente era responsabilidad de cada uno de los sujetos procesales, según las afirmaciones realizadas al interior del proceso; ello a excepción de los procesos realizados según el procedimiento inquisitorial.

La gestión probatoria en sede judicial, entonces, debía limitarse a la atención oportuna de las solicitudes probatorias de los sujetos procesales y al análisis imparcial de la prueba controvertida, ya que la prueba, como instrumento para la demostración de los hechos controvertidos recíprocamente por las partes, es una obligación de cada sujeto procesal y se vincula a sus afirmaciones histórico-argumentales.

De esa manera, resultaba que el juzgador se configuraba como una especie de tramitador de las solicitudes probatorias de las partes, lo cual limitaba su intervención en el proceso al despacho de los escritos de aquéllas, sin que le fuera posible una intervención sustancial en la actividad probatoria que corría por cuenta de las habilidades de las partes para obtener los medios de prueba y presentarlos en juicio.

El *onus probandi* ha sido formulado y practicado en forma adversarial porque no es la jueza o juez quien conoce la realidad histórica del conflicto, sino cada sujeto litigante y su defensor técnico, al punto que éstos son quienes conocen de mejor forma los signos del conflicto, y por esa razón, son quienes pueden poner en evidencia las falacias argumentales y los hechos históricos innegables en el marco de la buena fe y lealtad procesal.

Empero, en el mundo de los hechos humanos no siempre las partes abonan con claridad los hechos objeto del proceso, ora por indefensión técnica, ora por mala fe o deslealtad procesal y, en cualquier caso, el juzgador permanece limitado por las restricciones del sistema adversarial, con riesgo de ser sancionado en costas por una instancia superior, y más recientemente, procesado u amonestado disciplinariamente.

Una muestra del avance progresivo del principio dispositivo, es que durante el auge de la oralidad en los sistemas procesales de la segunda mitad del siglo XX en Latinoamérica, se ha profundizado el esquema adversarial, donde desembocan la inmediatez, la contradicción procesal y lo dispositivo de los roles al interior del proceso, con miras precisamente a profundizar la confianza en la imparcialidad del juzgador.

En el vigente Código Orgánico General de Procesos del Ecuador (en adelante COGEP, publicado en el Registro Oficial de 22 de mayo de 2015), a tenor de lo previsto en la Constitución de 2008, se hizo una revisión del paradigma procesal imperante, y si bien es cierto que se conserva gran parte de la herencia adversarial, los esquemas procesales diseñados para la solución de las controversias están basados en audiencias orales y públicas, donde el juzgador interviene activa y directamente en la construcción de una verdad procesal que refleje la historicidad de los hechos controvertidos, e inclusive, promueva la solución alternativa de los conflictos sujetos a transacción.

Así mismo, se abandona definitivamente el paradigma de la prueba tasada y se avanza hacia el modelo de convicción judicial, donde la valoración de la prueba obedece a criterios amplios de utilidad, coherencia y conducencia para la formulación de la presunción judicial conclusiva, que se manifestará primeramente en una resolución oral, y pocos días después en una sentencia motivada.

En este escenario, la jueza o el juez está mucho más cerca de la verdad material de los hechos, e inclusive, con capacidad para ejercer una búsqueda excepcional de ésta

por su cuenta, haciendo un motivado paréntesis sobre los roles dispositivos de las partes, utilizando para ello la posibilidad de decretar pruebas de oficio para mejor resolver como está previsto en el artículo 168 del COGEP.

1. CONSTITUCIONALISMO MODERNO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

El derecho, como producto de la cultura, es un sistema de saberes y normas que se articulan diferenciadamente como ciencia y normatividad. Evidentemente, al inicio de la organización política de la sociedad, tal distinción no fue definida sino hasta los tiempos de Roma en que todo el saber jurídico fue sistematizado mediante el establecimiento de precedentes decisionales, doctrinas y jerarquías intrasistémicas entre los mandatos emanados del poder público.

En tal sentido, conforme es observado por el marxismo clásico, el derecho hasta la revolución industrial fue un instrumento para la formalización de los valores dominantes, y en suma, la justificación del sistema de producción de bienes y servicios, basado en el dominio sobre los medios de producción, y en algunas latitudes, también implicaba el dominio sobre el cuerpo humano (Marx, 1971, p. 311 y ss).

Sin embargo, las continuas luchas sociales, inicialmente promovidas por la burguesía comercial, y luego por los movimientos sociales, influyeron notablemente en la democratización del derecho, en el sentido de instrumento para realizar y proteger progresivamente valores sociales y no solo individuales; es decir, el derecho ya no solo justificaba la explotación y la autocracia, sino que también formulaba y legitimaba conquistas sociales en favor de clases históricamente relegadas.

Luego de la victoria de los aliados en la segunda guerra mundial y las denuncias contra el formalismo jurídico como legalidad que amparaba muchos atropellos contra la dignidad humana, se consolida definitivamente el paradigma de los Derechos Humanos, que intenta imponer un coto vedado a la arbitrariedad del poder: en esencia, la idea de los derechos humanos implica una limitación trascendental al ejercicio del poder público y privado sobre los derechos fundamentales del individuo.

Con ello, empezó una evolución paulatina de los sistemas normativos hacia la garantía de los Derechos Humanos, y el puente mediante el cual fue absorbido todo el bagaje de ellos, fueron los textos constitucionales. Así, la supremacía constitucional que ya tenía algunos años de

desarrollo en Estados Unidos gracias a la decisión consecuente de su Corte Suprema de Justicia, replicó en los ordenamientos jurídicos del mundo occidental convirtiéndose no solo en un derecho subjetivo, sino en el germen de un orden de valores constitucionales, que devendría en la noción de los derechos fundamentales.

Dicho esto, vendrá a nuestro entendimiento que las normas jurídicas son objetos culturales en tanto son “[...] hechos por el hombre, para la realización de valores” (Torré, 2003, p. 33.), y en tal sentido, representan una aspiración, una estimación de la mejor posibilidad en un contexto dado; en suma, una optimización permanente de sus enunciados normativos para hacerlos aptos para la protección del individuo y las comunidades.

El modelo de Estado Constitucional es el punto del desarrollo histórico-jurídico, posterior a la segunda mitad del siglo XX, donde las normas constitucionales son revalorizadas y sus enunciados no solo conservan su máxima jerarquía, sino que ganan efectividad aplicativa, en reemplazo del modelo legislativo donde la Constitución ocupaba el más alto sitial jerárquico, pero sus contenidos lingüísticos eran únicamente aprehensibles y materializados por los órganos políticos.

Este nuevo modelo de Estado está inserto dentro de una corriente ideológica con diversos matices pero con un denominador común: la supremacía funcional del texto Constitucional, lo que constituye uno de los ingredientes fundamentales del nuevo constitucionalismo latinoamericano presente en las constituciones de Venezuela (1998), Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

Para Prieto Sanchís (2012, p. 264), ésta corriente ideológica, más allá de la mentada confluencia de opiniones, posee caracteres comunes que la hacen plenamente reconocible:

...primero, la aparente obviedad de que la Constitución debe ser considerada una norma jurídica -y no un catecismo moral o político, por ejemplo- que vincula a sus destinatarios y que pretende ser aplicada, cuando proceda, para disciplinar aquellas parcelas de la realidad que son objeto de su regulación. Segundo, que la Constitución, además de la norma formal o procedimental según la tradición kelseniana, incorpora un denso contenido sustantivo formado por principios, valores, derechos fundamentales, directrices (...); tercero, que la tutela de las normas constitucionales y, en particular de los derechos, corresponde a la justicia como institución encargada de brindar las correspondientes garantías secundarias para la anulación de los actos inválidos y la condena de los actos ilícitos realizados en violación de cualquier norma primaria; (...) cuarto, resulta que el constitucionalismo de posguerra

se muestra bastante rígido, incluso intolerablemente rígido en opinión de algunos.

La Corte Constitucional del Ecuador (CCE 2008), por su parte avanza aún más sobre esta ideología, y la declara como el pensamiento subyacente a la normatividad constitucionalidad, en los siguientes términos:

[...] Contrario a lo dicho, el artículo 1 de la Constitución de la República (2008) establece una nueva forma o modelo de Estado, profundamente distinto a aquel previsto en la Constitución Política de 1998. [...] El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Así, el Ecuador, ha adoptado la fórmula del paradigma del Estado Constitucional, que involucra, entre otras cosas, el sometimiento de toda autoridad, función, ley, o acto a la Constitución de la República. El neoconstitucionalismo pretende entonces, perfeccionar al Estado de derecho, sometiendo todo poder (legislador y ejecutivo incluidos) a la Constitución y apelando a la Constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir que colocada a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social. Entre los símbolos característicos del Estado Constitucional se pueden identificar a los siguientes:

- a) La existencia de una Constitución rígida que, en consecuencia, no sea fácilmente modificable por la legislación ordinaria;
- b) Garantías judiciales que permitan el control de la conformidad de las leyes con la Constitución;
- c) Fuerza vinculante de la Constitución que implica el paso de la consideración del texto como un cuerpo declarativo a la aceptación de su carácter de norma jurídica real y de efectiva aplicación;
- d) Interpretación extensiva del texto constitucional que se verifica en la presencia de sus principios y normas, sobre todo el ordenamiento jurídico, haciendo posible a través de los mismos buscar soluciones a los problemas jurídicos más simples;
- e) Directa aplicación de la Constitución para resolver no solo los conflictos entre los poderes del Estado o entre este y las personas, sino también para resolver los conflictos entre particulares.

De lo expuesto, resulta claro que la Constitución actualmente se presenta como un conjunto de normas organizadas alrededor de los derechos fundamentales del individuo y las colectividades, que como dimensión de la dignidad humana, sirven de premisa legitimadora para la realización de la práctica legislativa, administrativa y judicial.

Fuera de los contenidos constitucionales, cualquier actuación del poder público, o de los mismos administrados en determinados casos (por ejemplo cuando ejercen por delegación una parte de la autoridad pública,

o cuando en sus negocios o actos jurídicos vulneran derechos constitucionales de terceros) resulta ineficaz y debe ser desterrada o remediada de la práctica jurídica mediante el hacer judicial, quien tiene el peso institucional de la garantía de los derechos subjetivos constitucionales, y con ello, la materialidad del Estado Constitucional.

Sin embargo, la irremediable separación “entre la proclamación ideal-constitucional de los derechos, su grado de plasmación legal y sus índices de realización empírica, siempre desoladoramente deficiente” (Ibáñez, 1996, p. 10), pone en evidencia que el discurso normativo debe consolidarse a través de la práctica jurídica, y fundamentalmente, por la actividad procesal de la administración de justicia.

2. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTIVIDAD JUDICIAL

La actividad judicial en las organizaciones políticas modernas se concentra en la función judicial. En ciertos modelos jurisdiccionales, como el caso ecuatoriano, existe un organismo de control constitucional, que si bien no forma parte de la estructura organizacional de la función judicial, ejerce una actividad jurisdiccional íntimamente ligada a la justicia ordinaria e incluso comparte gran porcentaje de la terminología institucional: la Corte Constitucional.

Para conservar la pertinencia del estudio que pretende el presente documento, se hará referencia únicamente a la actividad judicial en sede ordinaria, y en tal sentido, según el texto constitucional, la potestad de administrar justicia propia de la Función Judicial emana del pueblo, lo cual en esencia equivale a que la jurisdicción es una manifestación institucional de la soberanía nacional, y como tal, vinculada a los derechos fundamentales.

En concreto, en el artículo 168 de la Constitución de la República del Ecuador se establece un conjunto de principios que regulan la actividad institucional de la función judicial, entre los que cabe destacar los siguientes:

- (i) La independencia interna y externa de los órganos de la función judicial.
- (ii) La autonomía administrativa, económica y financiera de la función judicial frente a otros poderes.
- (iii) El acceso gratuito a la administración de justicia, sin perjuicio de la implantación de un sistema complementario de costas procesales.
- (iv) La publicidad procesal, salvo excepciones legales.

En este punto conviene precisar que la norma en cuestión, reconoce que en la sustanciación de los procesos en su integridad, se llevará a cabo mediante el sistema oral en observancia de varios principios íntimamente ligados entre sí: concentración, contradicción, dispositivo, inmediación, publicidad e intimidad, según los arts. 6, 7 y 8 del COGEP.

Dichos principios consolidan el sistema adversarial en sí mismo, ya que ubican a los sujetos procesales en el lindero judicial para el ejercicio de sus pretensiones y excepciones, mediante la actividad probatoria, que a su vez, debe contar con la presencia de las partes involucradas y con conocimiento suficiente para contradecir la prueba presentada, sobre la base epistemológica del objeto decisional del proceso. El Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ publicado en el Registro Oficial de 9 de marzo de 2009) establece en su artículo 19 que:

Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley. Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatarse la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo.

Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso.

El sistema adversarial establecido en la norma transcrita, además, se encuentra fundamentado en el principio de verdad procesal (art. 27 COFJ), el cual, exige que la controversia sea resuelta únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes.

Sin embargo, otro principio que rige la actividad de la función judicial es el de justicia (art. 169 de la Constitución vigente) que ubica al sistema procesal como un medio para su realización. Con este enunciado, se dirige a las normas procesales hacia la armonización con otros principios tales como la simplificación, la uniformidad, la eficacia, la inmediación, la celeridad, la economía procesal y el debido proceso.

Para otorgar mayor claridad a ésta cuestión, conviene retrotraerse a la convencionalidad en materia de Derechos Humanos; esto, por cuanto son el germen del constitucionalismo moderno, y además son normas de directa e inmediata aplicación al igual que el texto constitucional (arts. 11.3 y 426).

Así tenemos que la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) señala en su artículo 8 que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

Por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, firmada por el Ecuador el 22 de noviembre de 1969 y ratificada el 8 de diciembre de 1977, señala en cuanto a las garantías y la protección judicial, lo siguiente:

Artículo 8. Garantías Judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Artículo 25. Protección Judicial: 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

De lo expuesto, se desprende que el sistema adversarial, como tal, converge sutilmente con la protección que debe brindar un Estado a sus habitantes frente a las actuaciones violatorias a los derechos. Lo que esencialmente importa en la actividad procesal, no es el sostenimiento acrítico de las formas procesales, sino la tutela de los derechos del individuo y las colectividades frente a los poderes públicos y privados.

Lo dicho no quiere decir que los procedimientos carecen de relevancia, sino, que su vigencia se encuentra condicionada por la finalidad última del sistema procesal: la verdad histórica, que a su vez sirva de plataforma para la condena o absolución del individuo y la reparación o restauración del derecho vulnerado.

Una vez llegado este punto argumentativo, es posible observar la trascendencia de las obligaciones tutelares impuestas a la actividad judicial por la Constitución de la

República del Ecuador de 2008, a saber:

Artículo 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Artículo 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

En síntesis, el sistema adversarial propio del derecho procesal tradicional está condicionado por la tutela efectiva de los derechos y el cumplimiento de las normas jurídicas vinculadas, incluida la esfera de convencionalidad. En un mundo ideal, las partes procesales deberán realizar de forma eficiente y eficaz el trabajo probatorio, bajo la dirección dispositiva de la jueza o juez. Sin embargo, frente a la deficiencia o ineficiencia de las actuaciones procesales, los jueces no pueden limitarse a la lógica adversarial, sino que deben actuar proactivamente dentro del marco brindado por la ley procesal.

En este punto, resulta particularmente importante señalar que la actividad probatoria ha sido notoriamente modificada y simplificada por el COGEP, empero, como veremos a continuación, los juzgadores y los estudiosos en general deben prestar especial atención a ciertas instituciones, a fin de impedir la continuidad de las distorsiones del sistema procesal, actualmente existentes en ciertos campos de la actividad jurisdiccional y el desempeño de los litigantes.

3. EL JUZGADOR Y LA PRUEBA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

Es ampliamente conocido que el derecho procesal es una rama perteneciente al derecho público, pero que está ligada a todas las ramas sustantivas del derecho, sean éstas de tendencia pública, privada o social; la razón de su inminente vinculación al derecho público se halla en su teleología, ya que es un sistema normativo orientado a la realización histórica de la norma sustantiva.

Solo a través de una tramitación procesal acorde a los derechos fundamentales del individuo, y particularmente, a las garantías del debido proceso, se establecen las conductas sancionables e inocuas, y en general, la

determinación material de los derechos e intereses de los individuos y comunidades.

Para Devis Echandía (2009, p. 386), el problema fundamental de la justicia se encuentra vinculado a este fenómeno normativo, por lo que al respecto refiere que:

Las normas positivas de derecho material resultan ineficaces si no es posible su adecuada actuación en los casos particulares, mediante un proceso; y esto no se logra sino cuando se impone de esos dos medios indispensables: el órgano calificado para hacerlo, y las normas procesales adecuadas para su intervención.

Así, los órganos que componen las distintas dimensiones de la Administración de Justicia se convierten en la base sobre la que se constituye una sociedad democráticamente funcional y el Estado de derecho. Pese a la consistencia y amplitud del sistema legal, ¿cómo es posible la injusticia y la inequidad que denuncian los sujetos procesales en la tramitación de sus controversias, y particularmente, en la valoración probatoria inserta en la decisión judicial?

Pues, si bien la opinión pública prefiere hablar de corrupción e ineficiencia, la ciencia del derecho procesal ha recurrido al estudio científico del lenguaje para establecer los mecanismos lingüísticos que se ven alterados en la transmisión de información al interior del proceso judicial; para Ferrer Beltrán (2005, p. 20), las distorsiones son producto de las interferencias en la interpretación de los contenidos comunicacionales:

Resulta habitual, en filosofía del lenguaje, distinguir entre las dimensiones locutiva e ilocutiva de lenguaje, respectivamente, para referirse a las nociones de sentido y fuerza de un enunciado. Así, se destacan dos posibles fuentes de interferencia en la comunicación lingüística: en la primera de ellas, el problema proviene de la incomprensión por parte del destinatario del mensaje del sentido de aquello que le había sido dicho; en la segunda, en cambio, el problema se produce, aun estando claro el sentido, por no estar claro qué se quiso hacer al decir lo que se dijo, esto es, qué acto verbal se realizó por parte del emisor del mensaje.

De lo expuesto se previene que el razonamiento jurídico es un mecanismo epistemológico propio del saber jurídico que intenta evitar los tropos y confusiones propios de la interacción lingüística. Por lo que, la formulación de los razonamientos legales, las peticiones probatorias, los alegatos, y cualquier otra manifestación comunicacional al interior del proceso, deben abandonar la pura retórica y concentrarse en las condiciones fácticas del conflicto y el lindero normativo sustancial y procesal.

En efecto, debe ser adecuadamente practicada desde los litigantes hasta los jueces; sin embargo, dada la imperfección del hacer humano, las juezas y jueces en sus respectivas instancias son en mayor grado responsables de la estabilidad y predictibilidad del discurso jurídico en donde se articula lo sustantivo y lo adjetivo de la juridicidad.

Sobre este particular Zavaleta Rodríguez (2014, p. 35), refiere:

[...] El razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento práctico, porque se refiere a cuestiones sobre las que se debe hacer u omitir sobre lo que puede ser hecho u omitido (aspecto normativo); y, fundamentalmente, porque en el discurso jurídico se aportan razones que sustentan que la conclusión (pretensión/ oposición o decisión) es la correcta (aspectos justificativos). Ahora, el razonamiento jurídico -que se manifiesta a través del mencionado discurso- se encuentra sujeto a las limitaciones (procesales y materiales) del derecho vigente, el mismo que a su vez sirve como criterio de corrección de la decisión.

Por lo expuesto, la forma en que mejor se articula la decisión judicial es a través de la motivación, ya que la racionalidad lingüística y normativamente apropiada de la decisión no solo la hace constitucionalmente eficaz, sino, políticamente legítima, ya que se quiera o no, el ejercicio jurisdiccional es una manifestación de poder público no-democrático, cuya aceptación social depende de su intrínseca racionalidad.

Para autores como Gascón Abellán (2004, p. 191)

...en una sociedad moderna, donde los individuos no se conforman con una apelación a la autoridad, sino que exigen razones, la justificación o motivación de las decisiones tiende a verse, no ya como una exigencia técnica, sino como el fundamento mismo de la legitimidad de los jueces.

El COGEP no es la excepción a esta tendencia, máxime, cuando se trata de una dimensión procesal que concentra en su esfera de acción un amplio abanico de normas sustantivas que pasan por el orden de lo privado, lo social y lo público. Pero, el sistema procesal planteado por la dicha norma va más allá de la decisión judicial final, ya que también aplica estos contenidos racionalizadores desde la actividad probatoria.

4. LOS HECHOS RELEVANTES

El COGEP vigente en el Ecuador desde 2015, constituye una ley procesal que codificó en sus regulaciones las

que anteriormente se encontraban en el Código de Procedimiento Civil, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1968 y las disposiciones de carácter procesal vigentes en muchas otras leyes de diferente naturaleza; integrando así un Código procesal del que solo quedan excluidas las regulaciones procesales relativas al proceso penal, constitucional y electoral (art. 1).

La transformación impulsada por el COGEP empieza desde la reconfiguración de la finalidad de la prueba; según el artículo 158, el telos probatorio se halla en el convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos. A diferencia del Código de Procedimiento Civil, en la que no se enuncia finalidad alguna en la actividad probatoria, el nuevo sistema procesal ordena que lo actuado probatoriamente no sea inorgánicamente consignado en el fallo, sino que constituya parte de la convicción del juzgador.

Así se conmina a la jueza o juez a que tome la mejor decisión posible, tomando en cuenta los derechos fundamentales que corresponden a ambas partes. El convencimiento sobre los hechos y sus circunstancias es un hilo conductor sobre el cual se hilvana la totalidad del sistema probatorio, el cual, evidentemente inicia con la oportunidad probatoria.

Según el COGEP en su artículo 159, la prueba debe introducirse al expediente desde el inicio del proceso, iniciando por la de tipo documental. Así los documentos en poder del actor o del demandado, deben ser adjuntados a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción y contestación a la reconvencción.

Evidentemente, aquellos documentos que no se encuentren en poder de los sujetos procesales, deberán ser anunciados para introducirlos en audiencia, o en su defecto, debe requerirse el auxilio del órgano jurisdiccional, quien a través de la jueza o juez sustanciador, ordenará a la otra parte o a terceros que entreguen o faciliten los documentos o la información.

Por su parte, los testimonios, las pericias y la inspección judicial y cualquier otro medio de prueba permitido por la ley, deben ser anunciadas en el mismo texto de la demanda, ya que la práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio. De lo expuesto se observa que la actividad probatoria desde el principio está orientada desde los hechos y circunstancias relevantes a la controversia hasta el convencimiento de éstos hechos y circunstancias por parte de la jueza o juez. Para ello, la prueba debe ser *conducente y pertinente*.

El artículo 161 del COGEP diferencia estas características según su nivel de percepción epistemológica. De una parte, la conducencia hace referencia al contenido intrínseco y particular de la prueba para demostrar intelectivamente uno o varios hechos alegados, es decir, que la prueba lleve al conocimiento de los hechos; mientras que, la pertinencia, hace referencia a la aptitud externa del medio probatorio para referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias controvertidas, lo cual puede llevar o no al convencimiento judicial.

Dado que la prueba es el medio para la convicción judicial de los hechos y circunstancias puestos en conocimiento de la administración de justicia, evidentemente, la carga de la prueba se mantiene como obligación de parte, debiendo precisarse que la aplicación del derecho extranjero o disentiendo de tal aplicación, debe justificar su postura mediante la certificación del agente diplomático sobre la autenticidad y vigencia de la ley, e inclusive, a falta de éste, se podrá requerir al Estado extranjero de cuya legislación se trata para tal certificación.

En esta parte, cabe hacer una precisión. Los hechos relevantes al proceso deben ser acreditados por los sujetos procesales según sus alegaciones. Pero, existen hechos puntuales que no requieren ser probados, los cuales, según el artículo 163 del COGEP son los siguientes:

1. Los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la parte contraria en la contestación de la demanda o de la reconvencción o los que se determinen en la audiencia preliminar.
2. Los hechos imposibles.
3. Los hechos notorios o públicamente evidentes.
4. Los hechos que la ley presume de derecho

Si los hechos relevantes son el hilo conductor del proceso, entonces, la identificación de los hechos implica intrínsecamente una elección normativa previa, es decir, la individualización de la norma idónea para decidir el caso. La estrecha relación entre el derecho sustancial y procesal es lo que hace posible la concepción del hecho relevante, ya que precisamente su relevancia se halla en la vinculación previa entre hecho-objeto de prueba y norma sustantiva. Es a partir del reconocimiento del hecho relevante desde donde se construye la convicción judicial.

Para Taruffo (2005, p. 97),

El objeto de la decisión es el hecho que la norma define y califica como relevante, es decir, como punto de referencia de los efectos que la misma norma prevé. Es la norma, en otros términos, la que funciona como criterio de selección,

en el sentido de individualizar entre los infinitos sucesos del mundo real aquellos que asumen relevancia específica para su aplicación.

Los hechos relevantes, entendidos como aquellos vinculados a la norma sustantiva y que servirán para reconducir constantemente el proceso hacia su objeto decisorio, constituyen un reordenamiento del sistema probatorio, ya que marcan el ritmo de la controversia desde su inicio, conminando a las partes a un esfuerzo técnico y preciso en su actividad probatoria, la cual inicia antes de proponer la demanda, y empieza desde la primera interlocución entre defensor y usuario del sistema de justicia.

Con ello se logra una revalorización del hacer procesal, y una modificación sustancial en la cultura jurídica, ya que los litigantes se ven obligados a tomar conciencia de la dimensión del conflicto jurídico que van a iniciar o enfrentar; esto, porque ya no es estratégicamente posible improvisar en la etapa probatoria, ya que la convicción judicial se forma desde la demanda y su contestación donde salta a la vista la conducencia y pertinencia de la prueba sobre la base de los hechos y circunstancias relevantes presentados por las partes.

5. LA ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA

La admisibilidad de la prueba es una fase resultante de la constitucionalización de la actividad judicial, ya que en tiempos pre-modernos, la voluntad era indiscutible, aun cuando contraviniera la dignidad de los sujetos procesales, y con ello, sus derechos fundamentales. Sin embargo, el derecho procesal moderno ha desarrollado varias instituciones que regulan la admisibilidad de la prueba en dos direcciones: su relevancia intrínseca y extrínseca, y su eficacia probatoria.

Para Ferrer Beltrán (2007, p. 43) la exclusión probatoria es un fenómeno fuertemente vinculado al ejercicio de los derechos fundamentales, al efecto, refiere:

[...] La particularidad jurídica es que se añade un buen número de reglas jurídicas de exclusión: no se admiten las pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales; no se admiten los testigos de referencia; no se admiten, con salvedades, las pruebas que no pueden practicarse en el curso del proceso con la debida aplicación del principio de contradicción, etc.

Con el Código de Procedimiento Civil, la admisibilidad de la prueba era una discusión tardía, puesto que la prueba discurría luego de los actos de proposición y un tibio intento conciliatorio en una diligencia a la que por regla

general no estaban obligadas las partes a asistir personalmente. Producto del aplazamiento de la actividad probatoria y su forma escrita, era una fase proclive para un empantanamiento contradictorio; un debate algunas veces inoficioso sobre una prueba intrascendente, y una distorsionada concepción del derecho a la defensa que avalaba en desmedro de la celeridad y la economía procesal.

Con el COGEP se modifica sustancialmente el modelo procesal civil, y se adoptan herramientas similares a las utilizadas en el procedimiento oral del trabajo. La audiencia preliminar, que en la legislación del trabajo servía para la anticipación probatoria y la formulación de acuerdos, es llevada a un nivel más alto de intermediación, contradicción y celeridad.

En este sentido, el artículo 160 del COGEP, establece:

[...] Para ser admitida, la prueba debe reunir los requisitos de pertinencia, utilidad, conducencia y se practicará según la ley, con lealtad y veracidad. La o el juzgador dirigirá el debate probatorio con imparcialidad y estará orientado a esclarecer la verdad procesal.

En la audiencia preliminar la o el juzgador rechazará de oficio o a petición de parte la prueba impertinente, inútil e inconducente.

La o el juzgador declarará la improcedencia de la prueba cuando se haya obtenido con violación de la Constitución o de la ley.

Carece de eficacia probatoria la prueba obtenida por medio de simulación, dolo, fuerza física, fuerza moral o soborno. Igualmente será ineficaz la prueba actuada sin oportunidad de contradecir.

La resolución por la cual la o el juzgador decida no admitir alguna prueba podrá apelarse con efecto diferido. De admitirse la apelación, la o el juzgador superior ordenará la práctica de la prueba, siempre que con ella el resultado pueda variar fundamentalmente.

Como se dijo anteriormente, la noción del hecho relevante y la *conducencia/pertinencia/utilidad* subyacente marcan el ritmo en la actividad probatoria. Así, la audiencia preliminar sirve como fase de saneamiento de todos aquellos aportes probatorios (así como posibles defectos en la citación, vinculación de terceros, omisiones de los operadores o errores en las razones), que precisamente, no aportan convicción a los hechos relevantes para el proceso, sino que sirven para engordar inoficiosamente la carga probatoria del sujeto procesal.

6. LA VALORACIÓN PROBATORIA

La valoración probatoria, es quizás uno de los puntos en que mayores desacuerdos produce el COGEP; esto, por

cuanto el proceso intelectual que subyace a la valoración está potencialmente condicionado por la conciencia del juzgador, por lo que la motivación y/o exposición del razonamiento jurídico resulta esencial, no solo para hacer la resolución constitucionalmente eficaz, sino, para dotarla de legitimidad frente al auditorio.

El artículo 164 del COGEP establece:

Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador, deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código.

La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.

La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.

El modelo de convicción judicial adoptado para la valoración de los hechos relevantes es aquel que permite la apreciación en conjunto de la prueba. Inclusive, si se observa con detenimiento la norma, será palpable que el mandato reglado exige al juez la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión, y por oposición lógica tenemos que aquellas que no han servido para tal efecto, simplemente son ignoradas.

El problema que subyace es que, conforme observamos en líneas anteriores, si la audiencia preliminar sirve para depurar y sanear los elementos probatorios impertinentes e inconducentes frente a los hechos y circunstancias relevantes aportados por las partes procesales: ¿por qué hacer de la valoración probatoria otro filtro más para las pruebas no trascendentes?

Para Abel Lluch (2014, p. 150), el sistema de apreciación conjunta de la prueba tiene ventajas y desventajas, a saber:

En el aspecto positivo y apreciación conjunta de las pruebas, comporta la necesidad de poner el resultado de unos medios de prueba con los otros, de suerte que un medio de prueba no puede valorarse individualmente y desconectarse de los demás practicados.

En el aspecto negativo es una cláusula de estilo que permite omitir la motivación real de la sentencia, eludir las reglas legales de valoración de la prueba y negar la posibilidad de control de valoración a través de los recursos.

En efecto, la valoración y/o apreciación en conjunto de la prueba tiene sentido en un sistema probatorio formalista, donde la mayor cantidad de diligencias probatorias

tiene lugar, y el saneamiento judicial es casi nulo. Sin embargo, un sistema más proactivo como el diseñado en el COGEP, al sanear dos veces los hechos probatorios relevantes, promueve una conducta más intervencionista del juzgador, quien no solo elige qué prueba practicar, sino cuál apreciar en su decisión final.

Empero, por el lado positivo, la apreciación conjunta de la prueba en un proceso previamente saneado de solicitudes probatorias irrelevantes o ineficaces tiene la potencia de generar un debate procesal más preciso y técnico sobre los hechos relevantes.

En cualquier caso, debido a nuestro sistema casuístico para la formulación de las decisiones judiciales, la eficiencia y eficacia de los cambios planteados en el sistema probatorio se hallará en la práctica procesal cotidiana y en las tendencias decisorias que se formen al interior de la actividad procesal de cada unidad judicial.

CONCLUSIONES

La Constitución ecuatoriana de 2008 significó una profunda transformación de la práctica procesal; esa transformación está dada por los enunciados normativos que reconocen la supremacía orgánica de la norma constitucional, la irradiación sustancial de sus contenidos axiológicos en las diferentes manifestaciones del hacer jurídico, la garantía judicial sobre los derechos fundamentales de las personas, tanto en sede ordinaria como constitucional, la imposibilidad teórica de manipulaciones normativas por parte de los poderes públicos, y principalmente las mayorías legislativas.

Como parte de esa transformación, en 2015 fue puesto en vigencia el COGEP como resultado de un largo proceso político-jurídico de transición hacia la armonía entre la práctica jurídica y los enunciados constitucionales. La transformación impulsada empieza desde el *telos* probatorio, el cual se halla en el convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidas, que sirve de hilo conductor sobre el cual se hilvana la totalidad del sistema probatorio.

De este modo, la actividad probatoria desde el principio está orientada desde los hechos y circunstancias relevantes a la controversia hasta el convencimiento de éstos hechos y circunstancias por parte de la jueza o juez, luego de su valoración decisonal. Los hechos relevantes al proceso deben ser acreditados por los sujetos procesales según sus alegaciones. Pero, existen hechos puntuales que no requieren ser probados, siendo

éstos específicamente consignados en el artículo 163 del COGEP.

La admisibilidad de la prueba es una fase ejecutada en la Audiencia Preliminar, que sirve como espacio de saneamiento de todos aquellos aportes probatorios, que precisamente, no aportan convicción a los hechos relevantes para el proceso, sino que sirven para engordar inoficiosamente la carga probatoria del sujeto procesal. Cabe rescatar que la prueba es depurada bajo el principio de contradicción, intermediación y dispositivo. Ya no se trata de un tedioso intercambio de correspondencia que generaba dilación procesal. Sin embargo, en esta parte del proceso, una eventual indefensión técnica podría resultar fatal para la tutela efectiva del ciudadano, cuestión que hipotéticamente es resuelta por la iniciativa probatoria de oficio del artículo 168 del COGEP.

Finalmente, la valoración probatoria, se funda en el modelo de convicción judicial y permite la apreciación en conjunto de la prueba, donde potencialmente se relega aquellas pruebas que no han servido para la formación del criterio judicial. Y, entonces, el problema subyacente radica en que la audiencia preliminar sirve para depurar y sanear los elementos probatorios inútiles, impertinentes e inconducentes frente a los hechos y circunstancias relevantes aportados por las partes cuya delimitación radica en el objeto del proceso; y pese a ello, ocurre un segundo saneamiento que potencialmente cercenaría aspectos importantes de la prueba en beneficio de un sujeto procesal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

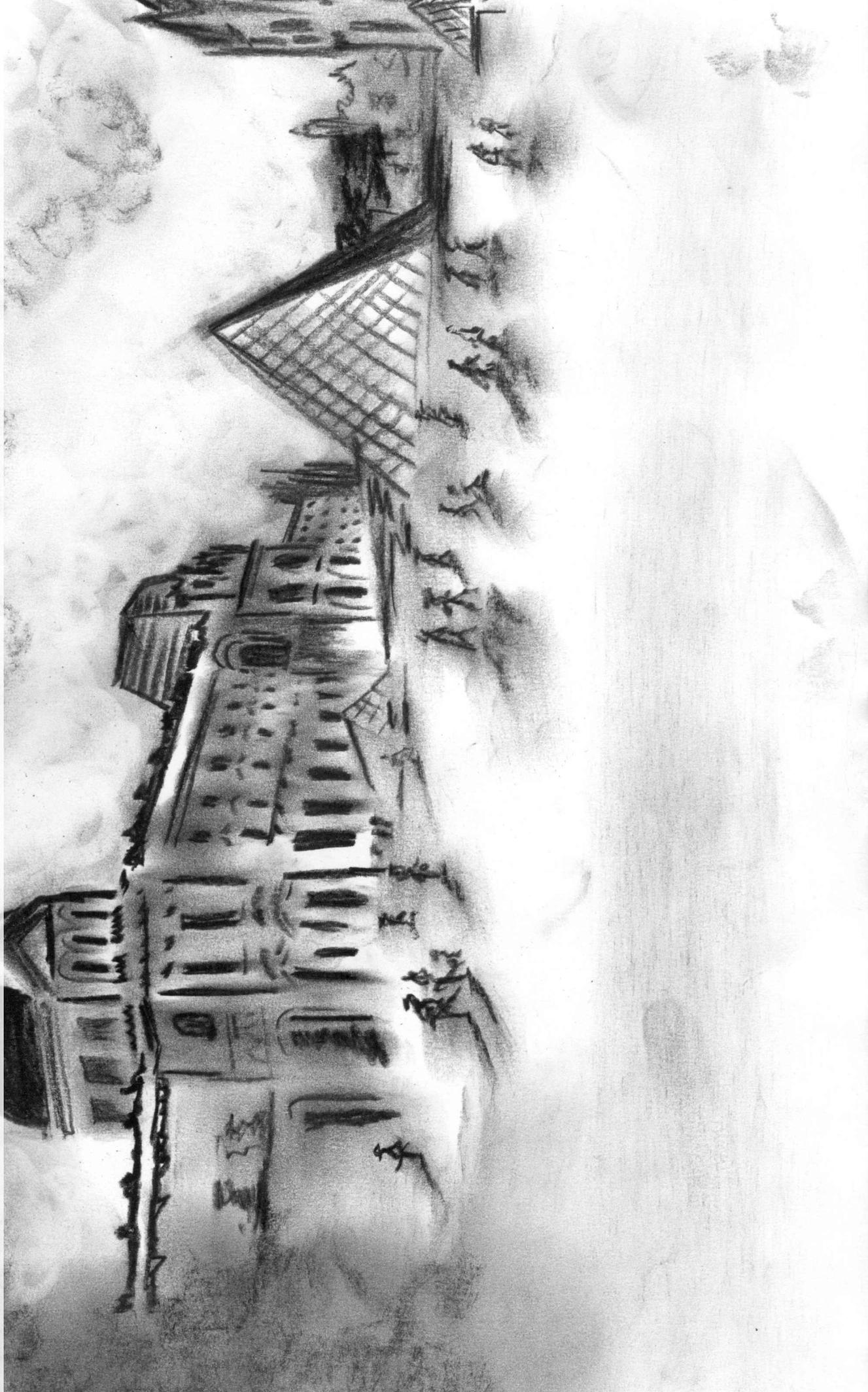
- I. Abel Lluch, Xavier. (2014). La valoración de la prueba en el proceso civil. La Ley, Madrid.
- II. CCE. (2009). Corte Constitucional de la República del Ecuador. Sentencia No. 002-09-SAN-CC. 005-08-AN, de 2 de abril.
- III. Devis Echandía, Hernando. (2009). Nociones Generales de Derecho Procesal Civil, segunda edición. Temis S.A, Bogotá.
- IV. Ferrer Beltrán, Jordi. (2005). Prueba y Verdad en el Derecho. Marcial Pons, Madrid.
- V. Ferrer Beltrán, Jordi. (2007). La valoración racional de la prueba. Marcial Pons, Madrid.
- VI. Gascón Abellán, Marina. (2004). Los hechos en el derecho. Marcial Pons, Madrid.
- VII. Ibañez, Perfecto Andrés. (1996). Corrupción y Estado de Derecho. Trotta, Madrid.
- VIII. Marx, Karl y F. Engels. (1971). Manifiesto comunista, Instituto Cubano del Libro, La Habana.
- IX. Prieto-Sanchís, Luis. (2012). Supremacía, Rigidez

- y Garantía de la Constitución. En: Control Constitucional y Activismo Judicial. Ara Editores, Lima.
- X. Taruffo, Michele. (2005). La prueba de los hechos. Trotta, Madrid.
- XI. Torr , Abelardo. (2003). Introducción al Derecho. Lexis Nexis, Buenos Aires.
- XII. Zavaleta Rodríguez, Roger. (2014). La motivación de las resoluciones judiciales como argumentación jurídica. Grijley, Lima.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- XIII. Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- XIV. Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial de 22 de mayo de 2015.
- XV. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial de 22 de octubre de 2009.
- XVI. Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial de 9 de marzo de 2009.
- XVII. Codificación del Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial de 12 de julio de 2005.
- XVIII. Código Tributario. Codificación 2005. Registro Oficial de 14 de junio de 2005.
- XIX. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 1969.
- XX. Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN



La consécration d'un droit fondamental à l'eau est nécessaire en France. Etude de droit comparé le démontrant*

The recognition of a fundamental right of access to water is necessary in France. It will be proven in this comparative and demonstrative law study

El reconocimiento del derecho fundamental al agua es necesario en Francia. Estudio de derecho comparado que lo demuestra

Valérie Bernaud¹

Université d'Avignon et des pays du Vaucluse, Francia
vbernaud@hotmail.com

Envoyé: 10/01/17 Approuvé: 06/03/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1450>

RÉSUMÉ

Bien que la France soit une grande donneuse de leçons quant au respect des droits fondamentaux, elle ne consacre pas ni au rang constitutionnel, ni au rang législatif un droit fondamental à l'eau. Cette lacune aurait pu être palliée par le Conseil constitutionnel, mais celui-ci n'a adopté qu'une jurisprudence frileuse à cet égard. Les multinationales françaises de l'eau, fortes de leur pouvoir économique, luttent avec acharnement contre les lois protectrices et la reconnaissance explicite d'un tel droit dans le bloc de constitutionnalité serait la bienvenue. L'idée n'étant pas à la mode en France, une étude de droit comparé avec les États d'Amérique latine ouvrira de nouvelles voies de réflexion pour, peut-être un jour, franchir le pas.

MOTS CLÉS

Constitution; Droit Comparé; Droit Fondamental à L'eau; Eau; États d'Amérique Latine et France; Jurisprudence Constitutionnelle.

ABSTRACT

Although France is a quintessential example of the provision of fundamental rights, it does not give constitutional or legislative status to the fundamental right of access to water. The Constitutional Council could have offset this omission, but it has only adopted a hesitant jurisprudence of this issue. French multinational water companies, with their economic power, are fighting protective laws. The explicit recognition of such a right in the Constitutional Block would be a welcome addition. Since the idea is not popular in France, a comparative law study of Latin American states will allow for new ways of reflection, which would possibly permit to bridge the gap.

KEYWORDS

Comparative Law; Constitution; Constitutional Jurisprudence; Fundamental Right of Access to Water; Latin American and French States; Water.

* Article de recherche

1 - Maître de conférences habilitée à diriger des recherches. Membre du LBNC, EA 3788.

RESUMEN

A pesar de que Francia es un importante proveedor de enseñanzas en materia de derechos fundamentales, no otorga un estatuto constitucional o legislativo al derecho fundamental al agua. Esta brecha podría haber sido subsanada por el Consejo Constitucional, pero éste solo ha adoptado una jurisprudencia vacilante ante este aspecto. Las multinacionales francesas del agua, con su poder económico, están luchando contra las leyes protectoras; el reconocimiento explícito de tal derecho en el bloque de constitucionalidad podría ser bienvenido. Puesto que la idea no es popular en Francia, un estudio del derecho comparado con los estados latinoamericanos abrirá nuevas vías de reflexión, para tal vez un día, poder dar este salto.

PALABRAS CLAVE

Agua; Constitución; Derecho Comparado, Derecho Fundamental al Agua; Estados de América Latina y Francia; Jurisprudencia Constitucional.

INTRODUCTION

Contrairement à de nombreux Etats d'Amérique centrale ou d'Amérique du sud, la France ne consacre pas au rang constitutionnel un droit fondamental à l'eau. En France, l'accès permanent à une eau potable de qualité semble absolument normal à chacun de ses habitants et nul ne songe qu'il pourrait en être autrement, à part la minorité de personnes en situation de précarité extrême (environ 150 000 personnes sur 66 millions) qui, soit, se trouvent dans l'impossibilité de payer leurs factures, soit, n'ont aucun accès à un point d'eau potable faute de vivre dans un logement décent. Néanmoins, pour la très grande majorité des français avoir de l'eau chez soi à un prix raisonnable est une évidence et tant que les tarifs et la qualité demeureront convenables², l'idée de faire inscrire au rang constitutionnel un droit fondamental à l'eau s'apparentera à un caprice inutile.

Pour comprendre cette apathie française au regard du droit à l'eau, il est utile de revenir brièvement sur la gestion de l'eau potable en France, laquelle est organisée par les lois et règlements administratifs. Ce sont les communes³ qui, historiquement, se sont vu confier l'approvisionnement en eau des populations et son assainissement. La gestion du service public de l'eau est un service public industriel et commercial (SPIC) qui peut être assurée soit directement par la commune en

«régie», soit être déléguée par contrat à une société privée (affermage, concession, gérance ...). Or, depuis la fin du 20^{ème} siècle, la distribution et l'assainissement sont de plus en plus privatisés⁴, les collectivités locales se désengageant de ces derniers pour des raisons budgétaires, l'édiction de normes de qualité de plus en plus strictes rendant leur coût trop important pour nombre d'entre elles⁵. A tel point qu'à ce jour, 76 % des français sont desservis en eau potable par des entreprises privées, dont les 3 principales sont la SAUR Internationale (groupe Bouygues), le groupe Suez et le groupe Veolia. Trois multinacionales gèrent donc depuis plusieurs décennies l'essentiel du marché français de l'eau, multinacionales qui se sont ensuite «appuyées pour leur développement international sur les positions et la force de frappe acquise grâce à un marché français quasi «captif»»⁶.

Bien que la France n'ait pas encore reconnu le droit à l'eau en tant que droit fondamental de valeur constitutionnelle, elle instaure néanmoins certaines garanties d'un point de vue législatif, en lien ou pas avec les exigences de l'Union européenne. D'une part, les entreprises privées susnommées exercent leurs compétences dans le cadre d'un marché réglementé⁷. D'autre part, le législateur est intervenu ces dernières années afin de renforcer la protection des citoyens. C'est ainsi que la loi «Brottes» du 15 avril 2013 a modifié l'article L 115-3 du Code de l'action sociale et des familles. Elle interdisait initialement

2 - Bien qu'en France le coût de l'eau (7 % par an) augmente plus vite que le coût de la vie (5.8 % par an), le prix variant de 1.50 euro par m³ à 5.26 euros par m³ dans les communes les plus chères, *source ONEMA*.

3 - C'est une compétence traditionnelle depuis la Révolution française, mais elle n'a été officiellement consacrée que par la loi du 30 décembre 2006 et codifiée dans les articles L 2224-7 et L 2224-7-1 du code général des collectivités territoriales).

4 - Notons qu'il ne s'agit quand même pas d'une privatisation pure et simple car l'autorité publique demeure responsable de la qualité de l'eau et des investissements et garde la propriété des infrastructures.

5 - Mais pas seulement: en France l'émiettement des communes françaises les rend trop faibles pour porter seules le service public de l'eau (sauf en cas d'intercommunalité). En outre, comme le souligne O. Petitjean, « France : de la gestion privée à la remunicipalisation de l'eau ? », 2009, consultable in <http://www.partagedeseaux.info> – se pose l'épineux problème de la corruption et du financement occulte de la vie politique : « la passation de contrats de délégation étant un écran commode pour les transferts de fonds depuis les entreprises vers les partis ».

6 - *Op. cit.*

7 - Par exemple, elles ne fixent pas directement elles-mêmes le prix de l'eau.

aux fournisseurs d'électricité, de gaz et de chaleur de procéder à l'interruption de la fourniture dans une résidence principale (y compris par résiliation du contrat), pour non-paiement des factures, entre le 1er novembre et le 15 mars de l'année suivante⁸. S'agissant des distributeurs d'eau, cette interdiction d'interruption de fourniture d'eau est applicable tout au long de l'année. Donc, il est interdit par la loi de couper l'eau dans une résidence principale en raison du non-paiement des factures quelle que soit la saison.

Même si les français semblent correctement protégés par les lois, force est malheureusement de constater que les multinationales gérant le service des eaux usent de multiples procédés pour contourner ces dernières et priver les usagers de leurs droits. C'est la raison pour laquelle nous plaçons en faveur de la consécration au rang constitutionnel d'un droit fondamental à l'eau qui leur donnerait un argument fort pour se défendre contre ces dernières, mais aussi qui empêcherait l'Etat de faire de l'eau une banale marchandise aux mains du «grand capital». En ce sens, les expériences constitutionnelles des Etats sud-américains hispanophones nous paraissent très intéressantes et totalement aptes à servir de modèles pour faire évoluer la réflexion française, d'autant plus que la proximité des systèmes juridiques est grande. Nous verrons ainsi comment le droit fondamental a été inscrit au rang constitutionnel dans ces Etats (I) puis, quelle sont la définition et la protection qui ont été retenues (II).

1. LA CONSÉCRATION D'UN DROIT FONDAMENTAL À L'EAU EST NÉCESSAIRE

1.1. Une consécration textuelle possible

En France la doctrine fait souvent preuve de pessimisme

quant au droit fondamental à l'eau, déplorant sa consécration dans un faible nombre de textes constitutionnels. Certes, un seul Etat européen, la Slovénie, a inscrit dans son texte fondamental en novembre 2016 que «L'approvisionnement en eau de la population est assurée par l'Etat via les collectivités locales, directement et de façon non lucrative. Les ressources en eau sont un bien géré par l'Etat. Elles sont destinées en premier lieu à assurer l'approvisionnement durable en eau potable de la population, et ne sont à ce titre pas une marchandise». Pourtant dans le monde – et sauf erreur de notre part - 10 Etats africains⁹, 6, voire 8¹⁰ Etats sud-américains¹¹, un Etat asiatique¹² et un Etat océanien¹³ ont aussi fait un tel choix dans les années 2000/2010.

a) Les Etats sud-américains ayant inscrit le droit fondamental à l'eau dans leur Constitution.

Avant de présenter les énoncés retenus par les différents textes constitutionnels, il est intéressant de mettre en évidence quelques raisons ayant poussé les Etats à franchir le pas. Or, s'agissant du continent sud-américain, des motivations politiques, sociales et environnementales communes, parfois très éloignées de nos préoccupations occidentales (pour ne pas dire antinomiques à elles) peuvent être constatées.

La première tient au rôle joué par les institutions internationales quant à l'eau potable et à l'assainissement, lequel au-delà des avancées qu'il a permises, recèle aussi un côté obscur moins glorieux. N'oublions pas que la consécration d'un droit à l'eau potable ne plaît pas forcément à tous les Etats du monde et que, par exemple, si la résolution de l'Assemblée générale de l'ONU en date du 28 juillet 2010 avait été proposée par la Bolivie et une quarantaine d'Etats essentiellement du sud,

8 - Cet article a été modifié plusieurs fois depuis, d'abord par la loi du 17 août 2015, qui a étendu la période de protection du 1er novembre au 31 mars, puis par la loi du 7 octobre 2016, qui a inclus la fourniture d'internet et de téléphone dans les éléments visant à mettre en œuvre de façon effective le droit à un logement décent.

9 - Afrique du sud, article 27-1 de la Constitution de 1996 ; République démocratique du Congo, article 48 de la Constitution de 2008 ; Egypte, article 68 de la Constitution de 2012 ; Kenya, article 43 de la Constitution de 2010 ; Maroc, article 31 de la Constitution de 2011 ; Niger, article 12 de la Constitution de 1999 ; Ouganda, 14ème General social and economic objectives ; Somalie, article 27 ; Tunisie, article 44 de la Constitution de 2014 ; Zimbabwe, article 77 de la Constitution de 2013.

10 - D'une certaine façon on peut aussi ajouter les Constitutions du Guatemala et du Panama, qui, respectivement visent dans leurs articles 97 et 114 visent la protection de l'eau d'un point de vue environnemental.

11 - Bolivie, article 16-1 de la Constitution de 2009 ; Equateur, article 12 de la Constitution de 2008, Mexique, article 456 de la Constitution de 1917 modifié en 2012 ; Nicaragua, article 105 de la Constitution de 2005 ; République dominicaine, article 15 de la Constitution de 2010 ; Uruguay, article 23 de la Constitution de 2008.

12 - Maldives, article 23 de la Constitution de 2008.

13 - Fidji, article 32 de la Constitution de 2013.

122 Etats avaient voté pour et 41¹⁴ s'étaient abstenus¹⁵. Parmi eux, certaines grandes puissances occidentales en lien avec des multinationales concernées par le marché de l'eau. N'oublions pas, non plus, les pressions exercées sur les Etats pauvres par des institutions telles que le FMI et la Banque Mondiale, pour ne citer qu'eux. Il est ainsi de notoriété publique que l'un et l'autre consentent des prêts à ces derniers afin d'améliorer leur situation économique, en contrepartie de la privatisation des entreprises d'Etat et des services publics. L'argument avancé par les deux institutions internationales est, en effet, d'attirer les investissements des multinationales. Or, c'est précisément ce qui a provoqué la révolte de Cochabamba en Bolivie en 2000, également appelée «guerre de l'eau». A la demande de la Banque mondiale, la gestion du réseau d'approvisionnement en eau et d'assainissement de la ville de Cochabamba avait, en effet, été confiée à un seul soumissionnaire réunissant plusieurs multinationales. Le marché, qui devait s'étendre sur 40 ans, avait eu deux effets directs immédiats: détériorer la qualité de l'eau et faire augmenter son prix de façon scandaleuse¹⁶. Il faudra d'immenses et violentes manifestations pour que le Gouvernement accepte de mettre un terme prématurément au contrat. Ces privatisations des ressources naturelles (eau, mais aussi gaz et pétrole) de la Bolivie au profit de multinationales nord-américaines et européennes et les révoltes qu'elles ont engendrées seront le terreau de l'élection du socialiste et amérindien Evo Morales en 2005 et de la nouvelle Constitution de 2009¹⁷ qui réserve une place sans équivalent au droit fondamental à l'eau potable dans son texte. Cette pression exercée par les institutions internationales sur les pays du sud, ne concerne évidemment pas que la Bolivie et de nombreux auteurs s'accordent à dire qu'elle a indirectement provoqué une prise de conscience citoyenne plus larges en Amérique du sud, prise de conscience ayant parfois débouché sur des révisions constitutionnelles d'ampleur, incluant la reconnaissance du droit considéré¹⁸ ou l'adoption de lois le protégeant¹⁹.

La seconde raison tient donc à la mobilisation citoyenne, soutenue par de nombreuses ONG (voir M. Veber, 2013).

Mobilisation contre la privatisation, la marchandisation et la financiarisation des ressources naturelles, nous l'avons vu, mais aussi contre l'utilisation déraisonnable et polluante de cette ressource par les industries (notamment minières) au détriment des humains et de la nature. La question s'est par exemple douloureusement posée dans certaines régions semi désertiques du Chili où ni la Constitution, ni les lois ne protègent un accès prioritaire des humains à l'eau par rapport aux industries (voir F. Ayala Cea 2016).

Dans certains cas dramatiques, les populations, livrées par camions, ne pouvaient bénéficier que d'un tiers de litre d'eau par personne tous les 2 ou 3 jours, tandis que les entreprises prospéraient en utilisant les ressources en eau pour elles seules (F. Ayala Cea 2016) ... Cette indignation contre l'absence de priorité entre les besoins vitaux et ceux de l'économie s'est accompagnée d'une réflexion beaucoup plus vaste à laquelle les «communautés indigènes» ne sont pas étrangères. En effet, partout en Amérique du Sud les peuples premiers ont été parmi les plus touchés par les problèmes exposés ci-dessus, chassés de leurs terres ancestrales pour les besoins des industries ou autorisés à y rester mais dans les conditions fixées par elles et souvent avec une diminution ou une suppression de l'accès à l'eau. Ils sont à l'origine de nombreuses actions en justice dans chacun des Etats sud-américains, mais aussi devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme qui a pris une position tranchée dans un arrêt «*Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*»²⁰ en reconnaissant la vulnérabilité particulière des groupes indigènes dont le lien avec l'eau est non seulement vital –comme pour tous– mais aussi socioculturel (rites agricoles, médecines traditionnelles, protection de rivières ou cascades en raison de leur caractère sacré). Dans cette sentence la Cour a ainsi conclu que l'Etat paraguayen n'avait pas garanti le droit des membres de cette communauté à la propriété communautaire, les privant de ce fait du droit à une vie digne en ne leur permettant pas d'accéder à leurs moyens de subsistance traditionnels, pas plus qu'aux ressources naturelles nécessaires pour obtenir de l'eau limpide et pour pratiquer la médecine traditionnelle. Cette approche

14 - Arménie, Australie, Autriche, Bosnie-Herzégovine, Botswana, Bulgarie, Canada, Chypre, Croatie, Danemark, Estonie, Etats-Unis, Ethiopie, Grèce, Guyana, Irlande, Islande, Israël, Japon, Kazakhstan, Kenya, Lesotho, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, République de Corée, République de Moldova, République tchèque, République-Unie de Tanzanie, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Slovaquie, Suède, Trinité-et-Tobago, Turquie, Ukraine, Zambie.

15 - Aucune voix contre, mais on sait que l'abstention représente de facto une opposition.

16 - De presque rien à environ 20 % du revenu mensuel d'un ménage.

17 - Voir le préambule de la Constitution bolivienne qui fait directement référence à la guerre de l'eau.

18 - Voir par exemple l'Equateur ou l'Uruguay.

19 - Comme au Venezuela, loi de 2007 déclarant l'eau comme un bien public et essentiel pour la vie, pour le développement économique et l'éradication de la pauvreté.

20 - Sentence du 17 juin 2005.

de l'eau débouche logiquement sur des revendications encore plus larges en faveur de la défense de la nature, «personnifiée» dans la «Madre Tierra». Nous verrons ainsi que l'Equateur a été le premier Etat à reconnaître des droits à la nature en tant que sujet de droit.

Ces différents facteurs ont donc pesé sur le choix, pour les Etats considérés, de reconnaître explicitement dans leur Constitution un droit fondamental à l'eau. Il n'en demeure pas moins que les énoncés retenus sont loin d'être similaires et que la consécration a été faite de façon plus ou moins énergique et détaillée. Ainsi, la Bolivie l'a inscrit dans différents articles de son texte constitutionnel de 2009, montrant donc toute son importance. On le trouve en particulier dans deux articles de son chapitre relatif aux «Droits fondamentaux», à savoir l'article 16 al. 1 en vertu duquel «Toute personne a droit à l'eau et à l'alimentation. L'Etat a l'obligation de garantir la sécurité alimentaire, à travers une alimentation saine, adéquate et suffisante pour toute la population» et l'article 20 alinéas 1 et 3 qui énonce que «Toute personne a droit à l'accès universel et équitable aux services élémentaires d'eau potable ... L'accès à l'eau et à l'assainissement constituent des droits de l'homme, ne peuvent faire l'objet de concession ou de privatisation ...», mais aussi dans le chapitre consacré aux «Ressources hydrauliques» dans ses articles 373 al. 1 et 374 al. 1 selon lesquels «L'eau constitue un droit fondamental pour la vie dans le cadre de la souveraineté du peuple. L'Etat promouvra l'utilisation et l'accès à l'eau sur la base des principes de solidarité, complémentarité, réciprocité, équité, diversité et substantialité (...)» et «L'Etat protégera et garantira l'utilisation prioritaire de l'eau pour la vie (...)».

En Equateur, garantir sans discrimination la jouissance effective de l'eau - «élément vital pour la nature et l'existence des êtres humains» (article 318) - est l'un des devoirs primordiaux de l'Etat (article 3 al. 1). Le droit, quant à lui, est inscrit à l'article 12 de la Constitution de 2008, dans le chapitre relatif au «Bien vivre», en vertu duquel «Le droit de l'homme à l'eau est fondamental²¹ et indéfectible. L'eau constitue un patrimoine national stratégique d'utilisation publique inaliénable, imprescriptible, insaisissable et essentiel pour la vie», mais aussi dans l'article 15 al. 2 qui interdit que le développement de la souveraineté énergétique de l'Equateur se fasse au détriment de la souveraineté alimentaire ou du droit à l'eau. Dans le même chapitre, l'article 32 établit quant à lui une relation entre (le droit à) la santé et l'exercice d'autres droits dont le droit à l'eau et celui à l'alimentation. Plus loin,

dans le chapitre 6 relatif aux libertés, l'article 66 al. 2 affirme que sont reconnus et garantis aux personnes «le droit à une vie digne, qui assure la santé, l'alimentation, la nutrition, l'eau potable (...)». Enfin, l'article 282 prohibe toute accapuration ou privatisation de l'eau, cette dernière étant un patrimoine national stratégique d'usage public (article 318).

Au Mexique, l'article 4 al. 6 indique, quant à lui, que «Toute personne a droit à l'accès, à la disposition et à l'assainissement de l'eau pour sa consommation personnelle et domestique, de façon suffisante, salubre, acceptable et accessible». Au Nicaragua, l'article 105 de la Constitution de 2005 dispose que «L'Etat a l'obligation de promouvoir, faciliter et réguler la prestation des services publics de base relatifs à l'énergie, la communication, l'eau, le transport (...) et que l'accès à ces services constitue un droit inaliénable». En République dominicaine, c'est l'article 15 al. 1 de la Constitution (chapitre relatif aux ressources naturelles) qui énonce que «L'eau constitue un patrimoine national stratégique d'utilisation publique, inaliénable, imprescriptible, insaisissable et essentiel pour la vie. La consommation humaine d'eau a priorité sur n'importe quel autre usage (...)». Enfin, en Uruguay, pays sud-américain pionnier en la matière, c'est l'article 47 qui affirme depuis 2004 que «L'eau est une ressource naturelle essentielle pour la vie. L'accès à l'eau potable et l'accès à l'assainissement constituent des droits fondamentaux de l'homme», confiant aux seules personnes juridiques étatiques le service d'assainissement et de distribution d'eau potable.

Cela étant dit, l'inscription dans le texte constitutionnel de ce droit n'a pas été réalisée partout en Amérique du sud. Dans certains Etats, comme l'Argentine ou le Brésil, l'idée d'une révision constitutionnelle ne semble pas être à l'ordre du jour. Dans d'autres, comme le Pérou, la Colombie²² ou le Chili, cette dernière connaît des vicissitudes, les réformes étant amorcées, puis abandonnées, avant d'être éventuellement reprises... Même si ces hésitations sont critiquables, elles montrent malgré tout qu'une réflexion est conduite. Il n'en va pas forcément de même en France.

b) Une réflexion embryonnaire en France sur la nécessité de consacrer un droit fondamental à l'eau

La Constitution française de 1958 en tant que telle ne consacre que très peu de droits fondamentaux en faveur de ses citoyens. C'est grâce à l'œuvre prétorienne du

21 - En espagnol, la Constitution dit «fundamentalísimo» ce qui marque un superlatif.

22 - La révision constitutionnelle de 2016 a finalement été enterrée le 7 décembre 2016 par les parlementaires, sans que l'on sache si elle reprendra son cours en 2017.

Conseil constitutionnel et à sa décision fondatrice du 16 juillet 1971 (n° 71-44 DC) que la valeur constitutionnelle de son Préambule a été confirmée et que, par ricochet, les textes visés dans celui-ci se sont vus accorder un rang comparable. Ainsi, depuis lors, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (qui consacre des droits civils et politiques) et le Préambule de la Constitution de 1946 (qui consacre des droits économiques et sociaux) font partie des normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel ayant par ailleurs découvert 9 «principes fondamentaux reconnus par les lois de la République» (qui sont des droits innomés).

Cette liste a été complétée en 2005 par le constituant qui a choisi de réviser la Constitution afin que son Préambule se réfère également à un nouveau texte, la «Charte de l'environnement». Cette dernière contient 10 articles qui proclament divers droits et quelques devoirs, allant du principe de prévention (article 3), à celui de réparation (article 4), au principe de précaution (article 5), aux droits d'information et de participation en matière environnementale (article 7). Comme le note un auteur (Th-S Renoux et M. de Villiers, 2017), «l'idée du constituant (était) de prendre acte du «caractère procédural» du droit à l'environnement». Il n'est donc pas étonnant que le sujet de l'eau n'ait pas été abordé, que ce soit en tant que question environnementale ou - encore moins - en tant que droit fondamental! Comme s'il n'existait aucun souci à se faire en la matière!

Il serait tentant d'en conclure que les français sont totalement insouciant, mais cela serait néanmoins inexact. Certes la plupart d'entre eux n'ont aucune conscience du danger pesant au-dessus de leur tête, mais certaines associations très militantes comme *France Libertés* ou les «collectifs de l'eau»²³, par exemple, ont obtenu des avancées notables ces dernières années. Comme dans tous les Etats du monde, l'élévation au rang constitutionnel du droit fondamental à l'eau se heurte à des arguments fallacieux. Le premier d'entre eux déplore, ainsi, son caractère de droit à prestation, lequel met à la charge de la collectivité des obligations positives très coûteuses. Le second argument vise quant à lui le caractère vague et indéterminé d'un tel droit et donc son impossible concrétisation. Le troisième est économique, les opposants au droit à l'eau faisant valoir que sa reconnaissance aurait la double conséquence de rendre l'eau gratuite et/ ou d'exonérer les usagers de payer leurs factures. Evidemment l'ensemble de ces arguments est

aisément réfutable puisqu'il a de longue date été démontré que tous les droits, qu'ils soient libertés ou créances, imposent des actions positives premières ou secondes à l'Etat, en partie coûteuses et en partie non coûteuses.

En outre, le caractère vague d'une disposition n'a jamais constitué un problème puisque, d'une part, c'est un critère totalement subjectif, d'autre part, il est toujours possible de l'interpréter pour déterminer clairement sa signification. S'agissant enfin des arguments économiques, ils peuvent aussi être balayés car le but de la constitutionnalisation de ce droit n'a jamais été de proposer une gratuité de l'eau mais une protection des citoyens. Cette contre-argumentation n'a cependant pas produit les effets escomptés et les associations, ne pouvant faire bouger le constituant, ont donc choisi de viser un peu plus bas, en se bornant à demander une reconnaissance législative d'un droit humain à l'eau.

Contre toute attente, ces dernières ont été entendues par le Parlement français qui a commencé à voter une proposition de loi n° 2715 déposée à l'Assemblée nationale le 8 avril 2015 «visant à la mise en œuvre effective du droit humain à l'eau potable et à l'assainissement». L'exposé initial des motifs insiste sur le fait qu'en France le droit à l'eau potable n'est pas encore effectif pour tous en dépit de l'article L 210-1 du Code de l'environnement qui dispose que «chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable, dans des conditions économiquement acceptables par tous». Il souligne, en outre, qu'en dépit de ses obligations internationales, la France n'a toujours pas reconnu explicitement et en toutes lettres un droit fondamental à l'eau potable. Aussi, le Parlement est-il invité à le faire dans les meilleurs délais.

Cette proposition de loi prévoit donc la création d'un nouvel article L. 1314-1 dans le Code Général de la Santé, en vertu duquel il serait désormais inscrit que «Le droit à l'eau potable et à l'assainissement est un droit de l'homme garanti par l'État. Il comprend le droit, pour chaque personne: 1° De disposer chaque jour d'une quantité suffisante d'eau potable pour répondre à ses besoins élémentaires; 2° De disposer ou d'accéder aux équipements lui permettant d'assurer son hygiène, son intimité et sa dignité; 3° D'utiliser les services et réseaux d'assainissement dans des conditions compatibles avec ses ressources (...)».

23 - Il en existe des dizaines en France qui, tous, se battent en faveur des usagers de l'eau.

Cet article serait complété par un article L 1314-2 faisant obligation aux collectivités territoriales de mettre sur leur territoire des points d'eau gratuits et non discriminatoires destinés à l'accès public, ainsi que des toilettes et des douches publiques. Enfin, un article L 115-3-1 serait ajouté dans le Code de l'Action Sociale et des Familles selon lequel «Toute personne ou famille éprouvant des difficultés particulières, au regard notamment de son patrimoine, de l'insuffisance de ses ressources ou de ses conditions d'existence, a droit à une aide préventive de la collectivité pour disposer de l'eau potable nécessaire à ses besoins élémentaires, sans préjudice des dispositions sur l'aide curative résultant de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990. Sont considérées comme éprouvant des difficultés particulières au sens de cet article, les personnes ou familles dont les dépenses forfaitaires d'eau potable pour les besoins élémentaires dépassent 3% de leurs ressources disponibles, lorsque la consommation d'eau est de 50 m³ par an par unité de consommation».

Si les avancées semblent concrètes, on notera pour être tout à fait exacte que ce texte a bien été voté en première lecture par l'Assemblée nationale mais que le Sénat a seulement commencé à l'examiner en février 2017, alors que le mandat des parlementaires prendra fin en mai 2017. Il y a donc peu de chance que la loi soit adoptée avant les élections présidentielle et parlementaire du printemps 2017 et tout changement de majorité risque d'enterrer définitivement ce vote. L'affaire est donc à suivre, sans qu'il soit possible de faire preuve d'un grand optimisme car, dans l'ombre, les multinationales tentent de leur côté d'influer sur le travail parlementaire²⁴. En tout état de cause, cette consécration si elle aboutit un jour sera trompeuse car le droit, bien que dénommé fondamental par la loi, ne possèdera qu'une valeur législative qui ne liera pas le Parlement. Il reste à voir si la jurisprudence constitutionnelle peut être plus audacieuse que le Parlement.

2. UNE CONSECRATION PRETORIENNE EN CAS DE SILENCE DE LA CONSTITUTION

Remarquons immédiatement que les juges constitutionnels sud-américains ont fait preuve de beaucoup plus d'audace que le Conseil constitutionnel français.

2.1. Des jurisprudences constitutionnelles audacieuses en Amérique du Sud

Le silence de la Constitution n'est pas nécessairement synonyme d'un désintérêt des Etats relativement à la question de l'eau. D'une part, car souvent ceux-ci sont dotés de législations plus ou moins protectrices, comme c'est le cas en France par exemple. D'autre part, car il arrive que le juge constitutionnel ait lui-même donné valeur constitutionnelle à ce droit en faisant une interprétation amplifiante de la Constitution.

Bien qu'il ne soit matériellement pas possible de dresser une analyse exhaustive de chaque jurisprudence constitutionnelle, quelques points communs méritent d'être relevés. Ce qui frappe, ce sont les hésitations, les tâtonnements des juridictions constitutionnelles. Ainsi, des interrogations comparables sont apparues de chaque côté des Andes: sur quel fondement constitutionnel est-il possible de protéger ce droit? Faut-il le consacrer comme un droit autonome ou seulement comme un droit connexe ou dérivé d'autres droits fondamentaux?

S'agissant à proprement parler du fondement juridique, les juridictions constitutionnelles ont opté pour plusieurs solutions, en fonction de la rédaction de leur propre Constitution.

Ainsi, nombre d'entre elles contiennent une «*clausula abierta*» (clause ouverte) énonçant que la reconnaissance explicite des droits faite par la Constitution considérée (voire les traités internationaux) n'exclut pas la protection de droits de nature analogue dérivés de l'égalité des personnes et des peuples ou de la dignité humaine. C'est en se fondant sur cette clause que les juridictions constitutionnelles bolivienne et péruvienne ont par exemple reconnu le droit fondamental à l'eau. En effet, alors que la Constitution bolivienne de 1967 (révisée en 1994 et 2004) ne mentionnait pas le droit à l'eau dans son catalogue de droits fondamentaux, le Tribunal constitutionnel plurinational a mobilisé son article 35 sur «*les droits non énumérés*» pour développer une jurisprudence avant-gardiste et protectrice au début des années 2000.

Ainsi, la première sentence à avoir fait référence au droit à l'eau date de 2001²⁵, le Tribunal ayant interdit que les

24 - Comme le note F. Lérique, «Un droit social qui ne coule pas de source : le droit à l'eau», *Revue de droit sanitaire et social*, 2015, p. 1097: «le projet de loi sur la transition énergétique, via un amendement déposé au Sénat, prévoyait de revenir sur la disposition de l'article L 115-3 du CASF en autorisant les coupures pour les consommateurs indécents de mauvaise foi».

25 - 14 décembre 2001, n° 1332/01-R. Sur la question, v. J.-O. Mostajo Barrios, «El derecho humano al agua : su reconocimiento y contenido», *Revista Boliviana de Derecho Nacional y Internacional*, 2016, consultable in <http://desa1.cejamerica.org>

fournisseurs privés puissent inscrire dans leurs contrats un droit unilatéral de couper l'eau (et donc de se faire justice eux-mêmes) si l'unique faute reprochée était le non-paiement des factures. Puis, dans cette période, la sentence n° 659/2002-R du 7 décembre 2002 a donné corps à ce nouveau droit fondamental en établissant une relation entre celui-ci, la vie, la sécurité et la santé (et donc la prohibition des coupures d'eau). Au Pérou, le juge constitutionnel a procédé de manière comparable dans les sentences de principe n° 6534-2006-PA/TC y n° 6546-2006-PA/TC (publiées en 2007), se fondant sur l'article 3 de la Constitution relatif aux «*droits fondamentaux non énumérés*», pour reconnaître l'existence du droit fondamental à l'eau.

Il est également possible que la «*clause des droits non énumérés*» n'ait pas servi de fondement direct au développement de la jurisprudence sur l'eau, la fondamentalité de ce droit ayant été déduite de sa connexité avec d'autres droits fondamentaux explicites. On retrouve ce schéma en Colombie où la juridiction constitutionnelle a longuement tâtonné, rendant les systématisations doctrinales difficiles²⁶. Par exemple, si la sentence T 578/92 est considérée comme la première à avoir pressenti l'existence d'un droit fondamental à l'eau en énonçant que «*l'eau constitue une source de vie (...) et que le service public d'aqueduc et d'assainissement, dans la mesure où il affecte la vie des personnes (CP art. 11), la salubrité publique (CP arts. 365 y 366) ou la santé (CP art. 49), est un droit constitutionnel fondamental*», celles rendues la même année se montrent beaucoup plus réservées²⁷.

Au final, plusieurs périodes peuvent être grosso modo distinguées. Dans la première, allant de 1993 à 1999, la Cour a développé le concept de droit fondamental par connexité, ce dernier étant «*un droit qui n'apparaît pas en tant que tel dans la Constitution, chapitre 1, paragraphe 2, relatif aux droits constitutionnels fondamentaux mais qui est considéré comme tel en vertu de son lien intime et incontestable avec ceux-ci*». Les sentences ont alors surtout insisté sur le lien existant entre l'accès à l'eau potable et la préservation de droits comme celui à la vie, à la santé ou à l'égalité, afin de l'inclure dans le champ d'application de la procédure de tutelle. La période suivante, de 2000 à 2010, s'apparente quant à elle à une période de consolidation de la jurisprudence antérieure, la Cour restreignant le caractère fondamental du droit aux

cas où l'eau potable est utilisée pour la consommation humaine.

Enfin, à partir de 2011, la jurisprudence devient plus ferme, puisque la sentence T 55/11 a reconnu «*que l'eau apte à la consommation humaine est un droit fondamental, tout comme le caractère essentiel du service d'aqueduc en tant que moyen d'accès à l'eau potable*». On notera dans ce pays une sorte d'inversion des valeurs puisqu'au départ le droit à l'eau a été perçu comme connexe à des droits fondamentaux explicites, avant d'être reconnu en tant que tel, puis d'être perçu (dans sa dimension «*accès à l'eau potable*») comme «*un droit fondamental duquel dépendent les autres droits*» (v. sentence T 541/13 du 16 août 2013).

Dans tous les cas, l'œuvre prétorienne des juges constitutionnels est à la fois justifiée et finalisée par les textes mêmes des Constitutions qui lient la raison d'être de l'Etat «*à la défense de la personne humaine et au respect de sa dignité*» (Pérou), «*au service de la communauté, à la promotion de la prospérité générale et à la garantie de l'effectivité des principes, droits et devoirs consacrés dans la Constitution (...)*» (Colombie), «*à la garantie sans discrimination aucune de la jouissance effective des droits établis dans la Constitution et les instruments internationaux, en particulier l'éducation, la santé, l'alimentation, la sécurité sociale et l'eau (...)*» (Equateur).

Enfin, l'influence des traités internationaux sur l'interprétation des articles constitutionnels n'est pas à négliger car les juridictions s'en sont souvent inspirées pour développer leur jurisprudence sur l'eau, comme le montrent les sentences péruviennes ou colombiennes par exemple. La juridiction de Colombie, comme l'y invite l'article 93 de sa Constitution, dans une sentence T 740/11 a ainsi vu dans l'Observation Générale n° 15 de 2002 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels «*une des plus grandes avancées dans la reconnaissance du droit à l'eau en tant que droit humain*», ne manquant pas de s'en inspirer pour donner en droit constitutionnel un contenu essentiel au droit considéré. Nous y reviendrons.

D'une façon générale, et quel que soit l'Etat considéré, on ne peut pas nier le rôle innovant et moteur que les juges ont pu jouer quant à la reconnaissance du droit fondamental à l'eau, lequel vient souvent pallier l'inertie

26 - En ce sens, les différences de présentation de la jurisprudence d'un auteur à l'autre. G. Lopez Daza, «*Constitution et droits sociaux*», *Ann. Int. Just. Const.*, 2015, p. 203.

27 - Sur la question, G. Dario Isaza Cardoso, *El derecho al agua y el mínimo vital en el marco del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia*, Trabajo presentado para optar al título de magister en derecho administrativo, Universidad colegio mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de jurisprudencia, Bogotá, 2014, consultable in <http://repository.urosario.edu.co>

des constituants ou des législateurs, pour ne pas dire leur servir de prétexte pour ne pas franchir le pas d'une révision constitutionnelle. Alors que toute révision de la Constitution fédérale semble dépourvue d'actualité, la Cour Suprême de la Nation Argentine dans un jugement en date du 2 décembre 2014 a elle aussi adopté une position tranchée et fondatrice en la matière, en faisant valoir que «*l'accès à l'eau est un droit humain essentiel, et donc pas une marchandise, imprescriptible, inaliénable (non vendable) et indivisible. C'est un bien commun*». En outre, certaines provinces argentines étant touchées par des problèmes de contamination à l'arsenic, la Cour a souligné qu'il entre dans la compétence des Etats fédérés de procurer obligatoirement une eau potable et sure aux habitants²⁸.

2.2. Une jurisprudence constitutionnelle en demie teinte en France

Qu'on ne s'y trompe pas. En dépit des lois et des belles paroles des distributeurs d'eau –qu'ils soient publics ou privés– ces derniers n'hésitent pas à bafouer impunément les droits des usagers et les juges ordinaires (judiciaires et administratifs) ont fort à faire. Ainsi les associations militantes ont montré qu'en dépit de l'interdiction énoncée dans l'article L 115-3 du Code de l'Action Sociale et des Familles de couper l'eau dans une résidence principale pour non-paiement des factures, les distributeurs continuent ponctuellement à le faire en estimant que quelqu'un qui ne paie pas sa facture est forcément de mauvaise foi, à charge pour ladite personne de démontrer que tel n'est pas le cas²⁹.

Mais d'autres pratiques, plus sournoises, sont aussi utilisées. La première consiste à réduire drastiquement le débit d'eau (à faire du «lenticillage», donc). Or, cela est aussi interdit en France car une telle réduction ne permet pas de vivre dignement³⁰. La seconde consiste quant à elle à infliger des amendes aux mauvais payeurs, cette sanction n'étant nulle part prévue par la loi. Comme ont pu le claironner certains services de recouvrement de Veolia

et de la SAUR, «nous imposons notre propre loi», toutes les pratiques étant bonnes pour récupérer les sommes dues immédiatement et en intégralité, le tout augmenté de frais de coupures ou de réduction de débit exorbitants.

Le combat fait donc rage en France entre les distributeurs et les usagers, les textes de loi étant pris en otage entre les interprétations qu'en font les uns et les autres. C'est ainsi qu'en 2015 la SAUR a formé une question prioritaire de constitutionnalité (QPC³¹) contre l'article L 115-3 du Code de l'Action Sociale (dans sa version de 2013), mettant ouvertement en cause sa constitutionnalité. Plus exactement, elle soutenait que «les dispositions contestées, en interdisant aux distributeurs d'eau d'interrompre la fourniture du service pour défaut de paiement, même en dehors de la période hivernale, sans prévoir de contre-partie et sans que cette interdiction générale et absolue soit justifiée par la situation de précarité des usagers, ne sont pas justifiées par un motif d'intérêt général et, dès lors, méconnaissent la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre».

Malheureusement pour la SAUR, dans la décision n° 2015-470 QPC du 8 avril 2015, le Conseil constitutionnel n'a pas fait droit à ces arguments, en jugeant le contraire sur le fondement des alinéas 10 et 11 du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'objectif de valeur constitutionnelle de «*la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent*». Il a ainsi considéré

...qu'en interdisant aux distributeurs d'eau d'interrompre la distribution d'eau dans toute résidence principale tout au long de l'année pour non-paiement des factures, le législateur a entendu garantir l'accès à l'eau pour toute personne occupant cette résidence; qu'en ne limitant pas cette interdiction à une période de l'année, il a voulu assurer cet accès pendant l'année entière; qu'en prévoyant que cette interdiction s'impose quelle que soit la situation des personnes titulaires du contrat, il a, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi du 15 avril 2013 susvisée, entendu s'assurer qu'aucune personne en situation de précarité ne puisse être privée d'eau; que le législateur, en

28 - Sur la question, v. A. Faccendi, «Un fallo de la corte suprema de la nacion argentina reconoce el derecho al agua», consultable in www.rampredre.net

29 - Ce qui est concrètement impossible puisqu'il n'existe pas de services clients à qui s'adresser, mais uniquement des services de recouvrement !

30 - Voir par exemple l'arrêt de la Cour d'Appel de Versailles, n° 15/03339 du 4 mai 2016.

Comme partout dans le monde, trop peu d'eau ne permet pas de boire, de se laver, de cuisiner. Mais en plus, les normes occidentales du confort étant particulièrement élevées, manquer d'eau c'est aussi ne pas pouvoir utiliser sa machine à laver le linge, voire son système de chauffage (ce qui est problématique dans un pays où les hivers sont rigoureux). Pour l'anecdote, on estime en France qu'il faut 49 litres d'eau pour prendre une douche et qu'avec un «lenticillage» de l'installation la personne concernée mettrait plus de 2h30 à se laver !

31 - Article 61-1 de la Constitution: «Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé».

garantissant dans ces conditions l'accès à l'eau qui répond à un besoin essentiel de la personne, a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent.

Nous reviendrons en détail plus loin sur les arguments avancés par la seule et unique décision constitutionnelle relative au droit à l'eau en France à ce jour. Nous nous bornerons pour l'instant à relever que cette décision a été très bien reçue par les associations de consommateurs qui ont vu en elle une avancée de premier ordre dans la mesure où elle conforte le dispositif prévu par l'article L 115-3 du CASF et bat en brèche les libertés contractuelle et d'entreprendre. Pour autant il est permis d'être plus nuancé car le Conseil constitutionnel a pris grand soin de ne pas employer l'expression «droit fondamental» pour désigner le droit d'accès à l'eau. S'il «assimile ainsi la garantie du droit d'accès à l'eau – et donc le droit à l'eau en lui-même – à un besoin essentiel de la personne» (F. Lericque, 2015), il rattache celui-ci à l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent.

Or, en France, un objectif de valeur constitutionnelle (OVC) n'est pas un droit fondamental. Cette catégorie est assez difficile à cerner car elle n'est pas consacrée par la Constitution et n'a pas fait l'objet d'une définition par le Conseil constitutionnel qui n'a jamais expliqué les conditions lui permettant de reconnaître de tels objectifs. On s'accorde à retenir la définition qu'en propose P. de Montalivet (2006) dans sa thèse selon qui les OVC «sont des buts constitutionnels vers lesquels doit tendre l'action du législateur en vue d'une plus grande effectivité des droits et libertés constitutionnels». Ils traduisent ainsi l'idée que l'effectivité de ces derniers est conditionnée par un certain nombre d'obligations positives pesant sur les pouvoirs publics. Parmi tous les OVC reconnus, tous ne sont pas justiciables de la QPC qui, rappelons-le, ne peut être formée qu'à l'encontre des dispositions législatives qui portent atteinte «aux droits et libertés que la Constitution reconnaît»³². En l'occurrence tel est bien le cas pour l'OVC relatif au logement décent et, par ricochet, l'accès à l'eau. Mais, cette consécration de l'accès à l'eau en tant qu'OVC ne doit pas tromper elle n'a pour conséquence pratique de que de justifier, renforcer et légitimer l'action du législateur en faveur des usagers de l'eau. Un tel OVC n'est pas mobilisable par ces derniers contre les distributeurs dans un procès ordinaire, devant le juge administratif ou devant le juge judiciaire. Ceci car telle n'est pas la vocation d'un OVC qui n'est qu'un but assigné implicitement par la Constitution au législateur et

non un droit subjectif de défense ou un droit créance.

Dans sa grande majorité, la doctrine française s'est interrogée sur la pertinence d'une telle consécration. Pourquoi avoir adossé le droit d'accès à l'eau au droit au logement décent dans la mesure où rien ne l'imposait ? Pourquoi ne pas l'avoir fait découler du droit constitutionnel à la dignité humaine ce qui lui aurait donné une véritable force ? La décision du Conseil constitutionnel ne fournit aucune explication sur ce point, comme si le juge avait voulu ménager la chèvre et le chou, autrement dit les usagers et la susceptibilité de multinationales françaises très rentables. En outre, comme le relève F. Lericque (2015), il n'est pas évident qu'un tel choix «constitue une garantie suffisante pour le droit à l'eau» qui ne s'applique qu'à condition que le droit au logement, lui-même simple OVC, soit effectif. Or, c'est loin d'être le cas en France, surtout dans les zones où le marché du logement est tendu. En d'autres termes, le droit à l'eau a fait son entrée dans le droit constitutionnel français par une toute petite porte. C'est la raison pour laquelle il est particulièrement utile de poursuivre cette étude en regardant de quelle façon le droit fondamental à l'eau a pu être appréhendé par les juridictions constitutionnelles sud-américaines afin de montrer qu'il est possible de donner un contenu essentiel substantiel à celui-ci qui permet de protéger les usagers de l'eau.

3. QU'EST-CE QUE LE DROIT FONDAMENTAL A L'EAU?

Si la consécration au rang constitutionnel du droit à l'eau ne fait pas l'unanimité c'est évidemment en raison de la difficulté à cerner son contenu essentiel, les obligations qu'il met à la charge des Etats et leur coût, tout comme ses répercussions plus larges sur la protection des autres droits fondamentaux ou sur l'économie. En effet, le but de cette élévation normative ne peut pas se limiter à reconnaître l'existence de l'eau, ni à lui rendre un hommage constitutionnel... Il faut donc que les constituants et les juridictions constitutionnelles s'engagent... Le but des développements suivants est donc d'analyser les solutions retenues en Amérique du sud afin de voir si ces dernières pourraient, de façon prospective, servir d'exemples à la France.

3.1. Quelle définition pour l'eau?

Il est intéressant de relever que les Etats sud-américains ne se sont pas bornés à essayer de conceptualiser le droit fondamental à l'eau, mais se sont pour beaucoup attachés à donner une définition de ce liquide, laquelle est loin

32 - Article 61-1 de la Constitution française.

d'être neutre. On retrouve essentiellement 3 façons de la décrire, lesquelles peuvent être ou non cumulatives en fonction des Etats.

L'eau est tout d'abord appréhendée comme une ressource naturelle vitale et essentielle pour les humains et la nature. Les Constitutions de la Bolivie, de l'Equateur ou de l'Uruguay l'énoncent sans l'ombre d'une ambiguïté, tandis que les jurisprudences constitutionnelles des Etats où le droit fondamental n'est pas explicitement reconnu, procèdent de même. La Cour constitutionnelle colombienne, dans une sentence de 2007, T 270/07 (à laquelle le Tribunal constitutionnel bolivien se plaît à faire référence très régulièrement dans ses propres décisions) a ainsi conclu que «*l'eau est une ressource naturelle limitée et un bien public fondamental pour la vie et la santé*». Il y a un consensus sur ce point qui ne paraît pas faire débat.

Mais, plus précisément, c'est l'eau potable qui est implicitement ou expressément visée en tant qu'élément vital. Il découle de cela plusieurs conséquences, comme nous le verrons, tant pour l'Etat qui se voit assigner un certain nombre d'obligations positives -dont celle de l'assainissement- que dans la priorité donnée aux usages de cette eau. Ainsi, c'est l'eau potable pour la consommation humaine qui est protégée et non pour l'agriculture (sauf si l'eau est nécessaire à une agriculture traditionnelle de subsistance), le commerce ou l'industrie. A ce sujet il n'est pas rare que les textes constitutionnels ou les jurisprudences établissent une priorité absolue des besoins humains en eau sur ceux des industries, a fortiori des industries privées. En ce sens la Constitution de la République dominicaine est particulièrement emblématique en ce qu'elle énonce que «*La consommation humaine d'eau a priorité sur n'importe quel autre usage*».

Enfin, bien que cela ne soit pas consensuel partout, on retrouve dans un certain nombre de Constitutions ou de jurisprudences une définition économique de l'eau, voyant dans celle-ci «*un bien public inaliénable*» ou «*un patrimoine stratégique national*». Sur ce point, notons malgré tout que la notion de «bien public» peut ne pas

revêtir la même signification ou la même portée en fonction des pays. L'idée souvent sous-jacente est de refuser de considérer l'eau comme une banale marchandise et donc de s'opposer à une appropriation de cette dernière par des entreprises privées, l'Etat (ou assimilé) devant directement orienter, diriger et gérer l'eau. Il en est ainsi en Equateur où la Constitution est très protectrice, l'eau étant appréhendée comme un bien collectif, propriété de la société et ne pouvant faire l'objet d'un quelconque négoce ou, pire, d'une privatisation.

Mieux, l'idée de patrimoine stratégique national, va jusqu'à imposer à l'Etat d'en faire une gestion raisonnée afin de préserver les intérêts des générations futures. A l'opposé, le Chili s'inscrit, quant à lui, dans une problématique très différente. En 2016, des réformes du Code des eaux et de la Constitution se sont heurtées à de vives réactions des lobbys agricoles et industriels (les mines en particulier) contre la reconnaissance de l'eau en tant que bien public³³ ou contre l'introduction d'une priorité en faveur des usages humains et domestiques (Segovia M., 2016). Si les deux réformes n'ont pas totalement échoué, elles n'ont pu conduire qu'à l'adoption de mesures en demies teintes, sur lesquelles l'année 2017 devrait offrir une meilleure lisibilité.

En France, les choses sont très différentes. Ni la Constitution, ni le Conseil constitutionnel n'ont donné une définition de l'eau, la décision n° 2015-470 QPC ne prenant même pas la peine d'insister sur le fait que l'accès à l'eau est un accès à de l'eau potable. Par ailleurs, les réflexions au rang constitutionnel ne sont pas suffisamment avancées pour deviner si un jour le Conseil constitutionnel risquerait ou pas de consacrer la priorité des besoins humains en eau sur ceux des industries. Quant à la qualification de l'eau en tant que «bien public», il y a de très fortes chances que le juge constitutionnel la rejette ne serait-ce que pour éviter de mettre la France en porte à faux quant à l'Union européenne qui, bien qu'elle ait affirmé hypocritement dès la Directive cadre de 2000³⁴ que «l'eau n'est pas un bien marchand comme les autres mais un patrimoine qu'il faut protéger, défendre et traiter comme tel», est loin de se montrer hostile à une privatisation des marchés de l'eau³⁵. Et pourtant, il existe

33 - Les industries minières, en particulier, se sont offusquées du fait que leur droit de propriété perpétuel sur l'eau deviendrait une concession temporaire, les obligeant à informer et à solliciter des permis pour utiliser les eaux, avec de surcroît des clauses environnementales à respecter.

34 - Directive établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau n° 2000/60/CE.

35 - Ainsi, la privatisation des services de l'eau, notamment en Grèce et au Portugal, est l'une des conditions imposées dans le cadre des plans de sauvetage des années 2010. Or, en adoptant une telle position, la Commission européenne enfreint certains articles du TUE prévoyant sa neutralité concernant le régime de propriété des services de l'eau. Le Parlement européen semble quant à lui plus sensibilisé quant à la nécessité de reconnaître un droit humain à l'eau. Voir A. Poydenot, « Les organisations continentales et le droit à l'eau », consultable in <http://www.rampredre.net>.

un mouvement citoyen dans l'Union européenne et en France très militant, exigeant que l'eau soit officiellement reconnue par les Etats et les traités de l'UE comme un bien public, afin que cessent les privatisations.

3.2. Où inscrire le droit fondamental à l'eau dans les textes constitutionnels?

Dans les Constitutions sud-américaines, l'eau n'est pas forcément traitée dans des chapitres comparables d'un Etat à un autre et, au sein d'un même texte, elle peut être ou pas visée par un ou plusieurs chapitres. Or, l'organisation d'une Constitution n'est jamais anodine en fonction de ce que l'Etat veut mettre ou non en avant, et le classement de tel ou tel droit fondamental peut avoir des conséquences directes sur sa protection.

On constate que lorsque les Constitutions ne consacrent pas un droit fondamental à l'eau en tant que tel, il n'est pas rare que l'eau soit quand même visée dans un titre ou un chapitre relatif à l'environnement. Il en est ainsi au Guatemala où l'article 97 «*Environnement et équilibre écologique*» impose aux autorités publiques d'adopter toutes les normes nécessaires pour garantir que l'utilisation et l'exploitation de la faune, de la flore, de la terre et de l'eau se fassent de façon rationnelle et sans gaspillage. Au Panama, l'article 114 situé au chapitre relatif au «*Régime écologique*» affirme que le devoir fondamental de l'Etat est de garantir que l'air, l'eau et les aliments satisfassent au développement adéquat de la vie humaine. Mais ce n'est pas toujours le cas, puisque la Constitution colombienne qui ne vise l'eau que dans son article 366, le fait dans le chapitre relatif à la «*Finalité sociale de l'Etat et des services publics*», lequel met à sa charge le soin d'apporter des solutions aux «*besoins insatisfaits de santé, d'éducation, d'assainissement et d'eau potable*» de la population.

Dans les autres Constitutions, les consécutions diffèrent. En République dominicaine, c'est l'article 15 sur les ressources en eau, situé dans le chapitre sur les «*Ressources naturelles*» qui définit l'eau et donne priorité à la consommation humaine sur n'importe quelle autre utilisation. En revanche, au Mexique et en Bolivie, le droit fondamental à l'eau figure en début de Constitution, respectivement dans le chapitre «*Droits de l'homme et garanties*» et «*Droits fondamentaux*». Dans ce dernier pays, il est révélateur de son importance que le droit à l'eau soit inscrit avant même les droits civils et politiques. En Equateur, il apparaît dans le chapitre consacré au

«*Buen vivir*», littéralement au «*Bien vivre*».

Le cas de l'Equateur mérite de plus amples explications car la démarche de ce petit Etat est très originale. Le préambule de la Constitution de 2008 explique ainsi que ce dernier a décidé de mettre en place une nouvelle forme de coexistence urbaine, en harmonie avec la nature, pour réaliser le «*Bien vivre*» (Hermosa Quishpe J.-D, 2014). Cette conception provient d'un constat implacable, également réalisé dans la Constitution bolivienne : le caractère insoutenable des modèles de développement économiques proposés par les sociétés de type occidental, le changement climatique et la très forte disparité des richesses. Elle trouve son origine dans les structures des sociétés indigènes ancestrales, elles-mêmes sous-tendues par une volonté de «*bien vivre*», mais «*pourrait tout aussi bien rejoindre les philosophies universelles aristotéliennes, marxistes, féministes, coopérativistes ou humanistes*»³⁶.

Elle implique donc que le développement économique ne soit pas le seul objectif à poursuivre, les équatoriens pouvant aussi prétendre vivre dans un environnement sain, écologiquement équilibré et sur la base d'un développement durable, le tout incluant non seulement un respect de la «*mère Terre*», mais aussi des droits à bien s'alimenter, à bien dormir, à danser ... Elle implique également une idée étrangère à nos modes de raisonnement occidentaux, selon laquelle nul ne peut gagner si tout le monde ne gagne pas également.

En conséquence de quoi, la Constitution de l'Equateur débute par un chapitre consacré aux «*Droits du bien vivre*», lequel regroupe le droit à l'eau et à l'alimentation, le droit à un environnement sain, le droit à la communication et à l'information, le droit à la culture et à la science, le droit à l'éducation, le droit au logement et le droit à la santé. Ces derniers possèdent une valeur équivalente à tous les autres droits, toute hiérarchisation au sein du texte constitutionnel ayant été refusée de façon explicite.

3.3. Quels titulaires pour le droit fondamental à l'eau?

Déterminer les titulaires du droit fondamental à l'eau est moins aisé qu'il n'y paraît en première analyse.

Bien sûr, la personne humaine, qu'elle soit masculine ou féminine, quel que soit son âge, en est la première bénéficiaire, sans qu'il n'y ait aucune équivoque ou débat sur ce point. Le droit fondamental à l'eau est d'abord un

36 - Acosta, Vivir bien paradigma no capitalista, 2011, p. 190, cité par Hermosa Quishpe Jenny Daniel, ibid, p. 80.

droit de l'individu. Il reste malgré tout à se demander, si certaines d'entre eux ne sont pas prioritaires par rapport à d'autres? Un rapide tour d'horizon des jurisprudences montre que tel peut bien être le cas dans certains Etats où les plus vulnérables comme les enfants, les personnes malades ou les personnes âgées voient leur droit fondamental à l'eau particulièrement protégé³⁷, ce qui correspond aux exigences internationales.

Une catégorie de population doit également être considérée à part: celle des indigènes à qui les Constitutions équatorienne et bolivienne, en particulier, réservent une place particulière. Considérés comme des peuples premiers de paysans, dont l'existence et la présence en Amérique du sud est bien antérieure à celles des colonisateurs, leurs traditions et droits ancestraux se voient reconnus et dotés d'une protection spéciale. Ce sont ainsi des visions particulières de la vie, de la société, de la propriété, de la cosmovision qui se trouvent prises en compte par les textes fondamentaux, à 1000 lieues de nos considérations françaises refusant tout communautarisme.

Or, s'agissant de l'eau, l'approche des populations indigènes diffère radicalement de ce que nous connaissons, ne serait-ce que dans l'appréhension culturelle du précieux liquide. A ce sujet, les juridictions ont généralement adopté des positions protectrices, comme a pu le faire le Tribunal constitutionnel bolivien dans la sentence n° 156/2010-R du 17 mai 2010 dans laquelle il a énoncé que le droit à l'eau est à la fois un droit individuel et un droit communautaire collectif, aucun de ces deux aspects ne pouvant prévaloir sur l'autre ou être considérés comme contradictoires. S'agissant de son aspect collectif, celui-ci tire sa protection des chapitres relatifs aux «*Droits des nations et peuples indigènes premiers*» et appelle des jugements en conformité avec leurs formes d'organisation et leurs conceptions culturelles propres. C'est ainsi que pour les indigènes vivant d'une agriculture de subsistance, le droit fondamental à l'eau peut englober le droit d'irriguer leurs cultures afin de pouvoir s'alimenter (alors que normalement il n'est pas applicable aux activités agricoles «normales»).

Enfin, relevons d'une façon encore plus originale par rapport à nos conceptions occidentales, que l'Equateur est le premier Etat au monde à avoir reconnu l'eau comme un droit de la nature. Dans cette approche, il est considéré que l'eau possède une valeur intrinsèque qui dépasse sa simple utilité pour les êtres humains ou la valeur que ces

derniers consentent à lui accorder. Ce droit trouve ses origines dans les luttes ayant secoué ce pays quant au saccage de la nature notamment par les activités d'extraction de matières premières comme le pétrole. Ainsi, les articles 71 et suivants de la Constitution proclament que cette dernière (appelée *Pacha Mama*) a le droit à ce que soient respectés intégralement le maintien et la régénération de ses cycles vitaux, de ses structures, fonctions et processus évolutifs et donc les cycles de l'eau, la protection des sources et la qualité des eaux. Toute personne, communauté ou peuple peut exiger des autorités publiques l'accomplissement des droits de la nature, en particulier la restauration concrète de celle-ci et, en amont, l'organisation de mesures pour la protéger et restreindre les activités susceptibles d'altérer les écosystèmes.

En France, une lecture *in fine* de la décision n° 2015-470 QPC montre que le Conseil constitutionnel a confirmé que le législateur était fondé à protéger l'accès à l'eau des individus. Il serait impossible dans ce pays qu'une jurisprudence naisse sur les droits des communautés ou des minorités car la Constitution actuelle interdit formellement de le faire, la France ne connaissant que le «peuple français» selon une vision égalitariste héritée de la Révolution. Quant à la consécration de droits constitutionnels en faveur de la nature sujet de droit, cette conception est si éloignée du mode de pensée occidental voyant dans cette dernière un ennemi à dompter, qu'elle serait tout simplement écartée, voire bêtement moquée.

3.4. Le droit fondamental à l'eau, un concept difficile à cerner

Ce qui frappe à la lecture des différentes Constitutions ou jurisprudences constitutionnelles, c'est la difficulté que les constituants et les juges, mais aussi la doctrine, ont eu pour cerner ce qu'est le droit fondamental à l'eau. Un point ne fait cependant pas débat : le fait que sa fondamentalité découle de son inscription dans des textes de valeur supra-législative, s'imposant donc à l'ensemble des pouvoirs publics et, plus largement, aux personnes privées (le caractère horizontal de ce droit, ne paraissant faire de doute nulle part).

a) Des dispositions constitutionnelles sources d'incertitudes

Aussi précise que puisse être une disposition constitutionnelle, elle recèle néanmoins toujours une part d'inconnu que l'interprétation doit révéler. S'agissant du

37 - Voir en particulier la Colombie.

droit fondamental à l'eau, c'est la nature de ce droit qui a pu poser difficulté à la doctrine et aux juges: s'agit-il d'une liberté ou d'un droit social, d'un «droit de» ou d'un «droit à» ...? De prime abord la question pourrait paraître uniquement théorique, mais elle a de véritables implications concrètes quant au rôle de l'Etat. Ce dernier peut-il se borner à en reconnaître l'existence et à seulement s'engager à ne pas y porter atteinte? Ou, au contraire, une fois la reconnaissance effectuée, a-t-il des obligations positives? Cette question a été centrale un peu partout car la véritable difficulté est d'ordre financière.

La théorie générale des droits fondamentaux a permis à la doctrine, notamment en référence aux travaux de Robert Alexy (1993), de dépasser ces hésitations et de proposer une solution. Il a ainsi été montré que le droit à l'eau met à la charge des Etats 3 types d'obligations que les individus peuvent lui opposer en fonction du problème qui se présente à eux. La première est bien entendu une obligation négative de le respecter, une fois celui-ci consacré. L'idée principale est que personne ne puisse être privé de la quantité journalière d'eau potable nécessaire à la satisfaction de ses besoins fondamentaux. En conséquence, les Etats doivent s'abstenir de faire quoi que ce soit qui restreigne ou empêche l'accès à l'eau potable, y compris de polluer les ressources en eau. Elle va de pair avec l'obligation de ne pas faire ou de permettre, directement ou indirectement, des discriminations dans l'accès à l'eau. Enfin, la troisième est une double obligation positive.

Elle se résout, d'abord, dans l'adoption d'une législation protectrice afin de rendre l'exercice du droit effectif, par exemple en interdisant que des tiers (personnes privées ou entreprises) puissent s'approprier les ressources en eau ou les polluer ou, au contraire, en posant une réglementation stricte sur la gestion privée de l'eau (quand la question se pose). Elle se résout, ensuite, dans l'adoption de mesures concrètes impliquant à titre premier les finances de l'Etat pour permettre l'accès à l'eau et sa jouissance, comme la construction de réseaux d'acheminement et d'assainissement de l'eau. Dit autrement, en fonction des aspects considérés, le droit à l'eau peut donc s'analyser soit comme un droit subjectif de défense mettant à la charge de l'Etat une obligation première de ne pas méconnaître et une obligation seconde de légiférer pour en permettre un exercice effectif ; soit comme un droit créance se résolvant dans une obligation première de faire (comme par exemple de mettre en place un service public). Dès lors, se borner à affirmer que le droit fondamental à l'eau fait partie des «droits économiques et sociaux» pour sous-entendre qu'il ne s'agit que d'un «droit à ...» à la justiciabilité

hasardeuse, est une erreur. Ou une prise de position de mauvaise foi pour discréditer son éventuelle reconnaissance.

Les juridictions constitutionnelles, quant à elles, se sont inscrites dans une ligne de raisonnement comparable. La généralité et la variété des dispositions garantissant le droit fondamental à l'eau sont telles qu'elles ont pu les interpréter soit en insistant sur le caractère défensif du droit soit, au contraire, sur son aspect positif, en fonction des affaires à traiter. Ainsi, dans une sentence du 8 novembre 2016, le Tribunal constitutionnel bolivien (SCP 1228/2016-S3) a rappelé que sur le fondement des articles 16 al.1 et 373 al.1 de la Constitution de 2009 le constituant avait interdit tout comportement visant à priver arbitrairement de ce droit ses titulaires. Dans une sentence du 5 avril 2012 (SCP 0052/2012), il avait d'ores et déjà relevé que le droit à l'eau ne pouvait être arbitrairement restreint ou supprimé par qui que ce soit, soulignant parfaitement le caractère défensif que peut parfois revêtir ce dernier. En revanche, dans une sentence SC 0559/2010-R il a déduit des mêmes articles constitutionnels que la Constitution avait non seulement institué un droit à l'eau, mais qu'au-delà d'une simple consécration, les constituants avaient voulu mettre à la charge de l'Etat des actions positives afin de permettre l'accès universel et équitable aux services d'eau potable. Une analyse proche a été faite par la Cour constitutionnelle colombienne qui, de façon pragmatique, a considéré que «tous les droits fondamentaux, aussi bien ceux de la première que de la seconde génération, sont positifs et négatifs, et par conséquent dépendent des distributions budgétaires de l'Etat» (Lopez Daza, 2015).

Ainsi dans une sentence T 143/10 la Cour a énoncé que le droit fondamental à l'eau possède des aspects négatifs et positifs à la charge de l'Etat et des particuliers (insistant en outre sur son caractère vertical et horizontal) afin de permettre à toute personne d'accéder à l'eau pour sa consommation personnelle. Plus précisément, elle a jugé que ce droit met tout d'abord à la charge de l'Etat ou des particuliers certaines obligations qui ne demandent aucun agissement positif spécifique, et qui, au contraire, sont mieux satisfaites par une abstention totale de leur part (en n'obstruant pas un ruisseau alimentant en eau potable une communauté ou en ne le polluant pas, par exemple). Mais, ce droit impose aussi à l'Etat ou aux entreprises de services publics des obligations d'agir très variées pour que le droit à l'eau potable soit satisfait, comme par exemple celui de raccorder les domiciles au réseau public d'eau, d'assainir l'eau acheminée ou plus largement d'élaborer des plans d'action publique quant à

l'acheminement et à l'assainissement de l'eau. Enfin, citons la Cour suprême du Mexique qui dans une décision du 12 août 2016 (n° 2012269) a rappelé que l'article 4 de la Constitution tel qu'interprété au regard des normes internationales oblige non seulement l'Etat à (faire) respecter et (faire) garantir le droit fondamental à l'eau, mais aussi à établir une stratégie pour permettre un accès et une utilisation équitable de l'eau potable dans le cadre d'un développement durable de l'exploitation des ressources en eau.

Relevons pour être exhaustif que certains juges constitutionnels ont aussi vu dans le droit à l'eau, non seulement un droit fondamental au sens où nous venons de le décrire, mais plus largement une valeur objective sous-tendant l'action de l'Etat. Au Pérou, en particulier, il a été jugé que l'eau est certes une ressource essentielle au maintien et au développement de l'existence et de la qualité de vie de l'être humain - contribuant à la consolidation d'autres droits fondamentaux comme le droit à la vie ou à la santé - mais est aussi, d'un point de vue extra personnel, en lien avec le développement social et économique du pays. Aussi le Tribunal constitutionnel péruvien considère-t-il que le rôle essentiel que possède l'eau tant pour les individus que pour la société permet de «situer son statut non seulement au niveau d'un droit fondamental, mais aussi d'une valeur objective que l'Etat constitutionnel se doit de privilégier» (sentence n° 6534-2006-AAITC de 2006).

En France, où la théorie générale des droits fondamentaux est largement reçue, la réflexion n'a pas encore vraiment décollé quant au droit à l'eau. Nous l'avons dit, le Conseil constitutionnel a clos le débat avant même qu'il ne débute sérieusement en qualifiant l'accès à l'eau d'objectif de valeur constitutionnelle.

b) Le rôle des jurisprudences constitutionnelles

Au vu des développements précédents, il est donc très clair que les juridictions constitutionnelles ont un rôle fondamental à jouer quant à l'explicitation de ce droit.

3.5. Quel contenu essentiel?

D'une façon générale les juridictions constitutionnelles ont fait un véritable effort pour donner un contenu essentiel au droit fondamental à l'eau.

En ce sens, la jurisprudence péruvienne mérite d'être mise en avant car le Tribunal constitutionnel en a

réalisé une analyse approfondie dans la sentence n° 6534-2006-PA/TC³⁸, en s'inspirant entre autres de l'Observation Générale n° 15 faite par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels en 2002.

Plus particulièrement, le Tribunal a énoncé, s'agissant du droit fondamental de l'individu à l'eau, que l'Etat se trouve dans l'obligation de garantir trois choses essentielles: l'accès, la qualité et le caractère suffisant, soulignant que sans la présence de ces 3 éléments, le droit à l'eau serait dénaturé. Pour lui, il n'est pas suffisant de proclamer l'existence d'un droit (en l'occurrence d'origine prétorienne) sans permettre sa jouissance effective en fixant des exigences minimales pour sa satisfaction.

L'accès à l'eau suppose, tout d'abord, que l'Etat crée, directement ou indirectement (par le biais de concessions) les conditions permettant un rapprochement de l'eau potable de ses destinataires. A cet effet, le Tribunal a estimé: a) qu'il doit exister de l'eau, des services et des installations physiquement accessibles et proches des lieux où les personnes vivent, travaillent ou étudient b) que l'eau, les services et les installations doivent être pleinement accessibles d'un point de vue économique, c'est-à-dire avoir un coût raisonnable et abordable pour tous c) qu'aucun type de discrimination ne doit être rendu possible, l'Etat devant en particulier veiller à protéger les populations les plus vulnérables d) que promouvoir une politique d'informations permanente sur l'utilisation de l'eau ainsi que sur l'importance de la protéger en tant que ressource naturelle, est une nécessité.

La qualité, ensuite, impose de garantir pleinement une eau salubre et donc de maintenir des services et installations en état de fonctionnement optimum. Le Tribunal ajoute qu'il serait inacceptable que l'eau soit délivrée dans une forme susceptible de mettre en danger la vie, la santé ou la sécurité des personnes, imposant donc à l'Etat de prendre toutes les mesures préventives nécessaires pour éviter sa contamination par des microorganismes ou des substances nocives, y compris des substances résultant de mécanismes industriels susceptibles de contaminer les ressources naturelles. En outre, l'Etat ne peut pas mettre en avant l'usure des équipements pour délivrer une eau de moins bonne qualité, ce dernier (ou assimilés) étant dans l'obligation de les entretenir régulièrement ou de les changer.

Le caractère suffisant, enfin, impose que l'eau soit distribuée dans des quantités adéquates permettant de satisfaire les nécessités élémentaires ou primaires de la

38 - Précitée.

personne humaine, comme toutes celles liées à la vie quotidienne ou à la santé. Le Tribunal se garde toutefois de définir un nombre de litres d'eau minimal en deçà duquel le droit fondamental à l'eau est violé.

Des analyses comparables se retrouvent bien sûr dans les autres jurisprudences constitutionnelles. En Bolivie, notamment, où le Tribunal constitutionnel avait devancé l'inscription de ce droit dans la Constitution. On relève dans ses sentences (par exemple celles du 12 juillet et du 2 août 2010, n° 0559/2010-R et n° 0795/2010 R) l'idée qu'est reconnu le droit de tous à disposer d'eau en quantité suffisante, salubre, acceptable, accessible et bon marché pour l'usage personnel et domestique. «*Un approvisionnement adéquat en eau salubre est nécessaire pour éviter la mort par déshydratation, pour réduire le risque de maladies en relation avec l'eau et pour satisfaire les besoins de consommation, de cuisine et les nécessités d'hygiène personnelle et domestique*». Tout comme son homologue péruvien, le Tribunal bolivien se fonde ensuite sur l'Observation Générale n°15 pour imposer l'accessibilité, la qualité et le caractère suffisant de l'eau. Il en va de même en Colombie où la Cour constitutionnelle a repris ces 3 critères, estimant que :

a) «La disponibilité du service public à l'eau est violée dans les cas où l'accès est nié dû au manque du paiement»³⁹ (voir sentence T-616/2010 de 2010); b) «l'accessibilité est violée lorsque est empêché l'accès aux services nécessaires et la fourniture de services d'eau adéquats dans les cas où l'entreprise d'eau refuse d'installer ces connexions, ou quand elles imposent des coûts disproportionnés comme condition pour fournir l'infrastructure des réseaux locaux (voir sentence T-279/2011 de 2011); c) la qualité de l'eau est violée «lorsque l'eau n'est pas reçue dans des conditions chimiques et physiques acceptables»⁴⁰ (voir sentence T-410/13).

Pour synthétiser, les Etats reprennent généralement à leur compte les exigences figurant dans l'Observation générale n° 15 de 2002 quant à l'accès, la qualité et le caractère suffisant de l'eau pour la consommation humaine et l'usage domestique, que ce soit dans les jurisprudences de leur juridiction constitutionnelle ou dans le texte même de leur Constitution. Deux problèmes restent néanmoins posés, qui ne sont pas forcément résolus partout.

Le premier concerne la consécration d'un droit fondamental à l'assainissement qui n'est pas toujours aussi explicite que dans les constitutions de l'Uruguay ou de la Bolivie, mais qui semble malgré tout implicite dans les autres Etats si on le considère comme un corollaire à l'exigence d'une eau de qualité.

Le second concerne la gratuité de l'eau. Aucune Constitution ne la proclame à ce jour. La question est en débat dans les pays actuellement engagés dans une révision de leur texte constitutionnel, la consécration d'un droit fondamental à l'eau pouvant s'accompagner de celle d'un minimum vital gratuit (l'idée étant qu'accéder à l'eau ne doit pas avoir pour conséquence de priver les personnes de la consommation d'autres biens vitaux, l'Etat devant, le cas échéant, permettre un accès à l'eau totalement gratuit pour les individus concernés). Bien entendu les juridictions constitutionnelles n'ont pas spontanément pu reconnaître un principe général de gratuité de l'eau pour les personnes les plus défavorisées puisqu'un tel choix relève de décisions législatives impliquant des règles l'organisant et surtout le vote d'un budget le finançant. Au mieux ces dernières ont-elles pu accorder une gratuité dans des cas circonstanciés. Ainsi, étant donné que certaines personnes vulnérables font l'objet d'une «protection constitutionnelle spéciale» (les personnes mineures ou infirmes par exemple), la Cour colombienne a ponctuellement pu octroyer «un minimum vital gratuit» à une famille ayant deux enfants de 6 et 11 ans, afin de garantir la dignité humaine et le principe d'égalité (sentence T 546/2009).

Notons que ce concept de «minimum vital» lui a plus largement servi à juger au cas par cas les coupures d'eau, sans que les réponses apportées soient forcément la reconnaissance de la gratuité. Avant d'être appliqué au domaine nous intéressant, il a d'abord été théorisé par la Cour dans une sentence T 426/92 qui a vu en lui «*un droit innommé découlant du droit à la vie et de la dignité humaine*». Dans une sentence T 546/09, la Cour en a fait application à l'eau, jugeant que si le non-paiement est «*involontaire ou obéit à une force majeure, si en plus, le domicile auquel l'eau est destiné est habité par des personnes qui méritent une protection constitutionnelle spéciale; si le service est indispensable pour garantir d'autres droits fondamentaux comme la vie, l'égalité, la dignité ou la santé; si, enfin, sont réunies les conditions fixées par la loi pour suspendre l'accès à l'eau, ce qui doit être suspendu est la façon de fournir l'eau*». Dit

39 - En ce sens. G.A Lopez Daza, « Le droit social à l'eau et le droit à l'alimentation dans la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Colombienne », *Opinión Jurídica*, 2015, Vol. 14, N° 27, p. 73.

40 - *Ibid.*

autrement, la Cour autorise ici le «lentillage» avec l'obligation de fournir un nombre de litres d'eau suffisant en considération du nombre de personnes vivant dans le foyer, la Cour ayant parfois avancé le nombre de 50 litres d'eau potable par jour et par personne (conformément aux exigences internationales).

Cette question des coupures d'eau n'est bien sûr pas limitée à la Colombie et toutes les autres juridictions constitutionnelles ont dû prendre position sur ce point. La jurisprudence bolivienne a, quant à elle, abordé le problème de façon différente, la solution du pastillage ne semblant pas avoir été retenue, pas plus que celle du minimum vital, le Tribunal paraissant beaucoup plus strict quant à l'accès à l'eau et aux obligations subséquentes. On retrouve dans ce pays de nombreux cas jugeant de coupures d'eau, que ces dernières proviennent des fournisseurs d'eau potable pour non-paiement des factures d'eau, de personnes privées ou de communautés paysannes ou ethniques en tant que punition de la personne considérée pour non-accomplissement des travaux communautaires, non-paiement d'un loyer locatif, voire (de façon plus folklorique) pour absence de participation au carnaval local. Sur l'ensemble de ces coupures, le Tribunal a opportunément rappelé qu'en raison de la protection accordée à l'eau par la Constitution, ces dernières ne sauraient être utilisées de façon arbitraire comme des moyens de pression ou de coercition, encore moins lorsqu'elles sont le fait de personnes privées, les condamnant donc avec fermeté. Le Tribunal insiste généralement sur le fait que le droit à l'eau et à l'assainissement sont des droits constitutionnels de première importance, nécessaires à la survie humaine (il évoque généralement la relation existant entre l'eau, la vie, l'alimentation et la santé), et en lien avec la satisfaction de tous les autres droits fondamentaux, ne pouvant être donc être supprimé à quiconque et quelle qu'en soit la raison (sauf poursuite d'une finalité d'intérêt général, comme par exemple, en raison de travaux pour la sécurité de tous).

Ce faisant, il confirme les dimensions verticale et horizontale de ce droit. Lorsque la coupure provient du fournisseur d'eau, celui-ci se voit condamner chaque fois qu'il s'agit d'une «voie de fait» s'apparentant à une sanction, obligation lui étant faite de respecter la réglementation législative et administrative pour obtenir le paiement des factures et, en dernier lieu, de saisir la

justice. Lorsqu'elle provient d'une personne ou d'une communauté privée, c'est la conciliation de droits fondamentaux antagonistes qui se pose, comme par exemple celle du droit de propriété d'une personne louant son bien au droit fondamental à l'eau d'un locataire mauvais payeur. Dans ce cas, le Tribunal considère également que le conflit ne peut se régler par une coupure/sanction de l'eau car nul ne peut se faire justice à lui-même, mais, comme dans tout Etat de droit, par une action en justice adéquate, l'accès à l'eau devant obligatoirement être rétabli avant même l'issue du procès.

En France, il n'est pas question de s'interroger sur le contenu essentiel d'un droit qui n'a pas été consacré en tant que tel. Dans la décision n° 2015-470 QPC, le Conseil constitutionnel s'est borné à viser l'accès à l'eau et à en faire un corollaire de l'objectif de logement décent. Ce qui ne signifie pas, plus largement, qu'au rang législatif les exigences internationales n'aient pas été reçues⁴¹, le travail parlementaire étant conforté par le nouvel OVC. Pour s'en tenir à la proposition de loi actuellement en cours de vote⁴², son but avoué est clairement de concrétiser les Résolutions des Nations Unies du 28 juillet 2010 et du 18 décembre 2013, et «d'aider les plus démunis à payer leur facture d'eau et d'apporter des réponses concrètes à ceux qui n'ont pas d'accès direct à l'eau ou vivent dans des habitats précaires»⁴³.

C'est la raison pour laquelle «dans l'article 1er de la proposition de loi, le droit à l'eau est traduit en trois exigences: celle que chaque être humain dispose chaque jour d'une quantité suffisante d'eau potable pour répondre à ses besoins élémentaires, celle de disposer ou d'accéder aux équipements lui permettant d'assurer son hygiène, son intimité et sa dignité, et celle d'utiliser les services et réseaux d'eau et d'assainissement dans des conditions compatibles avec ses ressources», tandis que l'article 2 «prévoit l'obligation pour les collectivités territoriales d'installer et d'entretenir des équipements sanitaires pour les personnes les plus vulnérables non raccordées au réseau» et que ses articles 3, 4, 5 et 6 «concernent la création et le financement d'une allocation forfaitaire d'eau pour les personnes raccordées au réseau et qui sont en situation de précarité». Comme on peut le voir, en France non plus, il n'est nulle part question de permettre une gratuité de l'eau, mais des aides pour les plus défavorisés⁴⁴. Dans le droit positif actuel, si les usagers ne paient pas leur facture, les distributeurs n'ont

41 - Au rang législatif, les notions de disponibilité, d'accessibilité et de qualité sont prises en considération et concrétisées aussi bien que possible. Ainsi le «lentillage» est interdit, la qualité de l'eau est garantie par des normes strictes et l'accessibilité maximale est en cours d'aménagement avec la proposition de loi du 8 avril 2015. Quant à la discrimination, elle est officiellement interdite.

42 - Proposition du 8 avril 2015, précitée.

43 - Voir l'exposé des motifs.

44 - En France, on demeure attentif au coût de l'eau qui ne doit pas dépasser 3 % des ressources du foyer.

pas le droit de leur couper l'eau ou de réduire le débit, mais ils peuvent ester en justice pour faire condamner les mauvais payeurs.

3.6. Quelle protection?

Comme il serait trop long de détailler ici les techniques de contrôle utilisées par les différentes juridictions constitutionnelles pour protéger le droit fondamental à l'eau, nous nous bornerons pour terminer cette étude à étudier les voies de recours permettant de faire valoir le respect du droit nous intéressant. On sait, en effet, que la protection d'un droit fondamental quel qu'il soit repose non seulement sur l'octroi de garanties de fond, mais aussi sur celui de garanties procédurales. Or, d'une Constitution à une autre ces dernières sont variables, certaines procédures étant plus protectrices que d'autres.

On retrouve, par exemple, en Colombie une distinction entre «l'action de tutelle» et «les actions populaires». La première (article 86 de la Constitution colombienne) permet à toute personne d'obtenir la protection immédiate de ses droits constitutionnels fondamentaux, quand ceux-ci sont violés ou menacés de l'être par une action ou une omission de n'importe quelle autorité publique (ou personnes privées agissant pour le compte d'une personne publique). Le jugement – qui doit être rendu dans les 10 jours après la saisine du juge – est d'application immédiate et se résout par un ordre adressé à celui méconnaissant le droit de cesser toute action ou au contraire de faire quelque chose pour remédier à la violation. Il s'agit néanmoins d'une action subsidiaire, car elle ne peut être utilisée que s'il n'existe aucune autre voie de droit pour faire protéger ses droits. Les actions populaires, quant à elles (article 88 de la Constitution colombienne) sont un mécanisme de protection des droits et intérêts collectifs et diffus, en relation avec l'environnement, la moralité administrative, l'espace public, le patrimoine culturel, les services publics(...).

Elles sont exercées dans le but d'éviter un dommage, de faire cesser un danger, une menace, une violation des droits et intérêts collectifs ou de restituer les choses dans leur état antérieur lorsque cela est possible. Elles peuvent être des actions individuelles de personnes physiques ou morales ou des actions de groupe quand les dommages occasionnés leur portent un préjudice similaire émanant d'une même cause. L'exercice de ces actions populaires ne peut pas être soumis au fait qu'il existe d'ores et déjà un dommage, puisque la simple existence d'une menace ou d'un risque est suffisant. Le but de ces actions est surtout de permettre un accord entre les différentes parties et un rétablissement de la situation antérieure quand cela est

physiquement possible. Pour en revenir à l'eau, la question était bien évidemment de savoir si cette dernière devait être traitée comme un aspect de l'environnement seulement justiciable d'une action populaire, ou comme un droit fondamental bénéficiant de l'action de tutelle.

On retrouve dans la sentence du 7 juillet 2011 (T 552/11) un résumé exhaustif de la démarche jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle colombienne, dans lequel est expliquée comment et pourquoi cette dernière en est venue à étendre le bénéfice de la tutelle à l'eau. Deux difficultés se posaient : d'une part, le fait que le texte constitutionnel limite cette action à la protection des «droits fondamentaux constitutionnels», d'autre part, celui qu'il n'énonce nulle part un droit fondamental à l'eau. Ces deux obstacles ont néanmoins été franchis sans difficulté, à tel point que la jurisprudence de la Cour est aujourd'hui bien consolidée et peut se résumer de la façon suivante:

a) le droit à l'eau ne possède un caractère fondamental que lorsque cette dernière est destinée à la consommation humaine, puisque c'est dans ce cas seulement qu'il est en connexion avec le droit à la vie dans des conditions dignes et avec la santé; b) en conséquence, l'action en tutelle ne peut être actionnée que lorsque l'atteinte au droit fondamental à l'eau potable risque de porter atteinte à la vie des personnes humaines, à la santé ou à la salubrité de ces dernières, mais pas lorsque sont concernées d'autres activités comme l'agriculture; c) quand les précédentes conditions sont réunies, le droit fondamental à l'eau peut être protégé grâce à l'action de tutelle, qui peut être actionnée non seulement contre une autorité publique, mais aussi contre le ou les particuliers qui affectent de façon arbitraire le droit en question; d) le droit à l'eau potable peut être protégé par l'action en tutelle qui remplace l'action populaire dans les cas où il existe une atteinte particulière au droit fondamental d'une, de plusieurs ou de multiples personnes ou quand il existe une menace de réalisation d'un préjudice irréversible dans la sphère de ce droit; e) conformément aux critères dégagés par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, le contenu du droit fondamental à l'eau implique la disponibilité continue et suffisante de l'eau pour les usages personnels et domestiques, la qualité salubre de l'eau et l'accessibilité physique, économique et égalitaire à elle.

L'œuvre prétorienne de la Cour est donc immense puisqu'elle a non seulement donné vie à un droit innommé, mais lui a encore étendu le bénéfice d'une action très protectrice, sous les conditions énumérées ci-dessus. L'intérêt de voir initialement dans celui-ci un droit connexe à d'autres droits fondamentaux comme celui à la

vie est donc patent : sans ce lien l'action de tutelle n'aurait pas été pas possible. On notera que dans les autres cas, les actions populaires demeurent possibles et sont concrètement exercées dans des domaines variés comme la contamination des *quebradas*, la contamination des eaux, les problèmes d'assainissement sans licence ou défectueux, la question des eaux de pluie, des eaux souterraines, des eaux usées...

On retrouve des problématiques comparables dans d'autres Etats comme par exemple la Bolivie où le droit à l'eau est inscrit dans la Constitution, mais où les interrogations sur les procédures dont celui-ci est justiciable ne sont pas absentes, bien que les choses semblent mieux précisées dans le texte constitutionnel. Le Tribunal constitutionnel pour clarifier les incertitudes a considéré

...qu'il convient d'établir une différence entre les différentes voies de droit permettant d'assurer la protection du droit à l'eau: 1) quand est recherchée la protection de l'eau potable en tant que droit subjectif et donc par des individus, la protection doit s'effectuer nécessairement à travers de l'action dite «de l'amparo constitutionnel», comme l'a indiqué la sentence SC 014/2007 du 11 janvier 2007 (...) 2) quand est recherchée la protection de l'eau dans sa dimension collective, c'est-à-dire, pour une population ou une collectivité, dans ce cas, c'est l'action populaire qui doit être utilisée, parce que les articles 14 et 20 de la Constitution consacrent le fait que l'eau et les services basiques d'eau potable, doivent être accessibles à tous, et à plus forte raison aux secteurs les plus pauvres ou marginalisés de la population, sans aucune discrimination (sentence 0176/2012). Comme en Colombie, l'eau est donc protégeable par différentes actions, dont l'une est plus protectrice que l'autre.

CONCLUSIONS

Au vu des développements précédents, il est parfaitement clair que la France devrait consacrer dans son bloc de constitutionnalité un droit fondamental à l'eau, comme le font nombre d'Etats sud-américains. Tous ceux mentionnés dans la présente recherche ont su trouver des solutions convaincantes pour promouvoir ce droit. On pense évidemment aux Constitutions le consacrant explicitement, comme par exemple celles de la Bolivie, de l'Equateur, de la République Dominicaine ou de l'Uruguay. Tous ces Etats ont su dépasser les mauvaises raisons susceptibles d'être mises en avant pour afficher dans leur texte fondamental des affirmations sans équivoques quant au respect du droit à l'eau potable. Nous opposerai-on qu'une révision constitutionnelle est impossible en

France à l'heure où le nouveau président de la République fraîchement élu en mai 2017 ne sera probablement jamais en mesure d'aligner une double majorité le soutenant à l'Assemblée Nationale et au Sénat? Nous répondrons que si toute tentative de révision se heurtera certainement aux conditions drastiques énoncées dans l'article 89 de la Constitution et exigeant au minimum un vote de la loi constitutionnelle en termes identiques par les deux chambres, rien n'empêcherait le Conseil constitutionnel de faire œuvre prétorienne.

En effet, cette recherche a montré que l'absence d'une consécration textuelle explicite d'un droit fondamental à l'eau dans le texte constitutionnel, n'est pas nécessairement problématique. Bien au contraire. D'un point de vue français, on ne peut que s'enthousiasmer devant les jurisprudences constructives des Cours colombienne ou péruvienne qui ont su dépasser le pseudo vide juridique de leur Constitution. Bien sûr, tout n'est pas réglé dans ces deux pays, pas plus que dans les autres, et les cours constitutionnelles continuent à tâtonner pour définir le droit fondamental à l'eau ou pour lui faire produire des effets de droit. Mais il est aussi certain que de grandes étapes ont été franchies, notamment quant à sa justiciabilité. En comparaison, la jurisprudence du Conseil constitutionnel français paraît bien terne et ridiculement prudente. En effet, pourquoi avoir choisi dans la décision n° 2015-470 QPC précitée de faire découler le droit d'accès à l'eau - besoin essentiel de la personne - de l'objectif de valeur constitutionnelle que constitue la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent? Pourquoi ne pas avoir franchi une étape supplémentaire? Bien que nous n'ayons aucune preuve pour le démontrer, un doute plane sur les manœuvres exercées dans l'ombre par les multinationales de l'eau. Il existe en France des conflits d'intérêts opposant la population à ces dernières et les juges ont du mal à trancher franchement quand d'immenses intérêts économiques sont en jeu, qu'ils concernent les entreprises de l'eau ou les laboratoires pharmaceutiques, pour ne citer qu'eux.

Il n'en demeure pas moins que la voie est désormais tracée par des Etats et des juridictions constitutionnelles courageux. Espérons que ce mouvement ne demeure pas au sud, mais gagne peu à peu l'hémisphère nord. L'exemple de la Slovénie, dont la Constitution protège désormais ce droit, donne à penser que nous sommes malgré tout sur la bonne voie.

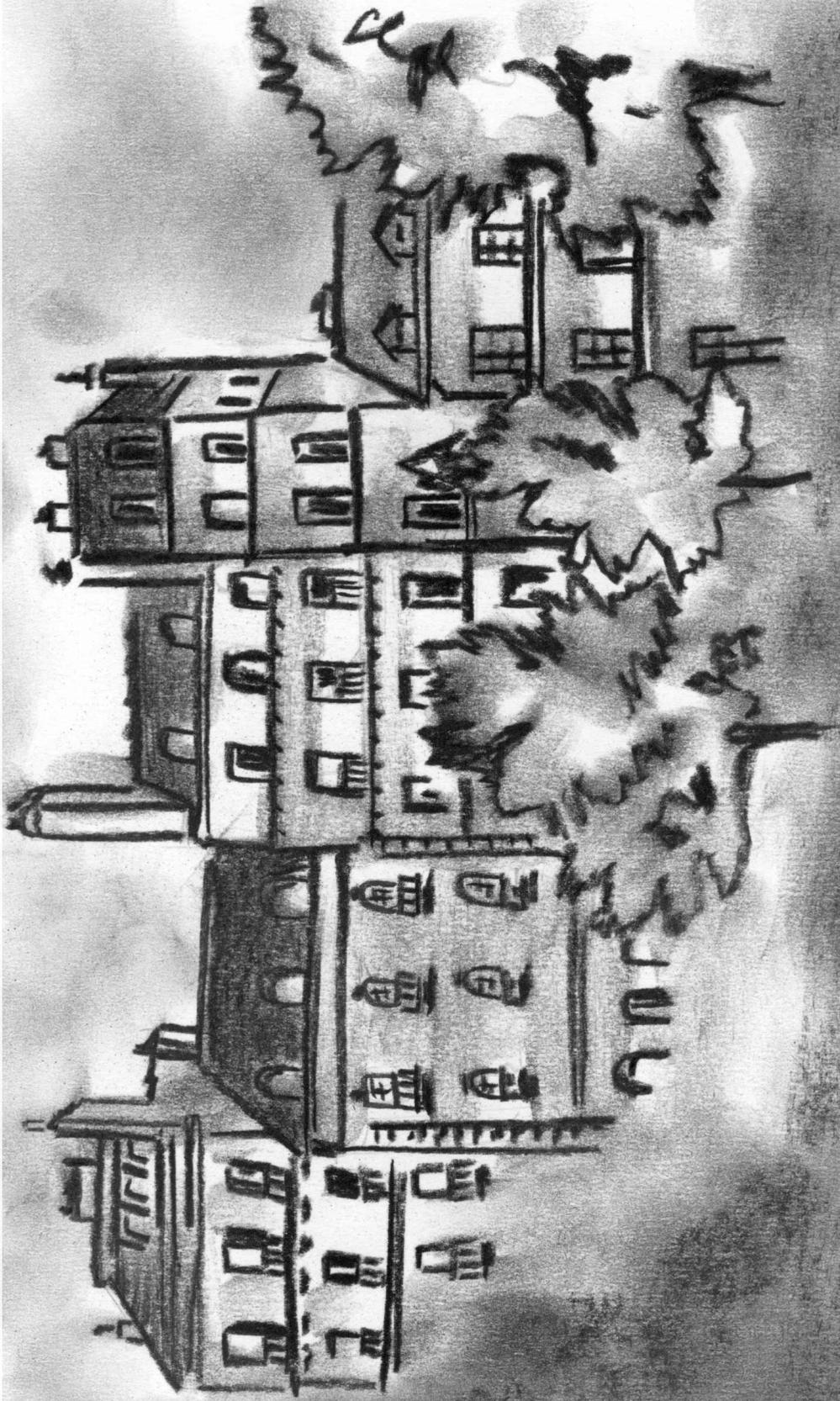
RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- I. Alexy R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid, Centro de estudios constitucionales.
- II. Ayala Cea F. (2016). « Qué pasa con el acceso y la priorización ? », Reflexión y debate, n°13. Tomado de: <http://www.cdc.cl/web/n13>
- III. Dario Isaza Cardoso G. (2014). El derecho al agua y el mínimo vital en el marco del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia. Trabajo presentado para optar al título de magister en derecho administrativo, Bogotá, Universidad colegio mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de jurisprudencia, tomado de: <http://repository.urosario.edu.co>
- IV. De Montalivet P. (2006). Les objectifs de valeur constitutionnelle. Paris, Dalloz, «Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle».
- V. Hermosa Quishpe J. D. (2014). Análisis del derecho al agua y su reconocimiento en la Constitución de la República del Ecuador. Quito, Tesis previa a la obtención, del título de abogada. Tomado de: <http://www.dspace.uce.edu.ec>
- VI. Lérique F. (2015). «Un droit social qui ne coule pas de source : le droit à l'eau», Revue de droit sanitaire et social. p. 1097
- VII. Lopez Daza G. (2015). «Constitution et droits sociaux», Annuaire International de Justice Constitutionnelle. p. 203
- VIII. Lopez Daza G. (2015). «Le droit social a l'eau et le droit à l'alimentation dans la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Colombienne», Opinion Juridica. Vol. 14, N° 27, p. 73
- IX. Mostajo Barrios J.-O. (2016). «El derecho humano al agua : su reconocimiento y contenido», Revista Boliviana de Derecho Nacional y Internacional. Tomado de: <http://desal.cejamerica.org>
- X. Petitjean O. (2009). «France : de la gestion privée à la remunicipalisation de l'eau?». Tomado de: <http://www.partagedeseaux.info>
- XI. Poydenot A. (2011). «Les organisations continentales et le droit à l'eau». Tomado de: <http://www.rampredre.net>
- XII. Renoux Th.-S, De villiers M. &co. (2017). Code constitutionnel. Paris, Litec.
- XIII. Segovia M. (2016). «Camara aprobó reforma al Código de Aguas de Pinochet pero aun está lejos de derecho humano y bien publico», El Mostrador, 22 noviembre
- XIV. Veber M. (2011). Le rôle joué par les ONG agissant au sein du système des droits de l'homme des nations unies dans le processus de reconnaissance et de définition du droit à l'eau et à l'assainissement entre 1997 et 2011, 2013, Toulouse, Mémoire de fin d'études. Tomado de : http://memoires.sciencespo-toulouse.fr/uploads/memoires/2013/5A/memoire_VEBER-MARION.pdf

Jurisprudences citées

- XV. Cour interaméricaine des droits de l'homme, «Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay», 17 juin 2005.
- XVI. Argentine: Cour Suprême de la Nation Argentine, jugement du 2 décembre 2014
- XVII. Bolivie: Tribunal constitutionnel plurinational, Sentence du 14 décembre 2001, n° 1332/01-R
- XVIII. Tribunal constitutionnel plurinational, Sentence du 7 décembre 2002, n° 659/2002-R
- XIX. Tribunal constitutionnel plurinational, Sentence du 17 mai 2010, n° 156/2010-R
- XX. Tribunal constitutionnel plurinational, Sentence du 2 août 2010, n° 0795/2010 R
- XXI. Tribunal constitutionnel plurinational, Sentence du 12 juillet 2010, n° 0559/2010-R
- XXII. Tribunal constitutionnel plurinational, Sentence du 6 mars 2012, n° 0176/2012-CA
- XXIII. Tribunal constitutionnel plurinational, Sentence du 5 avril 2012, n° 0052/2012-RCA/SL
- XXIV. Tribunal constitutionnel plurinational, Sentence du 8 novembre 2016, n° 1228/2016-S3
- XXV. Colombie: CConst, Sentence du 24 juin 1992, n° T 426/92
- XXVI. CConst, Sentence du 3 novembre 1992, n° T 578/92
- XXVII. CConst, Sentence du 17 avril 2007, n° T 270/07
- XXVIII. CConst, Sentence du 6 août 2009, n° T 546/09
- XXIX. CConst, Sentence du 26 février 2010, n° T 143/10
- XXX. CConst, Sentence du 5 août 2010, n° T-616/10
- XXXI. CConst, Sentence du 4 février 2011, n° T55/11
- XXXII. CConst, Sentence du 12 avril 2011, n° T 279/11
- XXXIII. CConst, Sentence du 7 juillet 2011, n° T 552/11
- XXXIV. CConst, Sentence du 3 octobre 2011, n° T 740/11
- XXXV. CConst, Sentence du 4 juillet 2013, n° T-410/13
- XXXVI. CConst, Sentence du 16 août 2013, n° T 541/13
- XXXVII. France : Conseil constitutionnel, décision du 8 avril 2015, n° 2015-470 QPC
- XXXVIII. Cour d'Appel de Versailles, jugement du 4 mai 2016, n° 15/03339
- XXXIX. Mexique : Cour suprême du Mexique, décision du 12 août 2016, n° 2012269
- XL. Pérou : Tribunal constitutionnel, Sentence de 2007, n° 6534-2006-PA/TC
- XLI. Tribunal constitutionnel, Sentence de 2007, n° 6546-2006-PA/TC

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN



Dinámica jurídico-constitucional de las cooperativas en Cuba*

Judicial-constitutional dynamics of the cooperatives in Cuba

Marien Piorno Garcell

Profesora Universidad de Guantánamo, Cuba
marien@cug.co.cu

Juan Carlos Mendoza Pérez

Profesor Universidad de Guantánamo, Cuba
jcperez@cug.co.cu

Richard Hechavarría Castillo

Profesor Universidad de Guantánamo, Cuba
rcastillo@cug.co.cu

Recibido: 07/12/16 Aprobado: 02/05/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1455>

RESUMEN

El presente artículo inicia con una breve reseña histórica del movimiento cooperativo cubano, así como el desarrollo legal de las diferentes modalidades de cooperativas existentes en el país, seguida de una propuesta de reforma constitucional encaminada a revertir la regulación deficiente de las cooperativas como formas de propiedad colectiva en el ordenamiento estatal socialista.

PALABRAS CLAVE

Asociaciones; Cooperativas; Figura Autónoma; Forma de Propiedad; Sociedades.

ABSTRACT

This article begins with a brief historical review of the Cuban cooperative movement, as well as the legal development of the different modalities of cooperative present in the country. Following this, there is a proposal of constitutional reformation aimed at reverting the faulty regulation of these cooperatives as forms of collective property under the organization of a socialist State.

KEY WORDS

Associations; Autonomous Figure; Cooperatives; Shape of Property; Societies.

INTRODUCCIÓN

A partir de la aprobación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, un tema se ha visto puntualmente revitalizado con las polémicas de teóricos, operadores del derecho y la población en general: el cooperativismo. Salido de las mismas entrañas del pueblo, es retomado con fuerza a partir de un experimento nacional que propugna la extensión de este fenómeno a otros marcos ajenos a los estrictamente agropecuarios, tal cual se había limitado en nuestro ámbito patrio por décadas en un ejercicio reduccionista de sus verdaderas potencialidades. A esa polémica se suman las presentes líneas que pretenden acercar al lector desde una perspectiva jurídica constitucional y con una marcada dinámica de cambio, al mundo de las cooperativas en la isla, al margen de distinciones minimalistas o particularistas que la desvirtúan de su significado y naturaleza.

* Tipo de artículo: investigación científica y tecnológica que presenta resultados originales.

Cuba, bloqueada y asediada por más de medio siglo por parte de los Estados Unidos, y en la búsqueda de alternativas para tratar de minimizar los daños en todos los sectores de la economía y continuar avanzando en el desarrollo económico y social de la nación, traza como prioridad el constante apoyo al movimiento cooperativo cubano, integrado por tres modalidades de cooperativas, hasta junio de 2013¹ en el sector agropecuario. En el último quinquenio, el Estado cubano se ha propuesto importantes transformaciones en su modelo socioeconómico; cambios que ya tienen un impacto notable en la vida del país y en el afianzamiento de sus pasos hacia la compleja construcción del socialismo. Con la aspiración de lograr mayor eficiencia en las actividades económicas, se ha subrayado la necesidad de descentralizar la labor del Estado en la actividad económica y de ceder lugar a nuevas formas de gestión no estatal. En ese escenario, las cooperativas no agropecuarias se ofrecen como alternativas ventajosas.

La existencia de nuevas modalidades de cooperativas en el escenario económico cubano cuyo amparo constitucional pudiera cuestionarse y la dispersión legislativa en la materia, son las razones que motivaron la presente investigación que tiene como objetivo implementar una propuesta de reforma constitucional a partir de un análisis exegético que caracteriza el tratamiento jurídico dado al cooperativismo a lo largo del devenir histórico nacional.

Para el desarrollo de la investigación se utilizaron los métodos generales de las investigaciones teóricas: histórico-lógico, análisis-síntesis, inducción y deducción; métodos específicos de las investigaciones jurídicas de orientación teórica como el teórico-jurídico, jurídico-comparativo y el exegético; además, la técnica de investigación de revisión de documentos. Como novedad científica, esta investigación tiene como valía un estudio científico de la cooperativa como forma de manifestación de la propiedad colectiva con un enfoque que hasta el momento no ha sido agotado, a fin de contribuir al perfeccionamiento de la legislación cubana vigente. Como novedad práctica, fundamenta la necesidad de consagración en la Constitución de los diferentes tipos de

cooperativas regulados por el sistema jurídico vigente, así como de creación de una nueva Ley de las Cooperativas a los efectos del perfeccionamiento del ordenamiento estatal socialista.

1. APUNTES HISTÓRICOS DE LA COOPERATIVA Y SU TRACTO EN CUBA

De la antigüedad de las cooperativas como manifestaciones organizativas de tipo grupal que emplearon la ayuda mutua como medio efectivo para fortalecer sus intereses comunes pueden dar fe, por analogía, ciertas instituciones de la Antigüedad, Edad Media y la Época Contemporánea² al margen de aquellas civilizaciones esclavistas cuya esencia rivalizaba con la facultad asociativa de los individuos y su condición de hombres libres. No obstante pueden advertirse como formas prístinas de estas, por ejemplo, las estructuras conformadas por los artesanos y operarios de la época de los faraones que contaban con un sistema de tráfico comercial que evolucionó hacia el establecimiento de asociaciones que se encargaban de la reglamentación de todo el sistema de intercambio³. Al amparo del Código de Hammurabi se concedía a cierto número de agricultores la posibilidad de arrendar extensos campos en forma conjunta o cooperativamente.

Las tierras eran administradas en forma conjunta o bien se entregaban en parcelas a los miembros del grupo para que ellos las cultivaran. Igual sucedía con el intercambio y el comercio babilónico, debido a la frecuencia con que se realizaban transacciones crediticias entre los antiguos babilónicos, lo que condujo indudablemente a la formación de sociedades de crédito para ayudar a pequeños agricultores y artesanos. En China hacia el año 200 a.c., se encontraron las asociaciones de ahorro y préstamo, muy similares a las que conocemos en la actualidad, cuando un rico e influyente ciudadano del imperio constituyó la primera sociedad de crédito con sentido cooperativo.

Sin embargo, el punto de partida de este fenómeno es situado en *Rochdale Society of Equitable Pioneer* en

1 - Cooperativas de créditos y Servicios, Cooperativas de producción Agropecuaria y las Unidades Básicas de Producción Cooperativa.

2 - V. gr. En Esparta existieron campamentos militares donde la vida se regía por ciertas normas comunales. La Grecia Clásica estuvo premiada de Confraternidades Sepultureras de Seguros Artesanales y Sociedades de Socorro, cuyo objetivo era garantizar a sus miembros un funeral decente.

En el antiguo Egipto los artesanos y operarios de la época de los faraones contaban con un sistema de tráfico comercial que evolucionó hacia el establecimiento de asociaciones que se encargaban de la reglamentación de todo el sistema de intercambio.

3 - Vid. Montenegro, Ovidio. Fundamento y Doctrinas del Cooperativismo, pp.1-4; Fernández Peiso, León Avelino, *El fenómeno cooperativo y el modelo jurídico nacional. Propuesta para la nueva base jurídica del cooperativismo en Cuba*, tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Cienfuegos, Cuba, 2005, pp. 18 y ss.

Inglaterra, como “movimiento cooperativo sistematizado”⁴ cuyas prácticas cimentaron una tendencia que fue ganando adeptos y expandiéndose por el orbe a otras esferas de la producción, consumo y los servicios. Al margen de su implantación y desarrollo en Europa continental y luego en América del Norte y otras latitudes del globo terráqueo, a Cuba llega, como la mayoría de las instituciones del derecho, por la influencia de la legislación española que si bien había distinguido inicialmente su naturaleza distintiva de las sociedades mercantiles y civilistas, no encontró sino en la Ley de Asociaciones aprobada por el Real Decreto del 13 de enero de 1889, un refugio a sus preceptos regulatorios que luego de una extensa proliferación normativa⁵ respecto a esta, alcanzaron carácter constitucional por medio del artículo 75 de la Constitución de la República de Cuba de 1940 en el que se configuran los principios para la instauración de las cooperativas en la norma suprema portadora de lo más avanzado del constitucionalismo social del momento histórico⁶ lo que representó un avance significativo, pues ninguno de los textos constitucionales previos⁷ se pronunció sobre el tema. Posterior a la Constitución de 1940 se emitieron varios cuerpos legales a fin de regular el fenómeno cooperativo en la isla. Las relaciones con el Estado y los niveles de autorización, colaboración y ayuda a estas entidades figuraron dentro de los objetos a regular en las normas⁸.

El triunfo revolucionario de 1959 fomenta la creación de cooperativas agrarias y para 1976 con la promulgación de la Constitución socialista, se define en su artículo 20 el derecho de los agricultores pequeños de asociarse entre sí para la producción agrícola y la obtención de créditos y servicios sociales⁹. Si se quisiera resumir el tracto histórico de las cooperativas en Cuba durante la época neocolonial y posterior al '59, se podría utilizar las palabras del Fernández Peiso (2005), cuando afirma que “durante el período pseudorrepblicano no hubo la institución jurídica cooperativa y ni siquiera una legislación básica particular, en tanto se mantuvieron ubicadas dentro de la genérica asociación, siendo así que al triunfo de la revolución y no obstante acciones cooperativas emprendidas por el joven Estado revolucionario, estaban carentes de un marco legal conveniente”¹⁰.

Algunas manifestaciones se pueden encontrar en la década del '60 con la creación de nuevas formas cooperativas de trabajo, fruto del surgimiento de un activo movimiento asociativo de campesinos privados, en lo fundamental beneficiario de la Ley de Reforma Agraria, v. gr. Asociaciones Campesinas, Cooperativas Cañeras, Cooperativas Integrales de Producción, Brigadas de Ayuda Mutua, Brigadas FMC-ANAP, Sociedades Agropecuarias y las Cooperativas de Créditos y Servicios (CCS).

4 - *Ibid*, pp 28 y ss.

5 - En 1937 se promulgó una Ley Especial sobre la creación de cooperativas de consumo para empleados y trabajadores de los ingenios y colonias azucareras, cuyo contenido limitaba los precios de ventas de mercancías por los comerciantes privados. En el propio año entró en vigor la Ley de 17 de diciembre que reguló el reparto de tierras a campesinos y la autorización de organizarse en cooperativas. En 1938, con el Decreto No. 85 se autorizó la creación de cooperativas agrícolas o de consumo conformada por siete o más personas beneficiadas con donaciones de tierras y prestación de asistencia por la Secretaría de Agricultura. Se dictó además un conjunto de disposiciones normativas de carácter administrativo destinadas a regular su ordenamiento, control, asesoría, amparo económico, intervención y vigilancia.

6 - Rodríguez Musa, Orestes, “La Cooperativa como figura jurídica. Perspectivas constitucionales en Cuba para su aprovechamiento en otros sectores de la economía nacional diferentes al agropecuario”, en: Revista Cubana de Derecho, N. 36, Cuba, julio – diciembre 2010, pp.105 y ss.

7 - La Constitución de Cádiz de 1812, Constitución de Guáimaro de 1868, Constitución de Baraguá de 1878, Constitución de Jimaguayú de 1895, Constitución de La Yaya de 1897 y la Constitución de 1901.

8 - *V.gr.* En 1947 se aprobó el Decreto No. 4467 sobre los requisitos para el otorgamiento de ayuda económica del Ministerio de la Agricultura, su uso, disfrute y limitaciones; en 1948 la Ley de 25 de noviembre que regulaba los arrendamientos colectivos para la constitución de cooperativas para explotaciones agrícolas o pecuarias; en 1949 los Decretos No. 1583, 3263 y 4401, así como la Resolución No.1696 del Ministerio del Trabajo donde se fijan las normas para la inscripción de las cooperativas; en 1950 se promulgó la Ley No. 5 que creó el Banco de Fomento Agrícola Industrial, BANFAIC; en el 1951 el Decreto No. 526 autorizó la creación de la Cooperativa de Seguro Colectivo por muerte y jubilación de los empleados y obreros de los Ferrocarriles Unidos de la Habana, Almacenes de Regla Limitada y la Compañía Cubana e Internacional de Expresos y Transportes por Ferrocarril; en 1954 la Ley Decreto No. 1379 creó la Cooperativa Obrera de Consumo; en 1954 la Ley Decreto No. 1577 cancela, disuelve, fiscaliza y transfiere al Estado, la provincia y los municipios bienes aportados a las cooperativas que así se hayan declarado por violar su objeto; en el propio año la Ley Decreto No. 1647 creó la Comisión Ejecutiva Nacional de Cooperativas Agrícolas y Mineras, CENCAN y en 1955 se reglamentó mediante Decreto No. 3107. Vid. La o Serra, Bismark, *Las cooperativas no agropecuarias: retos y perspectivas para el ordenamiento jurídico constitucional y administrativo*, tesis en opción al grado científico de Máster en Ciencias Jurídicas, Santiago de Cuba, Cuba, 2013, pp.53-54.

9 - *Cfr.* art. 20 de la Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976. Este mandato constitucional se corporiza posteriormente en la Ley No. 36/82 “Ley de Cooperativas Agropecuarias” derogada en 2002 por la Ley No.95/02 “Ley de Cooperativas de Producción Agropecuarias y de Créditos y Servicios”. En 1993 es emitido el Decreto Ley No.142/93 que crea las Unidades Básicas de Producción Cooperativa.

10 - Fernández Peiso, *El fenómeno cooperativo...*, op. cit. p. 35

Para la década del '70 son constituidas las Cooperativas de Producción Agropecuaria (CPA)¹¹ cuya estructura y funcionamiento las aproximan más a formas estatales de gestión.

Obedeciendo a las transformaciones económicas y sociales en nuestros campos a partir de la Ley de Reforma Agraria de 17 de mayo de 1959, que requerían de cambios organizativos en la forma de producción de los pequeños agricultores que contribuyan a la consolidación de la alianza obrero-campesina, permitan el desarrollo científico-técnico de su producción y el aprovechamiento óptimo de la tierra, así como nuevas condiciones de vida para la familia campesina¹² las CCS y las CPA encontraron su propio marco legal en la Ley No. 36 del 22 de julio de 1982, "Ley de Cooperativas Agropecuarias".

En 1976 nuevamente es constitucionalizada la institución, esta vez en el artículo 20¹³ como ya se adelantaba, cuya redacción varía con la reforma constitucional de 1992 pero mantiene vigente la cooperativa en tanto forma colectiva de propiedad y sus modalidades, reducidas en el orden constitucional al sector agropecuario, soslayándose su potencial para otras ramas de la economía, particular que encontró además respaldo legal en el Código Civil de 1987, bajo una denominación muy particular y que *infra* retomaremos. La década del '90, cargada de transformaciones importantes en los ámbitos socioeconómicos y políticos de la isla, también condicionan la política interna en materia agropecuaria aconsejando la creación de las Unidades Básicas de Producción Agropecuaria al amparo del Decreto Ley No.142/93 en las que se entregan las tierras estatales a los trabajadores en usufructo indefinido y estos se convierten en dueños de los medios de trabajo y de la producción. De esta manera se desarrolló un proceso a gran escala de cooperativización de la agricultura estatal y la formación de cooperativas obreras, con la peculiaridad de no ser campesinos los asociados, sino trabajadores agrícolas que de forma colectiva reciben las tierras en usufructo y la propiedad común sobre los demás bienes agropecuarios.

En el año 2002 se promulga la Ley No. 95 "Cooperativas de Producción Agropecuarias y de Créditos y Servicios" que derogó la Ley No. 36/82, normativa que había regido el desarrollo del movimiento cooperativo cubano durante veinte años, constituyendo el soporte jurídico indispen-

sable que permitió transformar de manera ordenada y voluntaria la pequeña producción campesina individual en formas de producción colectiva; no obstante, resultó necesario incorporar las experiencias positivas obtenidas en los últimos años y asimilar los cambios socioeconómicos y estructurales ocurridos en el país. La Ley No. 95/02 se creó bajo los mismos presupuestos administrativos patrimoniales que su antecesora, mantuvo las modalidades de cooperativas y pese a no establecer una definición de la institución cooperativa, reflejó las exposiciones descriptivas de las cooperativas agropecuarias existentes.

Como parte de la actualización del modelo económico y social cubano y dando cumplimiento a los lineamientos aprobados en el Sexto Congreso del Partido -en particular los comprendidos entre el 25 y el 29, referidos a la creación de cooperativas no agropecuarias como una forma socialista de propiedad colectiva-, en diferentes sectores y dentro del propósito de liberar las actividades que no son fundamentales en el desarrollo económico del país, amparados en dos Decretos-Ley del Consejo de Estado (No. 305 y el 306, del 15 y 17 de noviembre del 2012, respectivamente), un Decreto del Consejo de Ministros (el No. 309, del 28 de noviembre del 2012), una Resolución del Ministerio de Finanzas y Precios (No. 427/2012) y otra de Economía y Planificación (No. 570/2012), se establece el marco jurídico que regula con carácter experimental la creación y el funcionamiento de las cooperativas no agropecuarias.

Nuevos sectores encaminados a la autogestión y mayor complejidad organizativa se advierten como cambios en el entorno cooperativista actual, lo que sin dudas coloca muchas miradas sobre las certezas y desafíos de ese camino largo, difícil, pero promisorio al que se aboca. De ahí que el trabajo colectivo lejos de desaparecer, se consolida lográndose en la actualidad un paso trascendental con el auge y expansión de las cooperativas no agrarias surgidas recientemente con los cambios sustanciales en el modelo económico cubano.

2. COOPERATIVA: ¿ASOCIACIÓN, SOCIEDAD O FIGURA AUTÓNOMA? EL CASO DE CUBA

Común a muchos y desconocida para otros, la cooperativa¹⁴ como figura jurídica tiene, según se ha podido advertir, un alcance mundial, sin que exista en la doctrina

11 - Vid. la Resolución sobre la Cuestión Agraria y las Relaciones con el Campesinado.

12 - Por cuanto segundo de la parte expositiva de la Ley No.36/82.

13 - Cfr. art. 20 de la Constitución de Cuba de 1976.

14 - La palabra cooperar se deriva del latín "cum", que significa con, junto; y "operare", que responde a los vocablos obrar, trabajar. El término cooperativa, proviene del bajo latín "cooperativus", que a su vez deriva de las expresiones del mismo origen "cum" y "operativus", siendo este último una derivación de "operare". Vid. Salinas Puente, Antonio, *Derecho Cooperativo*, Venezuela, 1967, p.177.

y en legislaciones foráneas un consenso respecto a su definición y naturaleza jurídica de lo que bien pueden dar fe criterios de autores o regulaciones nacionales e internacionales que definen esta institución desde distintas aristas, por momentos contrarias o confluyentes aunque siempre vinculadas a la vida socioeconómica de muchas regiones; mas tres perspectivas esenciales, so pena de resultar excluyentes, resaltan: la cooperativa como asociación, sociedad mercantil o figura autónoma, incluso en nuestro particular caso no podemos excluir la identificación de las mismas como forma de manifestación colectiva de la propiedad.

Como explica Rodríguez Musa¹⁵ (2010), una correcta delimitación de la naturaleza jurídica de esta institución nos permite no solo determinar el régimen jurídico aplicable a ella,¹⁶ sino además, el papel que le corresponde jugar al interior del orden socioeconómico y político en que se deba desarrollar, por lo que dicho esto, no es imposible escapar de esta órbita previa aclaración de nuestros puntos de vista entorno a este extremo que tantas líneas ha generado.

Se inicia con el análisis de la primera de las posturas con la que se identifica a la cooperativa como asociación, en tanto representa una alianza consensuada sin fines lucrativos cuya máxima aspiración es la satisfacción de requerimientos materiales y hasta espirituales de sus integrantes –socios- y su entorno –comunidad-. De ahí su marcada distinción con las sociedades mercantiles que sí poseen naturaleza lucrativa. El respaldo a esta tesis no sólo la encontramos en la doctrina sino por demás y especialmente en cuerpos legales latinoamericanos que se afilian a tal concepción como son los casos de Costa Rica,¹⁷ Chile,¹⁸ Panamá,¹⁹ Venezuela,²⁰ Bolivia,²¹ Uruguay,²²

Nicaragua,²³ incluso organismos internacionales como la Alianza Cooperativa Internacional²⁴ que en el artículo 3 de la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina publicada en 2009, las define como “asociaciones de personas que se unen voluntariamente para satisfacer sus necesidades económicas, sociales y culturales comunes por medio de una empresa de propiedad conjunta democráticamente gestionada. Son personas jurídicas privadas de interés social”.²⁵

Semejante tratamiento reciben en enciclopedias como el Diccionario Universal Marín (1990) que acredita “serán cooperativas aquellas asociaciones de base mutualista creadas para la satisfacción de necesidades comunes a los asociados que comparten riesgos y beneficios”. Por su parte A.F. Laidlaw (citado en Fernández Peiso, 2005) expone que “la cooperativa es un grupo de personas, pequeño o grande, con el compromiso de asociar su acción sobre las bases de democracia y autoayuda en orden de asegurar un servicio o acuerdo económico que es, a la vez, socialmente deseable y beneficioso para todos los que participan”.²⁶

En la doctrina cubana igualmente se encuentran autores que la consideran como:

un grupo o asociación de personas que se han unido voluntariamente para satisfacer necesidades y aspiraciones económicas, sociales y/o culturales comunes por medio de una empresa de propiedad conjunta democráticamente controlada, autónoma y abierta. (...). Una cooperativa es una asociación y una empresa a la vez. Pero es una empresa donde lo asociativo, lo social, es lo que guía el funcionamiento de lo empresarial. Y es una empresa donde cada persona, independientemente de lo que haya aportado al capital de la cooperativa, tiene el mismo

15 - Rodríguez Musa, *La Cooperativa como figura jurídica...*, op. cit. p.43.

16 - Vid. Registro, competencia judicial, normas principales y supletorias a aplicar, entre otros.

17 - Cfr. art. 2 de la Ley de Asociaciones Cooperativas y Creación del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo de 30 de abril de 1982 en Costa Rica.

18 - Cfr. art. 1 de la Ley General de Cooperativas de Chile.

19 - Cfr. Ley No.38/80, "Régimen Legal de las Asociaciones Cooperativas" de Panamá,

20 - Cfr. art. 2 de la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas (2001) en Venezuela.

21 - Cfr. art. 4 de la Ley General de Cooperativas de 10 de abril de 2013 en Bolivia.

22 - Cfr. art.4 de la Ley N° 18.407 "Sistema Cooperativo" de 24 de octubre de 2008 en Uruguay.

23 - Cfr. art. 5 de la Ley General de las Cooperativas de 29 de septiembre de 2004 de Nicaragua.

Todas disponibles en: *ACI Américas - Publicaciones impresas*

24 - Federación de cooperativas fundada en Londres, 1895, con sede en Ginebra desde 1982. En la actualidad representa un total de 800 millones de personas en todo el mundo, siendo el referente del movimiento cooperativo. Los idiomas oficiales de la organización son inglés, castellano, francés, alemán y ruso. Se auxilia de cuatro oficinas regionales con sede en América, Europa, África y Asia.

25 - El Consejo Consultivo de la ACI-Américas aprobó la Ley Marco para las Cooperativas de América Latina en la reunión realizada en San José, Costa Rica en julio del 2008. Esta Ley asume la definición de cooperativa establecida en la Declaración sobre la Identidad Cooperativa aprobada por la Alianza Cooperativa Internacional en el Congreso efectuado en Manchester, septiembre de 1995, y adiciona una referencia a su carácter de persona jurídica. Para más detalles Vid. *Ley Marco para las Cooperativas de América Latina*

26 - Diccionario Universal Marín y A. F. Laidlaw citados por Fernández Peiso, *El fenómeno cooperativo...*, op. cit. pp. 42 y ss.

poder de toma de decisiones. Es decir, es una empresa de personas y no de capitales.²⁷ (Cruz reyes, J. y Piñeiro, C. 2011).

Cruz Reyes (2013) acredita que es “una asociación de personas copropietarias de una organización económica creada con la unión de recursos de sus miembros, conducida conjuntamente por estos, y basada en la cooperación consciente y voluntaria. Puede ser resultado de la unión de diferentes recursos monetarios, materiales, equipos, materias primas, mano de obra.”²⁸ Tales criterios refuerzan o se hacen eco de otros que encontramos en la doctrina extranjera como son los casos de Vivanti, Lorenzani (Citados en Fernández Peiso, 2005), Dompi (1976),²⁹ los que evidencian y resaltan las cooperativas como una asociación voluntaria de personas y no de capitales, con plena personalidad jurídica, de duración indefinida, de responsabilidad limitada, donde sus socios se unen para trabajar con el fin de buscar beneficios para todos. El principal objetivo es el servicio y no el lucro o la ganancia fácil.³⁰

Desde nuestro prisma, si partimos de considerar que toda sociedad mercantil es una asociación pero no toda asociación constituye una sociedad mercantil porque existen rasgos distintivos entre ambas categorías jurídicas,³¹ no resultaría descartable, desde la perspectiva jurídica, el hecho de atribuirle a las cooperativas la naturaleza jurídica de “asociación” por su carácter genérico. No obstante, la variedad de cooperativas existentes en la actualidad con características propias,³² algunas de naturaleza lucrativa, la transición de una concepción de sociedad en sentido estricto³³ a una definición en sentido amplio³⁴ y la flexibilización en la interpretación jurídica del ánimo de lucro (donde la naturaleza lucrativa ha dejado de ser un requisito *sin qua non* para que exista una sociedad, basta que los socios persigan un fin de carácter patrimonial que incremente sus ingresos, evite pérdidas o posibilite el ahorro), son algunos de los factores que complejizan la naturaleza jurídica de tal institución societaria y propician el auge de la segunda posición doctrinal que concede a la cooperativa el carácter de sociedad mercantil.³⁵

27 - Cruz Reyes, Jesús y Camila Piñeiro Harnecker, “¿Qué es una cooperativa?”, en: Camila Piñeiro Harnecker, Camila (et al), Cooperativas y Socialismo. Una mirada desde Cuba, Editorial Caminos, La Habana, Cuba, 2011, p. 34.

28 - Cruz Reyes, Jesús, “Cooperativas en el capitalismo: desarrollo y contradicciones”, en: *Revista Temas*, No.75, Cuba, julio-septiembre 2013, p. 28.

29 - Vivanti. “En la cooperativa la sociedad debe ejercer la propia industria al servicio de los socios y éste debe prestar su actividad dentro de los límites fijados por los estatutos”; para Lorenzani es: “la asociación que una clase económica constituye para procurarse servicios que por ella no podría procurarse directamente.” Carlos Dompi, observa que: “se trata de una empresa que pone en primera línea el interés de los cooperadores y en consecuencia tiene por fin suministrarle las mercancías y el crédito al menor precio posible, de retribuir el trabajo con la mayor paga posible, que subordina la ganancia del capital al interés de los cooperadores.” Tomado de Fernández Peiso, *El fenómeno cooperativo...*, op. cit, pp. 42 y ss.

30 - Quizás tales posturas pudieran afianzarse además por lo planteado por la Asociación Cooperativa Internacional concordado por la Organización Internacional del Trabajo que la define como institución de carácter societario.

31 - Como rasgos distintivos entre la sociedad y la asociación encontramos el carácter lucrativo de la primera y el fin social de la segunda que “justifica un mandato de fomento para la Administración Pública, incluso desde los textos constitucionales”. Tomado de Rodríguez Musa, *La Cooperativa como figura jurídica...*, op. cit. p.103.

32 - Las cooperativas se clasifican en relación al objeto que desempeñan. V. gr. cooperativa de trabajo asociado o de producción; de consumidores y usuarios; farmacéutica; agraria; de ahorro y crédito; de servicios; de viviendas; de transporte; de turismo; de enseñanza; cooperativa escolar; de comercio; de suministros; cooperativa mixta; cooperativa de explotación comunitaria de la tierra; de servicios públicos; de electrificación rural y cooperativa del mar, entre otras.

33 - “La sociedad en sentido estricto se caracteriza por la actividad en común exteriorizada, con finalidad u objeto autónomo (o sea, distinto al de los socios), con participación en las pérdidas y las utilidades que se deriva del patrimonio social (y no del de un gestor o de los bienes en condominio), donde éstos tienen injerencia en las resoluciones colegiales que se adoptan. No bastará una mera participación o la finalidad común, que sólo caracterizará un negocio participativo o parciario, distinto a configurar una sociedad-persona. Es la negociación común, exteriorizada a nombre colectivo, la que permite identificar la existencia de una sociedad en sentido estricto. El punto resulta fundamental para identificar una sociedad de hecho, pues las sociedades típicas son fácilmente reconocibles, conforme la figura adoptada. Tomado de Hugo Richard, Efraín y Orlando Manuel Muiño, *Derecho Societario*, Editorial Astrea, Depalma, 3ra reimpresión, Ciudad de Buenos Aires, 2000, pp. 7-9.

34 - “La sociedad en sentido muy amplio es cualquier agrupación o reunión de personas o fuerzas sociales, o un conjunto de familias con un nexo común, así sea tan sólo de trato; o la relación entre pueblos o naciones; o la humanidad en su conjunto de interdependencia y relación; o la agrupación natural o convencional de personas, con unidad distinta y superior a la de sus miembros individuales, que cumple, con la cooperación de sus integrantes, un fin general, de utilidad común; o asociación, o sindicato o consorcio; o -ya en un sentido menos lato- la mera inteligencia entre dos o más personas para un fin; o la referencia al contrato en que dos o más personas ponen en común bienes o industria, para obtener una ganancia y repartirse los beneficios(...). Esa concepción genérica es tanto mayor cuanto menos requisitos se exigen para configurar la relación societaria, los que – en esa concepción amplia que engloba a la “sociedad” en participación- podrían concretarse en lo siguiente: 1) Fin común u objeto común. 2) Actividad negocial u origen negocial, no legislativo. Se incluyen así fines no económicos y meramente de goce, resultando de ese concepto –de origen germánico- que el fin económico corresponde exclusivamente a la sociedad y el fin no lucrativo a la asociación.” *Vid. Ibid*, pp. 6 y 11.

35 - Para más detalles de las vertientes que adopta esta postura *vid.* Rodríguez Musa, *La Cooperativa como figura jurídica...*, op. cit. pp.103-104.

La cooperativa desde la óptica de sociedad, ha sido regulada en países como Brasil³⁶ y España³⁷ y definida por varios autores como Francesco Messineola (citado en Mantilla Molina, 1998), quien sostiene que es “aquella que tiene por finalidad permitir a sus componentes obtener la máxima remuneración por su fuerza de trabajo, o el máximo de bienes o servicios por el dinero que pagan a la propia cooperativa, y en la cual las utilidades se reparten en proporción a los servicios prestados a la sociedad o recibidos de ella”.³⁸ Semejante posición defiende Thaller (citado en Mantilla Molina, 1998), quien la demarca como “sociedad que aprovisiona a sus propios miembros de géneros o mercancías, o que les suministra habitación o ventajas pecuniarias, o también, que recluta entre sus miembros su personal obrero, para repartir los beneficios entre los asociados (o socios) a prorrata de la cifra anual de negocios, o de los trabajos que cada una de ellos ha realizado para la empresa”.³⁹

Para Heinsheimer (citado en Mantilla Molina, 1998), son “sociedades que tienen por objeto fomentar la economía privada de los socios mediante el ejercicio de una industria común”.⁴⁰ Lavregne (citado en Mantilla Molina, 1998), las define de la siguiente manera: “una cooperativa distributiva es toda sociedad en la cual las utilidades, ya sea que provengan de la producción o de la simple venta al detalle, si no son afectadas al fondo de reserva, se reembolsan a aquellos clientes que a su vez son accionistas de la sociedad, en proporción a las compras que hayan efectuado”.⁴¹ Para algunos autores como Aarón Rocamora Sola (s.f.), las cooperativas son

...sociedades que, con capital variable, estructura y gestión democráticas, asocian en régimen de libre adhesión y baja voluntaria a personas que tienen intereses o necesidades socioeconómicas comunes, para cuya satisfacción y al servicio de la comunidad desarrollan actividades empresariales, imputándose los resultados económicos a los socios, una vez atendidos los fondos comunitarios, en función de la actividad cooperativizada que realizan los cooperativistas así como debatir, ponerse de acuerdo, votar

y después asumir las responsabilidades para que se construya su futuro sobre esos sólidos cimientos a fin de lograr un mejor desarrollo socioeconómico.

En esta misma cuerda, el chileno Antonio Vodanovic⁴² (1996) las engloba dentro de los tipos de sociedades.

El carácter lucrativo es el factor común en cada una de las definiciones mencionadas si bien se comparten y difieren en otros elementos, resaltando en este sentido la finalidad de las cooperativas en el concepto aportado por Rocamora Sola (s.f.). Entre negar la naturaleza societaria por carecer de ánimo de lucro por un lado, y refutar la naturaleza asociativa por no perseguir la finalidad pública de las asociaciones, se define la posición de los partidarios de la cooperativa como figura autónoma al tiempo porque no descartan la presencia de aspectos propios tanto de una u otra. Por ello legislaciones como la de Argentina⁴³ y Portugal⁴⁴ consideran que la naturaleza de las cooperativas responde a su carácter *sui generis* en tanto posee una identidad propia al margen del cuadro comercial y civil⁴⁵ en que aquellas lo encierran.

Vicent Chuliá (1996), para quien la cooperativa, tanto si la legislación lo reconoce formalmente como si no, es una institución *sui generis*, expresa que tal institución no puede confundirse con la sociedad ni con la asociación, cuyo criterio sostiene ponderando la necesidad de una adecuada instrumentación legal de los principios cooperativos.⁴⁶ Efraín Hugo Richard y Orlando Manuel Muiño (2000) refieren sobre las cooperativas que “la doctrina toma mucho cuidado en distinguirla de las sociedades, y de ello no resulta duda que constituye un tipo particular, con una ley especial que las regula: la Ley 20.337, denominándolas “cooperativas” o “entidades”, prohibiéndoseles transformarse en asociaciones o sociedades.

Sin duda constituyen una categoría especial de sociedades, de capital variable, que no reparten utilidades sino excedentes con especiales criterios o vinculados a

36 - Cfr. art. 4 de la Ley No. 5.764 de 16 de diciembre de 1971 de Brasil.

37 - Cfr. art. 1 de la Ley No. 27/99 de 16 de julio de España.

38 - Francesco Messineola cit. Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho Mercantil*, México, 1998, p. 316.

39 - Thaller cit. Mantilla Molina, Roberto L., *Ibid.*

40 - Heinsheimer cit. Mantilla Molina, Roberto L., *Ibidem*, p.31.

41 - Lavregne cit. Mantilla Molina Roberto L., *Ibidem*, p.316.

42 - Vodanovic H., Antonio, *Manual de Derecho Civil*, T1, Parte Preliminar y General, Chile, 1996, p.181.

43 - Cfr. art. 2 de la Ley No.20.337/73 “Ley de Cooperativas”.

44 - Cfr. Ley No.51 de 7 de septiembre de 1996.

45 - “La cooperativa constituye una entidad de naturaleza especial. Se ha sostenido que no es comercial ni civil. Por tanto el régimen y principios jurídicos que ordenan su funcionamiento y actividades son propios y específicos de esta entidades.” Tomado de Montenegro de Siquot, Ofelia Josefina y Eduardo de Gregorio, *El marco jurídico del cooperativismo y las entidades de economía social en la Argentina*

46 - Vid. Vicent Chuliá, Francisco, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, Ed., MES, España, 1996, pp.1019-1021.

los servicios utilizados. El fin desinteresado de las reservas y de la cuota de liquidación las aparta del régimen general de sociedades, y de las asociaciones por cuanto en las cooperativas existe aporte que es reintegrable al asociado. Preferimos denominar a esta figura como "sociedad cooperativa", incluyendo su estudio dentro del derecho de las sociedades, basado en la indiferenciación del objeto y del ánimo de lucro (art. 3 o LSG) para configurar una sociedad-persona, que lo es conforme a tipos sociales predeterminados legalmente. Esto no altera las profundas diferencias que existen entre una sociedad anónima y una sociedad cooperativa, lo que no ha arredrado al legislador para señalar como norma supletoria para las cooperativas al régimen legal de las anónimas (art.118 Ley 20.337).⁴⁷

Con independencia de las posiciones enunciadas, en el ámbito doméstico, la cooperativa es considerada como una forma de propiedad. Así lo evidencia la regulación que hace nuestro propio Código Civil bajo la denominación "propiedad cooperativa", además del criterio de varios autores de la doctrina patria como Cantón Blanco (1980), quien la cataloga de "forma inferior de la propiedad socialista"⁴⁸ -concepción que desde nuestro enfoque, y salvando las distancias, pudiera catalogarse de reduccionista⁴⁹ y que se hace tanto más evidente con la lectura del artículo 39 del referido cuerpo legal, el que enumera taxativamente las personas jurídicas reguladas por el ordenamiento estatal vigente distinguiendo a las cooperativas de las sociedades y asociaciones,⁵⁰ potenciando de esta forma su bis patrimonial. Las cooperativas no constituyen sociedades mercantiles y tampoco civiles, son una manifestación colectiva de la propiedad.

Aunque existen diferentes criterios en la doctrina y en las legislaciones sobre la definición del término

"cooperativa", pudiera afirmarse -a grandes rasgos- que constituye una unión voluntaria de personas encaminadas a satisfacer necesidades comunes y de la sociedad en general, mediante una empresa de propiedad colectiva administrada democráticamente por sus miembros. De ahí que sea prudente considerarlas en sentido global como asociación, debido al carácter genérico de esta terminología, máxime si acreditamos que las diferencias tradicionales existentes entre sociedad y asociación resultan cada vez menos visibles, limitadas más al estudio doctrinal y docente de las cualidades de tales categorías jurídicas que a la realidad objetiva de la sociedad en materia mercantil. Si bien es cierto que las cooperativas realizan actos mercantiles, también lo es que tales actos están encaminados a prestar un servicio comunitario dado la naturaleza social de las mismas. No obstante, en un ámbito individual sería preciso analizar las características propias de cada modalidad de cooperativa por la diferencia existente entre ellas, el contexto en el que se crean y desarrollan, así como las motivaciones que poseen sus socios.

Más allá de la clasificación que ostentan las mismas, toda cooperativa debe reunir los elementos enunciados en el artículo 5 de la Ley Marco de América Latina publicada en 2009, *V.gr.* caracteres jurídicos, ilimitación y variabilidad del número de socios; plazo de duración indefinido; variabilidad e ilimitación del capital; independencia religiosa, racial y político partidaria; igualdad de derechos y obligaciones entre los socios; reconocimiento de un solo voto a cada socio, independientemente de sus aportaciones; irrepartibilidad de las reservas sociales. Elementos que se inspiran en los valores⁵¹ y principios de las cooperativas, contribuyendo a la construcción de sociedades más justas e igualitarias y oponiéndose a las políticas individualistas en aras de sumar esfuerzo en favor de beneficios comunes.

47 - Vid. Hugo Richard y Muiño, *Derecho Societario, op. cit.*, p.22.

48 - Para este autor es una forma inferior de la propiedad socialista porque constituye la propiedad colectiva o del grupo de campesinos que se reúnen y la organizan pero no es propiedad de todo el pueblo como sucede con la propiedad estatal socialista que sería entonces la forma superior de manifestación de la propiedad socialista. Cfr. Cantón Blanco, Luis E., *Conferencias de propiedad y derechos reales*, ENPES, La Habana, Cuba, 1980, p.610. "...La cooperativa es una forma de propiedad colectiva, un indudable paso de avance en la forma de propiedad con respecto a la pequeña parcela individual". Vid. Resolución sobre la Cuestión Agraria del I Congreso del Partido. (1975).

49 - Compartimos el criterio del autor Rodríguez Musa, que caracteriza de reduccionista la concepción de la cooperativa como forma de propiedad, fundamentando que tal consideración "ponderó el carácter colectivo del uso, disfrute y disposición del patrimonio cooperativo, en detrimento de sus intrínsecos principios de funcionamiento. La cooperativa, para conseguir la socialización de la propiedad a que estuvo llamada, debe configurarse como un espacio asociativo, que propicie el desarrollo efectivo de un proceso de producción -apropiación de bienes y servicios en el que prime la equidad, la voluntariedad y la autonomía en su constitución y funcionamiento, al interior de un clima institucional que guíe su contribución a la solución de los problemas económicos y culturales de la comunidad en que se desarrolla." Tomado de Rodríguez Musa, *La Cooperativa como figura jurídica...*, op. cit., p.105.

50 - Cfr. art. 39 incisos b) y ch) de la Ley No.59/87 "Código Civil de la República de Cuba".

51 - Los principios organizativos y operativos del movimiento cooperativo se fundamentan en valores universales de cooperación y responsabilidad. *V. gr.* Ayuda mutua o cooperación, responsabilidad, democracia, igualdad, equidad, solidaridad, honestidad y transparencia, esfuerzo propio.

En este sentido, los primeros principios cooperativos⁵² se crearon en la época contemporánea con la cooperativa de *Rochdale*, los cuales sirvieron de modelos para que en el año 1937 fueran normados por la Alianza Cooperativa Internacional los principios clásicos.⁵³ Años después con motivo de celebrarse la Asamblea de la Alianza Cooperativa Internacional en Manchester, el 23 de septiembre de 1995, fueron aprobados los principios vigentes en la actualidad enunciados a continuación:

- **Membresía Abierta y Voluntaria:** Las cooperativas se integran de personas que de modo voluntario unen su capital y esfuerzo con la debida responsabilidad como asociados y sin distinción de género, raza, clase social, posición política o religiosa.
- **Control Democrático de los Miembros:** La cooperativa es administrada democráticamente por sus miembros, quienes participan activamente en la definición de políticas y en la toma de decisión, según las peculiaridades de cada cooperativa.
- **Participación Económica de los Miembros:** Los miembros contribuyen de manera equitativa al patrimonio de la cooperativa, administrándolo con democracia. Parte de ese patrimonio es propiedad común de la cooperativa y los excedentes se destinan al desarrollo de la cooperativa mediante la creación de reservas, o bien se distribuyen entre sus miembros en proporción a sus operaciones con la cooperativa, o se emplean en otras actividades aprobadas por el grupo.
- **Autonomía e independencia:** Las cooperativas son asociaciones de ayuda mutua controladas democráticamente por sus miembros que mantienen su carácter autónomo pese a la existencia de convenios con otros entes -privados o públicos- o la utilización de capital de fuentes externas.
- **Educación, capacitación e información:** Las cooperativas brindan educación y capacitación a sus miembros, representantes elegidos, funcionarios y demás trabajadores, a fin de garantizar la contribución eficiente de los mismos al desarrollo de ellas. Informan al público en general acerca de la naturaleza y los beneficios del cooperativismo.

- **Cooperación entre cooperativas:** La colaboración entre las cooperativas —a escala local, nacional e internacional— facilita el fortalecimiento del movimiento cooperativo, así como la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de sus miembros y de la comunidad en general.
- **Preocupación por la comunidad y la sostenibilidad ambiental:** las cooperativas trabajan para el desarrollo sostenible de su comunidad y la protección del medio ambiente, a través de políticas aceptadas por sus miembros, promoviendo la gestión responsable de los recursos naturales para garantizar el equilibrio ecológico y el bienestar humano.⁵⁴

Si bien la existencia del cooperativismo es un fenómeno socioeconómico con más de un siglo de existencia que surge como alternativa de los obreros al amparado de principios y valores universales, el derecho ha sido canalizador para su evolución, de ahí que la actual economía global y el clima político estimulen a los Estados para que acepten las cooperativas por ser una de las principales vías de empleo y por su marcada incidencia en el desarrollo económico, político y social de los países.

3. COOPERATIVAS O CPA, CCS, UBPC Y CNOA. EXPECTATIVAS DE CAMBIO

En materia de cooperativas, las regulaciones con que el ordenamiento jurídico vigente cuenta son básicamente: con carácter general el artículo 20 de la Constitución de la República de 1976; con carácter supletorio los artículos del 145 al 149 del Código Civil actual (en adelante CC) y con carácter especial la Ley No.95/02 sobre Cooperativas de Producción Agropecuaria y de Créditos y Servicios (en adelante LCPACS), el Acuerdo No.5454/05 que en su Anexo 1 dispone el Reglamento General de las Cooperativas de Producción Agropecuaria, el Decreto Ley No. 142/93 sobre las Unidades Básicas de Producción Cooperativa, complementado con la Resolución No. 574/12 su Reglamento General que establece el régimen disciplinario, el funcionamiento, los deberes y derechos, entre otros elementos procedimentales y el

52 - Libre adhesión y retiro, control democrático, neutralidad política y religiosa, venta al contado, distribución de excedentes entre los miembros en proporción a sus operaciones, interés limitado sobre el capital y promoción de la educación.

53 - Adhesión libre y voluntaria, organización democrática, distribución de excedentes entre los asociados (en proporción a su contribución con los mismos), interés limitado del capital (gran diferencia con las sociedades), neutralidad (en el plano político, religioso, racial, étnico, por nacionalidad, sectario, ideológico, sindical, entre otros), venta al contado y a precios de mercado, fomento y educación cooperativa (difundir los valores cooperativos entre los miembros y la sociedad en general), integración cooperativa (todas las organizaciones cooperativas deben cooperar activamente con otras cooperativas a nivel local, nacional e internacional para el logro de sus propósitos).

54 -Este principio fue reformulado en la Asamblea General Extraordinaria de la ACI el 31 de octubre del 2012, celebrada en Manchester, Reino Unido, adoptada mediante la Resolución N. 3 de esa reunión. Para más detalles sobre los principios rectores de la cooperativa Vid. LA O SERRA, *Las cooperativas no agropecuarias...*, op. cit, pp.20 y ss.

paquete legal que ampara a las no agropecuarias encabezado por el Decreto Ley No. 305/12.⁵⁵

En la Ley No. 95 del 2002 se identifica a las Cooperativas de Producción Agropecuaria conforme al artículo 4⁵⁶ como una entidad económica que representa una forma avanzada y eficiente de producción socialista, mientras las Cooperativa de Créditos y Servicios por el artículo 5⁵⁷ constituyen una asociación voluntaria de agricultores pequeños⁵⁸. A decir de Fernández Peiso (2005), la primera se coloca al nivel de actividad económica socialista, y la segunda solo alcanza al nivel de cooperación agraria para viabilizar gestiones.⁵⁹ Respecto a las Unidades Básicas de Producción Cooperativas (en adelante UBPC), el Decreto Ley 142/93 no establece una definición en su articulado, que vienen a ser descriptas por la Resolución No. 574/12 en su artículo 1 como

...la organización económica y social cooperativa, integrada por miembros asociados voluntariamente, con autonomía en su gestión y administración de los recursos, que recibe en usufructo las tierras y otros bienes que se determinen, por tiempo indefinido, así como otros que adquiere mediante compra; posee personalidad jurídica propia; forma parte de un sistema de producción al cual se vincula, constituyendo uno de los eslabones primarios que conforman la base productiva de la economía nacional, cuyo objetivo fundamental es el incremento sostenido y sostenible en cantidad y calidad, así como la diversificación, de la producción agropecuaria, incluida la cañera y la forestal, el empleo racional de los recursos de que dispone el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de los miembros y su familia.

Se comparte el criterio de Fernández Peiso (2005),⁶⁰ quien sostiene que no está sistematizado en el derecho positivo cubano sobre cooperativas, un concepto generalizador que las dote de identidad como institución. Las normativas se reducen a describir el contenido patrimonial de cada una particularizando la forma organizativa que adoptan, su denominación y la actividad (producción o servicios) a que se destinan. En ese sentido las cooperativas antes mencionadas operan en el sector agropecuario; fundamentadas por su contenido y alcance en distintos principios cooperativos. En el Decreto Ley No. 142/93 se establecen cuatro principios de la actividad y siete características esenciales de funcionamiento para las UBPC.⁶¹

- La vinculación del hombre al área como forma de estimular su interés por el trabajo y su sentido concreto de responsabilidad individual y colectiva.
- El autoabastecimiento del colectivo de obreros y sus familias con esfuerzo cooperado, así como mejorar progresivamente las condiciones de vivienda y otros aspectos relacionados con la atención del hombre.
- Asociar rigurosamente los ingresos de los trabajadores a la producción alcanzada.
- Desarrollar ampliamente la autonomía de la gestión. Las unidades de producción que se proponen deben administrar sus recursos y hacerse autosuficientes en el orden productivo.

Estas nuevas cooperativas se caracterizan por tener el usufructo de la tierra por tiempo indefinido, ser los dueños de la producción, vender su producción al Estado a través de la empresa o en la forma que éste decida,

55 - *Vid.* El paquete legal contiene dos Decretos-Ley (el número 305 y el 306, del 15 y 17 de noviembre de 2012 respectivamente), un Decreto del Consejo de Ministros (No. 309, del 28 de noviembre de 2012), una Resolución del Ministerio de Finanzas y Precios (No. 427/2012), y otra del de Economía y Planificación (No. 570/2012), lo que completa un marco regulatorio muy esperado desde que finalizó el congreso. Con la aprobación por el Consejo de Estado del Decreto Ley No.305/12 de 15 de noviembre de 2012 nace el régimen jurídico de las cooperativas no agropecuarias cubanas. Igualmente son de aplicabilidad las Resoluciones No.426/12 y 433/12 del Ministerio de Finanzas y Precios estableciendo el Nomenclador de Cuentas nacional, su uso y contenido y las Proformas de Estados Financieros. La Ley No.113/2012. Del Sistema Tributario (Sección Cuarta), del régimen especial para el sector cooperativo no agropecuario y la Resolución No.54/2005 del Ministerio de Finanzas y Precios, estableciendo elaborar a partir de las Normas Cubanas de Contabilidad la base normativa contable como parte integrante del Sistema de Control Interno en manual diseñado a estos efectos. *Cfr.* art. 2 del Decreto Ley No.305 de 15 de noviembre de 2012.

56 - *Cfr.* art. 4 de la Ley No.95/02: "la cooperativa de producción agropecuaria es una entidad económica que representa una forma avanzada y eficiente de producción socialista con patrimonio y personalidad jurídica propia, constituida con la tierra y otros bienes aportados por los agricultores pequeños, a la cual se integran otras personas para lograr una producción agropecuaria sostenible."

57 - *Cfr.* art. 5 de la Ley No.95/02:"la cooperativa de créditos y servicios es la asociación voluntaria de los agricultores pequeños que tienen la propiedad o el usufructo de sus respectivas tierras y demás medios de producción, así como sobre la producción que obtienen. Es una forma de cooperación agraria mediante la cual se tramita y viabiliza la asistencia técnica, financiera y material que el estado brinda para aumentar la producción de los agricultores pequeños y facilitar su comercialización. Tiene personalidad jurídica propia y responden de sus actos con su patrimonio."

58 - En la misma Ley, en su art. 1 inciso b) define como uno de los objetivos del cuerpo legal el de coadyuvar al fortalecimiento de las cooperativas como "entidades económicas socialistas", aspecto que sin dudas trae más polémica a la institución.

59 - Fernández Peiso, *El fenómeno cooperativo...*, *op. cit.*, pp.53-54. Para más detalles *vid* anexo 7.

60 - *Ídem*, p.54.

61 - *Cfr.* Arts. 1 y 2 del Decreto Ley No.142/93.

pagar el aseguramiento técnico-material, operar cuentas bancarias, comprar a créditos los medios fundamentales de producción, elegir en colectivo a su dirección y ésta rendirá cuenta periódicamente ante sus miembros, igual que se hace en las Cooperativas de Producción Agropecuarias y cumplir las obligaciones fiscales que les correspondan como contribución a los gastos generales de la nación.

La Ley No. 95/02 en su artículo 3 establece los principios⁶² que rigen para las CPA y CCS, que por su contenido y alcance en cierta medida tributan a los expuestos por la Alianza Cooperativa Internacional.

- Voluntariedad: la incorporación y permanencia de los miembros de las cooperativas es absolutamente voluntaria.
- Cooperación y ayuda mutua: todos los miembros trabajan y aúnan sus esfuerzos para el uso racional de los suelos y bienes agropecuarios, propiedad o en usufructo de las cooperativas o de los cooperativistas.
- Contribución al desarrollo de la economía nacional: todos los planes y programas de las cooperativas están dirigidos y tienen como objetivo fundamental trabajar por el desarrollo económico y social sostenible de la nación.
- Disciplina cooperativista: todos sus miembros conocen, cumplen y acatan conscientemente, las disposiciones de esta Ley, sus reglamentos, los acuerdos de la Asamblea General y las demás leyes y regulaciones que son de aplicación en las cooperativas.
- Decisión colectiva: todos los actos que rigen la vida económica y social de las cooperativas se analizan y deciden en forma democrática por la Asamblea General y la Junta Directiva, en que la minoría acata y se subordina a lo aprobado por la mayoría.
- Territorialidad: los agricultores pequeños se integran y pertenecen a la cooperativa del territorio en que están enclavadas sus tierras, con el fin de facilitar la mejor y más económica gestión de la cooperativa con relación a sus miembros.
- Bienestar de los cooperativistas y sus familiares: las cooperativas trabajan para lograr la satisfacción racional de las necesidades materiales, sociales, educativas, culturales y espirituales de sus miembros y familiares.
- Colaboración entre cooperativas: las cooperativas se prestan colaboración entre sí mediante la compraventa de productos para el autoabastecimiento, pies de cría, semillas, prestación de servicios para la producción, intercambio de experiencias, y otras actividades lícitas sin ánimo de lucro.
- Solidaridad humana: practican la solidaridad humana con sus miembros, trabajadores y demás personas que habiten en las comunidades donde están enclavadas.

- Interés social: todos sus actos y acciones tienen como fin el interés social.

El estudio del cooperativismo en Cuba no se limita al sector agrario, un paso trascendental en el auge y expansión de las cooperativas, lo constituye las no agropecuarias surgidas recientemente con los cambios sustanciales en el modelo económico cubano a partir de 2012, fruto de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobados por el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, en esencia, del numeral 25 que dispone:

Se crearán las cooperativas de primer grado como una forma socialista de propiedad colectiva, en diferentes sectores, las que constituyen una organización económica con personalidad jurídica y patrimonio propio, integradas por personas que se asocian aportando bienes o trabajo, con la finalidad de producir y prestar servicios útiles a la sociedad y asumen todos sus gastos con sus ingresos.

La cooperativa no agropecuaria se define en el artículo 2 apartado 1 del Decreto Ley No.305/12 como

una organización con fines económicos y sociales, que se constituye voluntariamente sobre la base del aporte de bienes y derechos y se sustenta en el trabajo de sus socios, cuyo objetivo general es la producción de bienes y la prestación de servicios mediante la gestión colectiva, para la satisfacción del interés social y el de los socios. La cooperativa tiene personalidad jurídica y patrimonio propio; usa, disfruta y dispone de los bienes de su propiedad; cubre sus gastos con sus ingresos y responde de sus obligaciones con su patrimonio.⁶³

Esta forma de manifestación colectiva de la propiedad no representa una mera entidad económica, sino una institución con marcado carácter social, ideológico y político. En ese sentido el ordenamiento jurídico cooperativo no agropecuario acoge varios principios rectores para su funcionamiento, muchos de los cuales coinciden con los establecidos para las cooperativas agropecuarias existentes:

- La voluntariedad: la incorporación y permanencia de los socios en la cooperativa es libre y voluntaria.
- La cooperación y ayuda mutua: todos los socios trabajan y se prestan ayuda y colaboración entre sí, para alcanzar los objetivos de la cooperativa.
- La decisión colectiva e igualdad de derechos de los socios: los actos que rigen la vida económica y social de la

62 - A pesar de no incluir dentro del artículo 3 taxativamente el principio de “educación, capacitación e información”, este se infiere aunque de forma limitada, de la interpretación del artículo 7 que establece: Las cooperativas trabajan en la educación de sus miembros para el cumplimiento de los principios que las rigen, así como en su capacitación técnica y la formación de sus cuadros.

63 - Cfr. art. 2 del Decreto Ley No. 305 de 15 de noviembre de 2012.

cooperativa se analizan y deciden en forma democrática por los socios, que participan en la toma de decisiones con iguales derechos.

- Autonomía y sustentabilidad económica: las obligaciones –de las cooperativas no agropecuarias- se cubren con los ingresos. Pagados los tributos establecidos, crean los fondos y las utilidades se reparten entre sus socios en proporción a su contribución al trabajo.
- La disciplina cooperativista: todos los socios aportan su trabajo en la cooperativa; conocen, cumplen y acatan conscientemente las disposiciones que regulan su actividad, así como los acuerdos de sus órganos de dirección y administración, y demás regulaciones que sean de aplicación a la cooperativa.
- La responsabilidad social, contribución al desarrollo planificado de la economía y al bienestar de sus socios y familiares: los planes de las cooperativas tienen como objetivo contribuir al desarrollo económico y social y sostenible de la nación, proteger el medio ambiente, desarrollar sus actividades sin ánimo especulativo y garantizar el cumplimiento disciplinado de las obligaciones fiscales y otras. Trabajan por fomentar la cultura cooperativista y por las satisfacciones de las necesidades materiales, de capacitación, sociales, culturales, morales y espirituales de sus socios y familiares.
- Educación, capacitación e información y de preocupación por la comunidad y la sostenibilidad ambiental: las cooperativas brindan educación para adquirir conocimiento y entrenamiento para mejorar las habilidades de sus miembros, a sus dirigentes electos, gerentes y empleados, de tal forma que contribuyan eficazmente al desarrollo de su cooperativa.
- La colaboración y cooperación con otras cooperativas y con otras empresas: las cooperativas se relacionan entre sí y con otras entidades estatales o no, mediante contratos, convenios de colaboración, intercambio de experiencias y otras actividades lícitas.

“Ninguno de los cuerpos legales antes mencionados, unifican, clarifican, ni sistematizan los principios bajo los cuales deben operar⁶⁴ todas las modalidades de cooperativas del país en sentido general y en ocasiones

asumen como principios verdaderos valores del movimiento cooperativo⁶⁵ (Fernández Peiso, 2005). No obstante, aunque esta formulación se atempera a los fines políticos y socioeconómicos de la nación, se acerca considerablemente a los principios internacionalmente pronunciados por la Alianza Cooperativa Internacional.

Por demás, el régimen jurídico de las cooperativas no agropecuarias comprende las cooperativas de primer y segundo grado. La primera se integra mediante la asociación voluntaria de al menos tres personas naturales, mayores de edad (18 años), residentes permanentes en Cuba y aptos para realizar labores productivas o de servicios de las que constituyen su actividad. La segunda se conforma de dos o más cooperativas de primer grado con el objetivo de organizar actividades complementarias afines o que agreguen valor a los productos y servicios de sus socios, o de realizar compras y ventas conjuntas con vistas a lograr mayor eficiencia.⁶⁶

Puede afirmarse que las cooperativas reconocidas por el ordenamiento jurídico cubano se clasifican en atención a la actividad socioeconómica a que se dedican en: agrarias y no agropecuarias. Las primeras se dividen en atención al mismo criterio en: CPA, CCS y UBPC; según el nivel de organización de sus miembros son de base o de primer grado; respecto a su constitución las dos primeras surgen espontáneamente, es decir, por voluntad de los agricultores pequeños que interesen asociarse, no así la última cuya solicitud se presenta por la autoridad correspondiente.⁶⁷ Las no agropecuarias se clasifican según sus miembros en: cooperativas de 1er y 2do grado. Dentro de las cooperativas de 1er grado, según su constitución serán espontáneas las que surjan al amparo de los incisos a) y b) del artículo 6 del DL305/12, en cambio aquellas que obedezcan a lo establecido en el inciso c) del propio precepto se entenderán promovidas por instituciones externas.⁶⁸

64 - Cfr. Fernández Peiso, El fenómeno cooperativo..., op. cit, p.48.

65 - V. gr. En la Ley No.95/02 se consigna dentro de la gama de principios “la cooperación y ayuda mutua” y “la solidaridad humana”, sin embargo, se plasma correctamente el principio de “colaboración entre cooperativas”. Lo mismo sucede en el Decreto Ley No.305/12 que establece como principios “la cooperación y ayuda mutua” y “la responsabilidad”, este último dentro de un macro principio denominado “la responsabilidad social, contribución al desarrollo planificado de la economía y al bienestar de sus socios y familiares”. Vid. Supra comentario 54.

66 - Cfr. Artículo 5 del Decreto Ley No.305-12.

67 - El artículo 4 de la Resolución No. 574/12 dispone: para proponer la constitución de una UBPC, el Delegado o el Director de la Agricultura en la provincia evalúa la solicitud de la propia autoridad en el municipio, que contendrá la propuesta de línea fundamental de producción y de objeto social, y se acompañará del dictamen sobre factibilidad económica y legal de la solicitud, elaborado por la empresa a partir de la cual surge la UBPC y sustentado en el criterio de las direcciones de Finanzas y Precios, y de Economía y Planificación, así como de la representación del Banco que corresponda. Al efecto de la expresada evaluación, se oír además el parecer del Secretario General del Sindicato correspondiente a esa instancia.

68 - Cfr. El artículo 11 del Decreto Ley No.305/12. Para más detalles sobre los criterios de clasificación de las cooperativas Vid. Supra comentario 53.

Del estudio de las cooperativas reguladas por el sistema jurídico cubano se evidencian incertidumbres de rango constitucional y legal que generan las siguientes interrogantes: ¿Constituyen las Unidades Básicas de Producción Cooperativas verdaderas cooperativas? ¿Tienen las cooperativas no agropecuarias rango constitucional? Si se parte de considerar que en el marco interno las cooperativas son formas de manifestación de la propiedad independiente de las asociaciones y sociedades al amparo del artículo 39 incisos b) y ch) del Código Civil, surge la pregunta: ¿Las cooperativas no agropecuarias han de catalogarse cooperativas o sociedades?

Especialistas consideran que el carácter de cooperativa en la UBPC solo reside en su producción cooperada. Otros la perciben como un nuevo modelo que se estructura dentro del cambio de las relaciones de propiedad y de trabajo en la agricultura cubana. Para Niurka Pérez Rojas y Dayma Echevarría León (1998) las UBPC constituyen por su dualismo funcional y estructural,⁶⁹ un híbrido entre la forma de propiedad estatal y la propiedad cooperativa, pero que no llega exactamente a ser una o la otra, sino que es algo “*sui generis*”; es un aporte, una innovación, una novedad en las formas de organización de la producción. Así se fundamenta la concepción de las UBPC como “otro tipo de propiedad no estatal, con características propias, dirigidas por Organismos de la administración Central del Estado, cuyo representante es nombrado Administrador y no Presidente como en las Cooperativas, lo que da la idea de que se trata de la administración de la propiedad socialista perteneciente a un colectivo de trabajadores”.⁷⁰

Sabido que la Constitución socialista cubana en el artículo 20 autoriza la organización de cooperativas de producción agropecuaria –en los casos y en la forma que la ley establece- mediante el reconocimiento del derecho de los agricultores pequeños a asociarse entre sí, Rodríguez Musa (2010) refiere que de realizarse una interpretación rígida del texto constitucional, podrá parecer que el derecho de asociarse en cooperativas es exclusivo de los campesinos, y no así prerrogativa de otros sectores del pueblo trabajador. Sin embargo, no debemos olvidar que la Constitución y la revolución popular que le sirvió de fundamento, es fruto de la fuerza

pujante no solo de los campesinos, sino además de otros trabajadores manuales e intelectuales, que de igual forma pudieran disfrutar de los beneficios de esta “...*forma avanzada y eficiente de producción socialista...*”⁷¹

Respecto a las Cooperativas No Agropecuarias (CNoA), aun cuando su naturaleza jurídica y amparo constitucional pueden ser cuestionados tanto o más de las que poseen mayor tracto en nuestro país, traemos a colación el criterio de Fernández Peiso (2005) y Rodríguez Musa (2010), a decir de Fernández

...a falta de un reconocimiento constitucional general y explícito de la sociedad cooperativa, poseen sus fundamentos constitucionales en los arts. 23 y 54 de la Constitución. El art. 23 pues reconoce la propiedad de las sociedades, y las cooperativas son sociedades de personas; personas que tienen, conforme el art. 54 de la propia Constitución, el derecho de asociarse para constituir organizaciones sociales, y las cooperativas son organizaciones sociales. Debe cuidarse que de la lectura del Primer Por Cuanto de la Ley No. 54/85 se infiera interpretar que el art. 54 de la Constitución sólo encauza la creación de asociaciones de las clases que regula dicha Ley. El art. 54 de la Constitución regula: a) los derechos de reunión, manifestación y asociación –término asociación que en su clara acepción es el genérico de las formas asociativas-; b) las condiciones del ejercicio de la actividad de las organizaciones de masas y sociales; y c) los derechos de libertad de palabra y opinión intraorganización.⁷²

Rodríguez Musa (2010) resalta que el texto del artículo 23 de la Constitución socialista cubana de 1976, consta con la suficiente amplitud como para sustentar casi cualquier posición teórica que se asuma para explicarla. Desde esta perspectiva, explica el autor que nada impide que otros sectores del pueblo trabajador –además de los campesinos- se agrupen en cooperativas, a partir del reconocimiento genérico que hace el precepto citado de las sociedades y asociaciones económicas. La empresa cooperativa resulta una forma ideal para que la ley brinde contenido al precepto conforme a la esencia popular del texto constitucional. No olvidemos que se trata de entidades encaminadas a satisfacer –sobre la base del esfuerzo propio y la ayuda mutua- las necesidades sociales y económicas de sus miembros; para cuyo propósito funcionan sobre reglas tendentes a asegurar el control democrático y la participación económica de los

69 - Para estas autoras la UBPC por su funcionamiento, se sitúa entre una unidad comercial y una unidad técnico-productiva y por su estructura está a medio camino entre la empresa estatal y una verdadera cooperativa.

70 - Cfr. Pérez Rojas, Niurka y Dayma Echevarría León, “Participación y producción agraria en Cuba. Las UBPC”, en: *Revista Temas*, No. 11, Cuba, 1998, pp. 5-15.

71 - Vid. Rodríguez Musa, *La Cooperativa como figura jurídica...*, op. cit, p.71.

72 - Cfr. Fernández Peiso, *El fenómeno cooperativo...*, op. cit, p.110.

asociados, lo que resulta consecuente con el principio de distribución socialista “de cada cual según su capacidad, a cada cual según su trabajo” y con la “supresión de la explotación del hombre por el hombre”.

Si se parte de las posiciones *supra* analizadas y del propio Decreto-Ley No. 305/12, ha de considerarse ésta por su naturaleza jurídica

una sociedad, a pesar de tener rasgos de las tradicionales asociaciones, pues en ellas los socios persiguen una finalidad de carácter patrimonial, susceptible de aportarles una ventaja, que aunque no se menciona directamente, no se excluye cuando se afirma que el *objetivo general es la producción de bienes y la prestación de servicios mediante la gestión colectiva, para la satisfacción del interés social y el de los socios*. El origen negocial y la índole común del fin promovido por todos los socios, se engloba dentro de los marcos del fenómeno societario. La profesionalidad en la actividad económica de la cooperativa, destinada a cubrir las necesidades de sus miembros, supone la estabilidad y la continuidad de su actuar, constituyendo un modelo sui generis de empresa que presenta afinidades básicas con el resto de las figuras empresariales que operan en la realidad económica cubana, sin que de ello se derive -necesariamente- el ánimo de lucro, sino tan solo la exigencia de mantener rentabilidad o economicidad⁷³ (La O Serra, Bismark, 2013).

Con independencia de sus diferencias matizadas por el momento distintivo en el que cada una fue creada y a las distintas realidades que respondían, conocido es que por los principios en que se sustentan y finalidad, al margen de las disquisiciones que pudieran traerse a colación sobre su funcionamiento, las CPA, CCS, UBPC y CNoA están unidas por un mismo hilo conductor a partir del reconocimiento del derecho de asociarse que poseen las personas residentes permanentes en el país: lograr la satisfacción de necesidades espirituales y materiales de la sociedad con el aporte de estas formas de gestión. No puede valorarse la viabilidad de una sola norma desde la perspectiva aislada de la facilidad de operabilidad para los profesionales del derecho, y en general para la población, sino por demás la oportunidad de sistematizar en ella de forma coherente y sistémica aspectos esenciales a la institución que van desde su identificación, principios que la sustentan, funcionamiento, finalidad, entre otros varios elementos que la fortalecerían y que en

la actualidad cuando aparecen en el ordenamiento jurídico cubano, lo hacen de forma atomizada.

Dicho esto, en el ámbito patrio pudieran esgrimirse dos vías para definir a partir de la naturaleza jurídica de la institución, su amparo constitucional. De reconocer que son sociedades pudiera aplicarse la solución ofrecida por Fernández Peiso y Rodríguez Musa de conceder como amparo constitucional el artículo 23 de la Constitución vigente empleado hasta el momento de forma limitada a la inversión extranjera, lo que a su vez entra en conflicto con la denominación de esta categoría jurídica debiendo asumir otro nombre. Si se exigiera su reconocimiento expreso, lejos de interpretaciones extensivas del cuerpo constitucional cubano en el supuesto de ser entendida como una cooperativa propiamente dicha, sería prudente modificar el artículo 20 de la Constitución a fin de consagrar todas las cooperativas reguladas en el ordenamiento jurídico vigente -escapen o no al perfil agrario- y con ello otorgarle amparo constitucional. Estos particulares conducen a la necesaria e inminente reforma constitucional a fin de atemperar la Carta Magna a la realidad social y jurídica que impera en el marco nacional e internacional.⁷⁴

De acogerse la última postura, se propone la siguiente redacción del artículo 20:

Artículo 20: El Estado autoriza la creación de cooperativas en los casos y en la forma que establece la ley: reconoce la propiedad de las cooperativas sobre los bienes muebles e inmuebles que les resulten necesarios para el ejercicio de la actividad a que se dedican, conforme a lo establecido por la ley. El uso, disfrute y disposición de los bienes pertenecientes al patrimonio de las cooperativas se rigen por lo dispuesto en la ley y sus reglamentos. El Estado brinda todo el apoyo posible a esta forma colectiva de manifestación de la propiedad, en tanto forma avanzada y eficiente de la sociedad.

Por último se coincide con investigaciones precedentes⁷⁵ que resulta necesario implementar una Ley de las Cooperativas que regule un concepto general de cooperativa, las modalidades reconocidas por el modelo económico cubano, los principios comunes a todas ellas y demás particularidades de cada tipología. Así se pondría fin a la dispersión legislativa existente y a los cuestionamientos doctrinales y jurídicos abordados en esta investigación.

73 - Cfr. La O Serra, *Las cooperativas no agropecuarias...*, op. cit., p.64.

74 - Sin pretender negar que las cooperativas no agropecuarias reguladas al amparo del Decreto Ley No. 305/12 asumen rasgos que la identifican como una sociedad, acreditado en investigaciones precedentes, se considera prudente asumir la segunda postura partiendo de la naturaleza jurídica que sobre tal institución asume Cuba, en tanto forma de manifestación colectiva de la propiedad, que a tenor del comentado artículo 39 incisos b) y ch) del Código Civil se distingue de las asociaciones y sociedades.

75 - V. gr. Fernández Peiso, *El fenómeno cooperativo...*, op. cit.; La O Serra, *Las cooperativas no agropecuarias...*, op. cit

CONCLUSIONES

De las analogías entre ciertas instituciones de la Antigüedad, Edad Media y la Época Contemporánea, se concreta el surgimiento incipiente de las cooperativas desde la antigüedad. Sin embargo, el punto de partida del movimiento cooperativista contemporáneo se localiza a finales del siglo XVIII e inicios del XIX en Inglaterra con la creación de la Sociedad Equitativa de los Pioneros de *Rochdale*. No obstante haber transcurrido tanto tiempo y con él la polémica en torno a esta institución, se colige que la naturaleza jurídica de las cooperativas responde a tres posiciones básicas en el ámbito internacional y una cuarta postura en el marco nacional. Países de América Latina definen esta categoría jurídica como una asociación, sociedad o figura autónoma. Para Cuba es una forma colectiva de manifestación de la propiedad aunque no escapa a las disquisiciones doctrinales antes referidas y otras propias. De forma general, se admiten varias modalidades de cooperativas, todas amparadas en los principios establecidos internacionalmente, con particularidades adicionales por cada ordenamiento jurídico interno el que en el último quinquenio se ha visto trastocado a raíz de los cambios en el modelo económico cubano, incluyendo por demás nuevas modalidades de cooperativas, lo que ha condicionado el incremento de la dispersión legislativa, así como incertidumbres respecto a la naturaleza jurídica y el amparo constitucional de tales tipologías. Como consecuencia resulta necesaria la modificación del artículo 20 de la Constitución, así como la promulgación de una Ley de las Cooperativas que contribuya al perfeccionamiento del ordenamiento estatal socialista.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Cantón Blanco, Luis E. (1980). Conferencias de propiedad y derechos reales, ENPES, La Habana.
- II. Cruz Reyes, Jesús y Camila Piñeiro Harnecker. (2011). Cooperativas y Socialismo. Una mirada desde Cuba, Editorial Caminos, La Habana, Cuba.
- III. Cruz Reyes, Jesús. (2012). Cooperativas de segundo grado en Cuba (experiencia de 1982/86), ponencia presentada en el VIII Congreso Internacional de Derecho Agrario, La Habana.
- IV. Cruz Reyes, Jesús. (2013) "Cooperativas en el capitalismo: desarrollo y contradicciones", en: Revista Temas, No.75, Cuba, julio-septiembre.
- V. Declaración de la Alianza Cooperativa internacional sobre la Identidad Cooperativa. (1995). XXXI Congres Manchester, Agenda and Reports Summaries and Translations, Geneva.
- VI. Dompi, Carlos. (1976) Historia de las Sociedades Cooperativas, Caracas.
- VII. Fernández Peiso, León Avelino. (2005). El fenómeno cooperativo y el modelo jurídico nacional. Propuesta para la nueva base jurídica del cooperativismo en Cuba, Tesis presentada en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Cienfuegos.
- VIII. Hugo Richard, Efraín y Orlando Manuel Muiño. (2000). Derecho Societario, Editorial Astrea, Depalma, 3ra reimpresión, Ciudad de Buenos Aires.
- IX. La O Serra, Bismark. (2013). Las cooperativas no agropecuarias: retos y perspectivas para el ordenamiento jurídico constitucional y administrativo, tesis en opción al grado científico de Máster en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, Cuba.
- X. Mantilla Molina, Roberto L. (1998). Derecho Mercantil, México.
- XI. Montenegro de Siquot, Ofelia Josefina y Eduardo de Gregorio. (2014). El marco jurídico del cooperativismo y las entidades de economía social en la Argentina, disponible en: <http://www.fundace.org.br/cooperativismo/arquivos=pesquisa.../047-siquot.pdf>., consultado en fecha 13 de Enero de 2014.
- XII. Montenegro, Ovidio. (2014). Fundamento y Doctrinas del Cooperativismo, en: <http://www.monografias.com/trabajos82/doctrinas-del-cooperativismo/doctrinas-del-cooperativismo.shtml> consultado en fecha 13 de Enero de 2014.
- XIII. Pérez Rojas, Niurka y Dayma Echevarría León. (1998). "Participación y producción agraria en Cuba. Las UBPC", en: Revista Temas, No. 11.
- XIV. Rocamora Sola, Aarón. (s.f.). Cooperativismo, una forma de combatir la crisis agraria. Universidad de Alicante. disponible en el sitio web: <https://web.ua.es/es/giecryal/documentos/alumnos/cooperativismo.pdf?noCache1310066429652>
- XV. Rodríguez Musa, Orestes. (2012). La cooperativización en la economía cubana. Aproximación a sus actuales directrices constitucionales, Tesis presentada en opción al grado científico de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo. Revista Científica Avances Vol. 14 (4), oct-dic.
- XVI. Rodríguez Musa, Orestes. (2010). "La Cooperativa como figura jurídica. Perspectivas constitucionales en Cuba para su aprovechamiento en otros sectores de la economía nacional diferentes al agropecuario", en: Revista Cubana de Derecho, IV Época N. 36 julio – diciembre, Ed. UNJC, disponible en el sitio web - <http://www.vlex.com/source/2615>, consultado en fecha 15 de Mayo de

- 2014.
- XVII. Salinas Puente, Antonio. (1967). Derecho cooperativo, Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela, Caracas.
- XVIII. Vicent Chuliá, Francisco. (1996). Compendio crítico de Derecho Mercantil, Ed., MES, España.
- XIX. Vodanovic H., Antonio. (1996). Manual de Derecho Civil, T I, Parte Preliminar y General, Chile.

REFERENCIAS COMPLEMENTARIAS

- XX. Banco de la República. Historia del Cooperativismo, disponible en: www.banrepcultural.org/blaavirtual/ciencias/sena/cooperativismo/generalidades-del-cooperativismo/generali1.htm, consultado en fecha 23 de Abril de 2014.
- XXI. Dihigo, Ernesto y López, Trigo. (2006) Derecho Romano, Parte 2, Tomo I, Editorial Félix Varela, Habana, Cuba.
- XXII. Eguía Villaseñor, Florencio. (1997). Identidad Cooperativa, Ed. San Luis Potosí, Confederación Mexicana de Cajas Populares, México.
- XXIII. Esteller, David. (2014) Doctrina y Marco legal del Cooperativismo en Venezuela, disponible en: www.slideshare.net/JulioArturoRenteraRondo/marco-teorico-legal-de-las-cooperativas, consultado en fecha 28 de Marzo de 2014.
- XXIV. Fernández Lorenzo, Angie. (2014). Pilares para el éxito de cooperativas agrarias en el contexto cubano, disponible en: www.retos.reduc.edu.cu/index.php/publicaciones-listado?view=publication&task=downloadArticle&file=10201564ef0e2c494883.pdf, consultado en fecha 7 de Abril de 2014.
- XXV. Figueroa, Vivian. (2003). El cooperativismo en la reforma del modelo económico de la transición al Socialismo en Cuba, Tesis de doctorado, Universidad de La Habana, Cuba.
- XXVI. Fundación cultural. (2014). La Dulce: Cooperativa-Movimiento, disponible en: www.fcladulce.org.ar/new3/pdf/cooperativismo_19.pdf, consultado en fecha 7 de Abril de 2014.
- XXVII. Gadea, Sacristán, y Vargas Vasserot. (2009). Régimen jurídico de la sociedad cooperativa del siglo XXI. Realidad actual y propuestas de reforma, Ed. Dykiston, Madrid.
- XXVIII. Gómez Segada, José Antonio. (1997). "Notas sobre el concepto y características de Sociedades Cooperativas", en: Revista Cooperativismo y Economía Social, No. 16, Vigo, Julio-Diciembre 1997.
- XXIX. Hernández Aguilar, Orisel y Rodríguez Musa, Orestes. (2011). "La cooperativa en el ordenamiento jurídico cubano. Una aproximación crítica a la luz del actual proceso de perfeccionamiento del modelo económico en el país", en: Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo, No. 45, Bilbao.
- XXX. Jiménez Guethon, Reynaldo. (2014). Las Cooperativas cubanas. Una mirada desde dentro, disponible en: www.revista.ecaminos.org/autor/reynaldo-jimenez-guethon/, consultado en fecha 23 de Mayo de 2014.
- XXXI. Jiménez Guethon, Reynaldo. (2003). "El cooperativismo cubano: Historia, Presente y Perspectiva", en: Revista UniRcoop. Red Universitaria de las Américas en estudios Cooperativos y Asociativismo, Volumen 1, Número 2, Universidad de Sherbrooke, Canadá.
- XXXII. Kaplan de Drimer. (1981). Las cooperativas. Fundamentos – Historia Doctrina, Ed. Intercoop, Buenos Aires.
- XXXIII. Klein, Michel. (2014). El camino de la cooperativa: origen y principios, disponible en: www.lareddelagente.com.mx/v4/Libro/02%20El%20camino%20de%20la%20cooperativa.pdf, consultado en fecha 2 de Enero de 2014.
- XXXIV. Martínez Sánchez, Adruel. (2011). Fundamentos básicos de creación de las Cooperativas de Servicios en Cuba como nueva forma de gestión económica. Disponible en: www.aracoop.coop/actualidad/la-cooperativa-de-servicios-modelo-para-la-cooperacion-empresarial-13.htm, consultado en fecha 19 de Diciembre de 2013.
- XXXV. Max, Carlos y Engels Federico. (1980). El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre, Obras Escogidas T II, Ed., Progreso, Moscú.
- XXXVI. Mladenatz Gromoslav. (1980). Historia de las Doctrinas Cooperativas, Ed. MIR. B. Aires.
- XXXVII. Mogrovejo, Rodrigo, Mora, Alberto y Vanhuynegem, Philippe. (2012). El cooperativismo en América Latina. Una diversidad de contribuciones al desarrollo sostenible, Eds. , La Paz, OIT, Oficina de la OIT para los Países Andinos.
- XXXVIII. Mora, Alberto (2012). Visión panorámica del sector cooperativo en Costa Rica, Eds. , La Paz, OIT, Oficina de la OIT para los Países Andinos.
- XXXIX. Murillo Jorge, Marino. (2012). Conferencia de prensa sobre el proceso de actualización del modelo económico cubano, 4 de mayo. Disponible en: www.cubaminrex.cu/MirarCuba/Articulos/Economia/2012/conferencia.html, consultado en fecha 20 de Diciembre de 2013.
- XL. Nova Gonzales, Armando. (1998). "Las nuevas Relaciones de Producción en la Agricultura", en: Revista Cubana Investigación Económica, INIE.

- No. 1, Enero-Marzo.
- XLII. Parra Escobar, Verónica. (2012). *Naturaleza de las Cooperativas*, Universidad Cooperativa Facultad de Derecho Cartago, Valle. Disponible en: www.slideshare.net/verito1205/naturaleza-de-las-cooperativas-15209185, consultado en fecha 2 de Abril de 2014.
- XLIII. Ramos Santos, Julio. (2014). *El mundo de las cooperativas*, disponible en: www.confecoop.coop/index.php/cooperativismo/en-el-mundo, consultado en fecha 25 de Marzo de 2014.
- XLIV. Rodríguez, Mayele. (2014). *Principios y Valores Cooperativos*. Disponible en: www.slideshare.net/mayelerodriguez/2-principios-y-valorescooperativos, consultado el 12 de Febrero de 2014.
- XLV. Segrelles Serrano, José Antonio. (2014). "Los Principios Cooperativos para el siglo XXI", en: *El Hogar Obrero: Cooperativa de consumo, Edificación y Crédito*, en: www.elhogarobrero1905.org.ar, consultado en fecha 17 de Febrero de 2014.
- XLVI. Torres Lara, Carlos. (2014). "Cooperativismo: Marco Teórico Legal del Sistema Cooperativo, Anexos Emblema del Cooperativismo Bandera del Cooperativismo Símbolo de la Alianza Cooperativa Internacional", disponible en: www.org.coop, consultado en fecha 19 de Enero de 2014.
- XLVII. Watkins, William. (1997). *El Movimiento Cooperativo Internacional*, Editorial Intercoop, Buenos Aires. Disponible en: www.cooperativaobrero.coop/una-empresa-diferente/identidad-cooperativa/historia-y-presente-del-movimiento-cooperativo, consultado en fecha 16 de Febrero de 2014.
- XLVIII. Weber, Yaika. (1967). *Orígenes y desarrollo de la legislación cooperativa en Venezuela*, Derecho Cooperativo. Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Central de Venezuela, Caracas.
- XLIX. Wilhelm Raiffeisen, Friedrich. (2014). *La obra de cooperativas y sus raíces cristianas*, disponible en: www.deutsches-raiffeisenmu-seum.de/IRU0109_es.pdf, consultado en fecha 14 de Febrero de 2014.
- L. Thompson Reuters, España, Septiembre de 2009. Ley No. 20.337 de Cooperativas argentina de 1973, disponible en: www.es.scribd.com/doc/89422587/Ley-20337-1973-Ley-de-Cooperativas-Actualizada, consultada en fecha 20 de Abril de 2014.
- LI. Ley No.38/80, "Régimen Legal de las Asociaciones Cooperativas" de Panamá, ACI Américas - Publicaciones impresas, www.aciamericas.coop/Publicaciones-impresas-, consultada en fecha 20 de Abril de 2014.
- LII. Ley N° 6756 "Ley de Asociaciones Cooperativas y Creación del Instituto Nacional de Fomento Cooperativo" de 30 de abril de 1982 en Costa Rica, disponible en: www.campus.co.cr/educoop/docs/md/leyes_reglamentos/ley_coop_ley_6756.pdf, consultada en fecha 20 de Abril de 2014.
- LIII. La Ley General de Sociedades Cooperativas mexicana de 1994, disponible en: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/143.pdf, consultado en fecha 21 de Abril de 2014.
- LIV. Ley Especial de Asociaciones venezolana del 2001, en Gaceta Oficial N° 37.285, 18 de septiembre de 2001, disponible en: www.derechos.org/ve/pw/wp-content/uploads/ley_cooperativas.pdf, consultada en fecha 20 de Abril de 2014.
- LV. Ley General de las Cooperativas de 29 de septiembre de 2004 de Nicaragua, ACI Américas - Publicaciones impresas, www.aciamericas.coop/Publicaciones-impresas-, consultada en fecha 20 de Abril de 2014.
- LVI. Ley General de Cooperativas de Chile, ACI Américas - Publicaciones impresas, www.aciamericas.coop/Publicaciones-impresas-, consultada en fecha 20 de Abril de 2014.
- LVII. Ley N° 18.407 "Sistema Cooperativo" de 24 de octubre de 2008 en Uruguay, ACI Américas - Publicaciones impresas, www.aciamericas.coop/Publicaciones-impresas-, consultada en fecha 20 de Abril de 2014.
- LVIII. Ley General de Cooperativas de 10 de abril de 2013 en Bolivia, ACI Américas - Publicaciones impresas, www.aciamericas.coop/Publicaciones-impresas-, consultada en fecha 20 de Abril de 2014.

Legislaciones internacionales

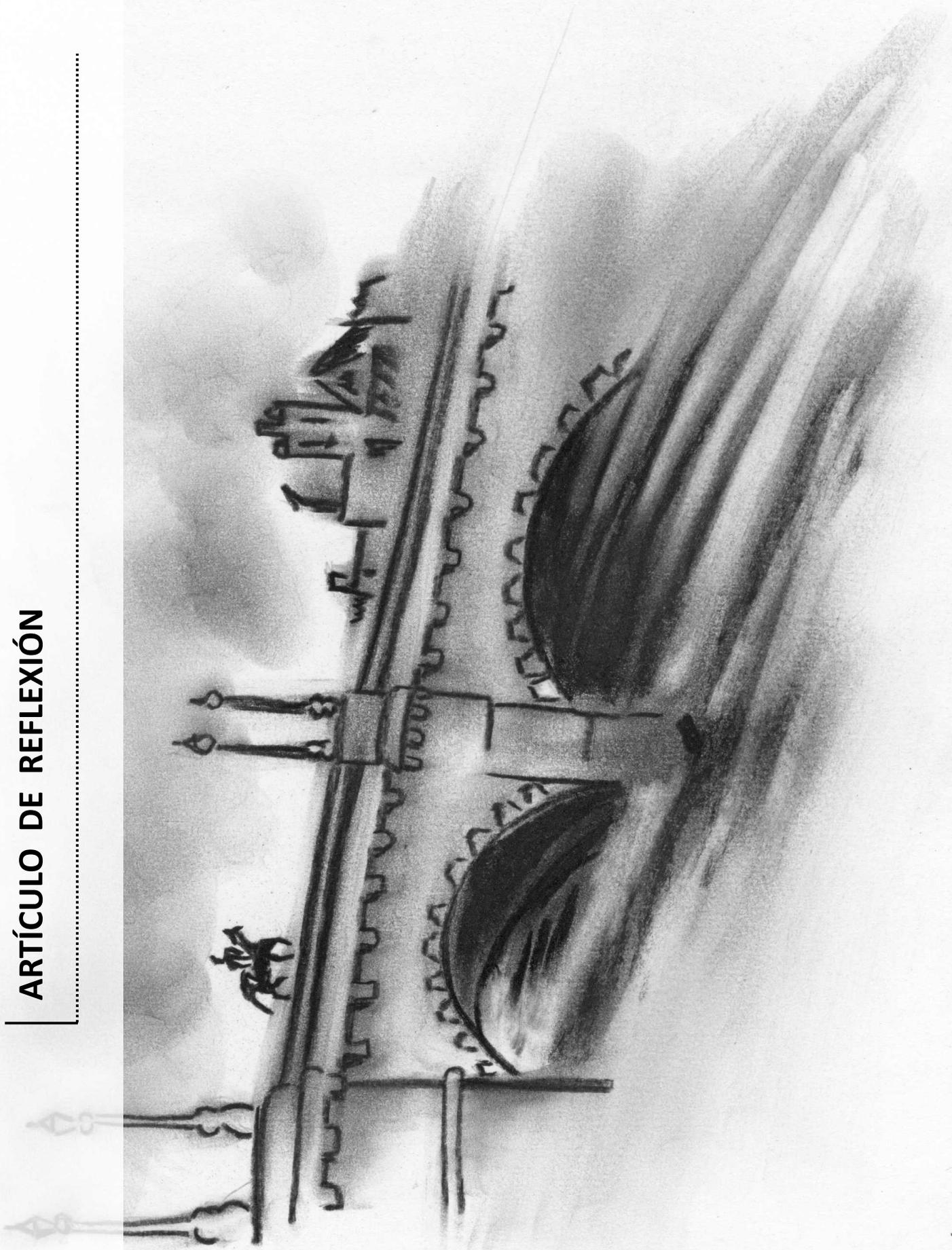
- XLVIII. Ley Marco para las Cooperativas de América Latina, disponible en: <http://www.aciamericas.coop/IMG/pdf/LeyMarcoAL.pdf>, consultada en fecha 20 de Abril de 2014.
- XLIX. Código Civil de España de 1889 con la reforma introducida por la Ley 54/07 de 28 de diciembre, concordado por Fernández Urzainqui, Francisco Javier, 19ª edición, Editorial Aranzadi S. A,

Legislaciones nacionales

- LIX. Constitución de Cádiz de 18 de marzo de 1812, disponible en: www.cervantesvirtual.com, consultado el 24 de Marzo de 2014.
- LX. Constitución de Guáimaro de la República de Cuba de 10 de abril de 1869, disponible en:

- www.fd.cug.co.cu, consultado el 27 de Marzo de 2014.
- LXI. Constitución de Baraguá de 23 de marzo de 1878, disponible en: www.fd.cug.co.cu, consultado el 1 de Abril de 2014.
- LXII. Constitución de Jimaguayú de 16 de septiembre de 1895, disponible en: www.fd.cug.co.cu, consultado el 10 de Abril de 2014.
- LXIII. Constitución de la Yaya de 30 de octubre de 1897, disponible en: www.fd.cug.co.cu, consultado el 16 de Abril de 2014.
- LXIV. Constitución de la República de Cuba de 21 de febrero de 1901, en Pichardo, Hortensia, Documentos para la Historia de Cuba, Tomo 2, Ed. Ciencias Sociales, Cuba, 1969.
- LXV. Constitución de la República de Cuba de 1 de Julio de 1940, en Pichardo, Hortensia, Documentos para la Historia de Cuba, Tomo 1, Ed. Ciencias Sociales, Cuba, 1969.
- LXVI. Ley Fundamental de 7 de Febrero de 1959, disponible en: www.fd.cug.co.cu, consultado el 24 de Abril de 2014.
- LXVII. Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero 1976, Ed. Política, 1999.
- LXVIII. Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976 reformada en 1992, en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 7 de 1 de agosto de 1992, Ciencias Sociales, La Habana, 2001.
- LXIX. Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, reformada en 1992 y 2002, en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003.
- LXX. La Ley No.36/82 de Cooperativas Agropecuarias, disponible en www.actaf.co.cu/biblioteca/legislacion-agraria-cubana/ley-36-1982.html, consultado en fecha 12 de Abril de 2014.
- LXXI. Ley No. 59 Código Civil de 16 de julio de 1987, anotado y concordado por PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. , Editorial de Ciencias Sociales, La Habana, Cuba, 2011.
- LXXII. Ley 95 “Ley de Cooperativas de Producción Agropecuaria y de Créditos y Servicios”, en Gaceta Oficial Edición Ordinaria, 29 de noviembre de 2002.
- LXXIII. Decreto Ley 142/93 Sobre el régimen jurídico de las Unidades Básicas de Producción Agropecuaria, disponible en www.actaf.co.cu/biblioteca/legislacion-agraria-cubana/decreto-ley-142-1993.html, consultado el 30 de Abril de 2014.
- LXXIV. Decreto Ley No. 305/12 sobre el régimen jurídico de las Cooperativas No Agropecuarias, en Gaceta Oficial No. 053 Extraordinaria, 11 de Diciembre de 2012.
- LXXV. Decreto Ley No. 306/12. Del Régimen Especial de Seguridad Social de las Cooperativas No Agropecuarias, en Gaceta Oficial No. 053 Extraordinaria, 11 de Diciembre de 2012.
- LXXVI. Decreto No 309/12 del Consejo de Ministros, Reglamento de las Cooperativas no Agropecuarias de Primer Grado, en Gaceta Oficial No. 053 Extraordinaria, 11 de Diciembre de 2012.
- LXXVII. Resolución No. 688/97 del Ministro de la Agricultura
- LXXVIII. Resolución No. 525/03 del Ministro del Azúcar.
- LXXIX. Resolución No.427/12 del Ministerio de Finanzas y Precios de los impuestos sobre utilidades, en Gaceta Oficial No. 053 Extraordinaria, 11 de Diciembre de 2012.
- LXXX. La Resolución No 570/12 del Ministerio de Economía y Planificación Sobre la solicitud de licitación de bienes pertenecientes a un establecimiento estatal para su gestión por las cooperativas no agropecuarias, en Gaceta Oficial No. 053 Extraordinaria, 11 de Diciembre de 2012.
- LXXXI. La Resolución No. 574/12 Reglamento General de las UBPC, en Gaceta Oficial No. 037 Extraordinaria, 11 de septiembre de 2012.
- LXXXII. Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobado por el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba el 18 de abril de 2011, en www.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2011/05/folleto-lineamientos-vi-cong.pdf, consultado en fecha 6 de Enero de 2014.

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN



Las fundaciones en el derecho canónico*

Canonical Law Foundations

Hernán Alejandro Olano García

Profesor Universidad de La Sabana, Colombia

hernanolano@gmail.com

Recibido: 07/12/16 Aprobado: 11/04/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1446>

RESUMEN

Dentro del principio de laicidad, que no sólo consiste en la independencia estatal para gestionar sus propias consecuencias, sino en la autonomía de las iglesias para gestionar las suyas, surge el tema de las fundaciones dentro del derecho canónico, que se subsume en el derecho eclesiástico del Estado, pero que, por los acuerdos tanto de derecho internacional como de derecho interno existentes, nos muestran cómo debe haber neutralidad en el reconocimiento de la recíproca autonomía del Estado y la religión, así como en la injerencia de su administración económica.

PALABRAS CLAVE

Derecho Eclesiástico del Estado; Estado laico; Estado Confesional; Fundaciones Pías; Iglesia; Secularismo.

ABSTRACT

Within the principle of secularism, which consists of both the Church and the State managing their own affairs independently of one another, the foundation of canonical law is evident. This type of law is incorporated into State ecclesiastic law, which, according to the agreements between international and existing domestic law, recognizes the need for neutral reciprocal autonomy between the state and religion, as well as within their intersecting economic policies.

KEYWORDS

Confessional State; Church; Pious Foundations; Secular State; State Ecclesiastic Law; Secularism.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo de reflexión e interpretativo sobre el tema de las fundaciones en derecho canónico, hace parte del proyecto de investigación sobre historia de las instituciones I y, con él, se realiza un recuento sobre un tema inexplorado, que además, no cuenta con bibliografía reciente que pueda alimentar la construcción de una institución que cada vez cobra más vida en el siglo XXI dentro de la estructura de apoyo de las instituciones eclesiales y del derecho canónico.

Se pretende acercar al derecho eclesiástico del Estado las disposiciones canónicas que siguen al canon 1495 del Código de Derecho Canónico, el cual reivindica para la Iglesia Católica y la Sede Apostólica "el derecho innato de adquirir, retener y administrar bienes temporales para el logro de sus propios fines, libre e independientemente de la potestad civil"; y en el parágrafo 2 del mismo canon se afirma así mismo "el derecho que tienen las iglesias particulares y demás personas morales erigidas por la autoridad eclesiástica en persona jurídica, de adquirir, retener y administrar bienes temporales, a tenor de los sagrados cánones".

* El presente trabajo, hace parte de la línea de investigación en historia de las Instituciones - I, que el autor desarrolla dentro del grupo de investigación en derecho, ética e historia de las instituciones "Diego de Torres y Moyachoque, Cacique de Turmequé". Dirección de investigaciones de la rectoría de la Universidad de La Sabana. Vigente desde enero 30 de 2016, registro DIN-HUM-052/2015.

Este derecho de propiedad de la iglesia se basa, en el derecho natural, ya que de la naturaleza misma nace el derecho que asiste a toda asociación, con fines honestos y útiles, de adquirir y usar de los bienes materiales que le son necesarios para alcanzar sus objetivos y es el que se traduce en las disposiciones acerca de las fundaciones en la normatividad canónica, que a continuación se presenta en detalle.

El desarrollo jurídico de las distintas confesiones religiosas reconocidas por un Estado, tiene como punto de referencia la naturaleza internacional o interna de ellas, como por ejemplo, la distinción entre iglesia católica y confesiones o denominaciones cristianas no católicas, que poseen un reconocimiento especial de acuerdo con la ley estatutaria de libertad religiosa colombiana; así, "la extensión a otras confesiones del mismo esquema, sin mayores distinciones, no resulta fácilmente aplicable, precisamente por la diversa naturaleza de cada una (estructura, organización, régimen jurídico, etc.)" (Prieto Martínez. 2015, p. 70).

En el presente artículo, únicamente, como estado del arte, analiza la legislación canónica de la iglesia católica, sirviendo el presente para efectuar un estudio comparado con las iglesias, denominaciones y confesiones religiosas con personería jurídica otorgada por el Estado colombiano, las cuales, de acuerdo con el artículo 14 de la Ley 133 de 1994, podrán crear y fomentar asociaciones, fundaciones e instituciones para la realización de sus fines con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico nacional.

1. DESARROLLO

Una pregunta que sirve como base es: ¿Debe entenderse que el reconocimiento de la personería jurídica otorgada a la iglesia católica, a las diócesis, comunidades religiosas y demás entidades eclesiásticas, conforme a las leyes canónicas, hace que dichas entidades no se cataloguen como personas jurídicas para efectos civiles sino solo eclesiásticas y en consecuencia no puedan ser gravadas con el impuesto de industria y comercio?

Una vez los entes eclesiásticos obtienen reconocimiento como entes jurídicos bajo la legislación civil, adquieren capacidad para realizar actos civiles y de esta forma ser sujetos de derechos u obligaciones conforme a la legislación civil y responsables ante el Estado colombiano por las actividades que realicen a su amparo. Dicha responsabilidad involucra obligaciones como las establecidas de manera impersonal para las demás entidades públicas y privadas, entre las cuales se

encuentran las obligaciones tributarias cuando incurran en hechos generadores del tributo.

La Ley 14 de 1983, en su artículo 32 dijo que:

El impuesto de industria y comercio recaerá, en cuanto a materia imponible, sobre todas las actividades comerciales, industriales y de servicio que ejerzan o realicen en las respectivas jurisdicciones municipales, directa o indirectamente, por personas naturales, jurídicas o por sociedades de hecho, ya sea que se cumplan en forma permanente u ocasional, en inmuebles determinados, como establecimientos de comercio o sin ellos.

El Decreto Distrital 352 de 2002, define lo que son las actividades gravadas así:

ART. 33.- Actividad industrial: Es actividad industrial, la producción, extracción, fabricación, manufactura, confección, preparación, reparación, ensamblaje de cualquier clase de materiales y bienes y en general cualquier proceso de transformación por elemental que éste sea.

ART. 34.-Actividad comercial: Es actividad comercial, la destinada al expendio, compraventa o distribución de bienes y mercancías, tanto al por mayor como al por menor y las demás actividades definidas como tales por el Código de Comercio, siempre y cuando no estén consideradas por la ley como actividades industriales o de servicios.

ART. 35.-Actividad de servicio: Es actividad de servicio, toda tarea, labor o trabajo ejecutado por persona natural o jurídica o por sociedad de hecho, sin que medie relación laboral con quien lo contrata, que genere una contraprestación en dinero o en especie y que se concrete en la obligación de hacer, sin importar que en ella predomine el factor material o intelectual.

Ahora, en cuanto al sujeto pasivo, el artículo 41 del Decreto 352 de 2002 establece:

Artículo 41. Sujeto pasivo: Es sujeto pasivo del impuesto de industria y comercio la persona natural o jurídica o la sociedad de hecho, que realice el hecho generador de la obligación tributaria, consistente en el ejercicio de actividades industriales, comerciales o de servicios en la jurisdicción del Distrito Capital.

Conforme al artículo 338 de la Constitución Política de Colombia, la norma legal debe "fijar directamente los sujetos activos y pasivos de la obligación". Esta disposición constitucional implica que la ley debe expresar, sin lugar a equívocos, qué entidad tiene derecho a exigir satisfacción del tributo y qué persona tiene la obligación de pagarlo. Así, el sujeto pasivo recibe el nombre de "contribuyente" cuando la titularidad de la capacidad económica que el legislador quiere gravar, la

realización del hecho gravado y la responsabilidad por el pago del tributo coinciden en una misma persona.

En el impuesto de industria y comercio el contribuyente es la persona jurídica, natural o sociedad de hecho que realice una actividad industrial, comercial o de servicio en la jurisdicción del Distrito Capital de Bogotá, para ilustrar un ejemplo colombiano.

A través de las personas jurídicas colectivas los seres humanos realizan una parte de su actividad jurídica. Desde el punto de vista de la objetividad normativa, también se puede decir que es la forma de imputar a varias personas de una manera mediata determinadas actividades jurídicas. De donde se concluye que la personalidad jurídica colectiva es una forma especial de la personalidad jurídica del ser humano.

Las entidades religiosas hasta tanto no hayan obtenido el reconocimiento de personería jurídica por parte de la autoridad civil, carecen de capacidad para realizar cualquier tipo de actos regulados por la legislación civil, entendiéndose los actos de sus agentes o integrantes como realizadas por la persona natural que las ejecute.

Una vez hayan obtenido el reconocimiento de la personería jurídica por parte del Estado colombiano, pasan a ser entes con personería jurídica independiente de quienes la integran, con capacidad para realizar actos y negocios jurídicos al amparo del ordenamiento jurídico vigente en el Estado colombiano. Como personas jurídicas reconocidas por el Estado entran a ser sujetos de derechos y obligaciones.

Este hecho se reafirma en la Sentencia del Consejo de Estado No. 13299 del 10 de junio de 2004, con Consejera Ponente: Dra. Elizabeth Whittingham García, cuando en una controversia por el impuesto de industria y comercio se puntualizó: "Para la Sala no es posible considerar como una asociación profesional, ni como una asociación gremial a la congregación actora, pues en primer término está constituida como una persona jurídica de derecho privado y como tal tiene reconocida su personería jurídica...".

De igual manera, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil en sentencia del 4 de septiembre de 2006, Expediente 20000-00211-01, al precisar: "...y fundamentalmente, pues no ha menester mucho para comprobar que aun cuando lo de las causas civiles de los clérigos y el régimen de bienes de las personas jurídicas eclesiásticas en Colombia se sigue por la

legislación civil según lo impera el Concordato celebrado con la Santa Sede...".

Como lo dice Federico Aznar Gil (1993):

Que el venerable olor a dinero ha sido un tema conflictivo en la iglesia, es una afirmación que no precisa ni mucha insistencia ni excesiva demostración: la evidente necesidad de que la iglesia tiene que poseer bienes temporales para seguir realizando su misión, como cualquier otro grupo humano, y la vivencia de la exigencia de la pobreza evangélica crea una tensión dinámica y enriquecedora, pero que, al mismo tiempo, ha sido causa de divisiones internas eclesiales. Las mismas relaciones iglesia – Estado han sido conflictivas, en ocasiones, por este motivo.

Tanto las Fundaciones, como las voluntades pías poseen una regulación especial dentro de la normatividad canónica (cánones 1299 al 1310 del del Código del Derecho Canónico), que a su vez podría iluminar el entendimiento de esta área que se subsume dentro del derecho eclesiástico del Estado.

Y es que según el Manual Universitario de Derecho Canónico, en el capítulo sobre derecho patrimonial, escrito por Antonio Mostaza Rodríguez (1983), se denominan voluntades pías

...cualquier tipo de disposiciones de bienes en favor de causas pías o de un fin sobrenatural religioso o caritativo. Esta voluntad pía de los fieles puede realizarse mediante un acto inter vivos, que tendrá efecto en vida de su autor, o mortis causa, que lo tendrá después de su muerte. En el primer caso tenemos la donación inter vivos, que es un contrato que transfiere gratuitamente el dominio de una cosa propia a otro mientras viven ambos, una vez aceptada por el donatario. En el segundo, la donación mortis causa, el testamento, el legado y el fideicomiso, cuyos actos están todos comprendidos en las llamadas últimas voluntades (Mostaza Rodríguez, 1983, pp.455).

Tres elementos constituyen canónicamente la pía voluntad:

a. En primer lugar, la causa pía en favor de la cual se realiza la pía voluntad. Expresión (causa pía) que goza de diferentes significados que, sin embargo, están conectados entre sí: 1. todo fin sobrenatural a causa del cual se hace una determinada obra de piedad o de religión, en cuanto que es la razón pía, por la que se hace esa determinada obra; 2. toda obra de esta clase que se hace por razones sobrenaturales, ya de manera permanente (Vgr. una institución o una fundación), ya de manera actual o puntual (Vgr. la entrega de limosnas

manuales para celebrar un número determinado de misas); 3. Todo lugar o institución donde se realiza una obra de piedad o de religión por un fin sobrenatural, para honra de Dios y salvación de las almas.

b. En segundo lugar, la intención sobrenatural por la que se hace la citada disposición. Intención moral (es decir la relación entre el sujeto y Dios que se resuelve en el ámbito de la conciencia) y jurídica (es decir, relación del agente que da especificación jurídica al acto externo ante la sociedad. Actos externos que ya tienen su especificación jurídica y por tanto están bajo la autoridad eclesiástica o civil).

c. En tercer lugar, la piedad del disponente. Las pías voluntades o voluntades piadosas, también son actos de disposición de bienes para fines de piedad o caridad, aunque algunos han dicho que debía excluirse la expresión "pías", ya que sería mejor hablar de "*voluntades para fines de la iglesia*", como dice Aznar Gil (Aznar Gil, 1993) propuesto sin éxito por algunos.

Tanto las voluntades pías como las fundaciones pías están comprendidas en las tradicionales causas pías. Por causa pía se entiende, según Azpilcueta (1983), "toda obra que se hace principalmente por causa del culto divino o por misericordia" (Mostaza Rodríguez. 1983, pp.454), o también, los actos jurídicos mediante los cuales "las personas disponen de sus bienes en favor de la iglesia, destinándolos a fines de culto o caridad" (Prieto Martínez, 1997, pp.253) y también, se les define como "todo cuanto se hace principalmente en consideración a Dios o por fin sobrenatural", según Molina (Mostaza Rodríguez. 1983, pp.454).

Pueden ser inter vivos o mortis causa, aunque también suelen dividirse en dos especies: eclesiásticas y laicales. Son eclesiásticas si sus bienes se convierten en eclesiásticos, ora porque el conjunto de bienes es erigido en persona jurídica eclesiástica, ora porque son cedidos a una persona jurídica eclesiástica ya existente; y laicales si sus bienes, pese a estar afectados a un fin religioso o caritativo, no pasan al dominio de una persona jurídica eclesiástica, sino que permanecen en propiedad de las personas físicas (clérigos o laicos) o de las personas jurídicas laicales, no estando sometidos al ordenamiento canónico, salvo en lo concerniente a la vigilancia que debe ejercer el ordinario sobre el cumplimiento de todas las pías voluntades, según el c. 1301.

La determinación de la capacidad de disponer de una parte o de todo el patrimonio para causas pías resulta

atribuida al derecho natural y al derecho canónico en cuanto que éste explicita algún contenido de aquél.

Una causa pía puede limitarse al gasto directo de los bienes en las obras piadosas determinadas por el donante. Pero puede consistir también, como lo explica Martín de Agar (citado en Prieto Martínez. 1997, pp.253), en un conjunto de bienes (dote) con cuyas rentas se atienden fines de culto y caridad. En este caso, añade el mismo autor, la duración de la causa pía tiende a prolongarse y se hace preciso asegurar su cumplimiento dotándola del sustrato subjetivo adecuado.

Cuando la causa pía es erigida como persona jurídica pública, se habla de fundación pía autónoma (cfr. C. 113,3). Cuando los bienes de la causa piadosa se integran en el patrimonio de una persona jurídica pública ya existente, aparece la fundación pía no autónoma.

En relación con los no católicos, nada impide que donen o dejen sus bienes para causas pías, pero, en ese supuesto, el elemento relevante para que la disposición se considere piadosa es la intención jurídica que consta en el fuero externo, más que en la intención moral o interna.

Finalmente, respecto de los sujetos disponentes hay que tener en cuenta que nada impide que actúen también como tales personas jurídicas, ya eclesiásticas, ya civiles, siempre que lo hagan, lógicamente, por medio de sus órganos legítimos.

Entonces, se denominan pías voluntades a un conjunto variadísimo de actos jurídicos que tienen en común ser actos de liberalidad respecto de los propios bienes realizados con un motivo piadoso o caritativo.

Las fundaciones pías constituyen una especie dentro del género de las pías voluntades y se caracterizan porque los efectos a los que da lugar el acto, que radica, en definitiva, en la autonomía privada del disponente movida por un motivo de orden sobrenatural; el de causas pías, utilizando con bastante más frecuencia en los cánones del título IV, hace referencia al objeto que persigue. Disponer de los propios bienes ad causas pías es una práctica jurídica frecuente desde los primeros siglos del cristianismo, que responde a una clara razón teológica: el mérito que se atribuye a las buenas obras y el valor que se reconoce al sufragio por las almas de los difuntos. El convencimiento de que los sufragios, especialmente las misas, operan efectivamente un acortamiento del tiempo de purgación de las penas temporales contraídas por los pecados, hizo muy frecuente – y en algunos momentos de

la edad media, obligatoria – la inclusión de disposiciones pro anima de las últimas voluntades. En los siglos siguientes al medioevo, las expresiones “disposiciones pro anima” y “disposiciones ad pías causas” se consideraba equivalentes, sin duda por estimar que lo dejado o lo dado a causas pías redundaba en bien del alma de quien así disponía de sus bienes.

Lo difuso en los contornos de la categoría con el de las causas pías tiene su origen: a. Como ya queda dicho, en las variadas acciones o actividades que la caridad para con el prójimo o la piedad para con Dios pueden dictar al disponente; b. En las diversas posibilidades que los ordenamientos canónico y civil confieran al sujeto que podía – y puede – disponer de sus bienes en vida o para después de su muerte; y c. Porque en ambos casos podía – sobre todo si pretendía realizar una obra que perdurase en el tiempo, como un hospital o una capellanía – constituir tales bienes en sujeto de imputación jurídica poniendo a personificar esa *universitas rerum*, o bien abstenerse de hacerlo.

En el sentido de que el derecho precodicial se le daba a los conceptos de causas pías y de voluntades pías no sufrió ningún cambio sustancial con la codificación pío benedictina (Viesser. 1947, pp. 63). Tampoco lo ha introducido la actual, que recoge sin excesivas mutaciones – salvo las de orden sistemático, que suponen una evidente mejora al superar la dispersión de los preceptos existente en el CIC 17 – las líneas maestras anteriores a la regulación de las causas y voluntades pías (De Echeverría. 1984, pp.148).

CONCLUSIONES

Con la regulación codicial actual, que se aparta de la división de las personas jurídicas en colegiadas y no colegiadas, y que atiende primariamente a si el substrato es de naturaleza personal o real, se ha clarificado algún aspecto relativo a las causas pías. En primer lugar, se ha superado la paradoja que suponía reservar el nombre de fundación a una figura (la actual fundación pía no autónoma) que no estaba dotada de personalidad, lo cual entraba en franca colisión con los esquemas de derecho civil estatal. En segundo lugar, y a ello no resulta ajeno el mandato de supresión del sistema benefical, el código no se refiere a las instituciones pías, antes no colegiadas dotados de personalidad, como hospitales, orfanatos, etc., que encuentran hoy su acomodo en las fundaciones pías autónomas. En tercer lugar, tampoco se hace referencia a las obras pías, un tipo de causas pías que, como dice el Del Giudice, se “entienden casi siempre con fines de sola o prevalente caridad temporal, y que

corresponderías, por tanto, a las instituciones llamadas a veces <<profanas>>” (Del Giudice. 1939, pp.113) o laicales.

El criterio tradicional para atribuir a una causa pía naturaleza eclesiástica o laical debe ser revisado también tras la actual regulación codicial. Este criterio consistía en discernir si los bienes de la dote resultaban espiritualizados tras ser segregados del patrimonio del fundador. Como la espiritualización no consistía en otra cosa que en la adquisición por parte de los bienes de la característica de eclesiásticos, en la práctica estaban espiritualizados todos y solo los bienes de las personas jurídicas, pues en la anterior regulación pío benedictina todos los bienes de las personas jurídicas eran eclesiásticos. En la normativa actual pueden darse bienes de personas jurídicas eclesiásticas que no sean bienes eclesiásticos. Es el supuesto de las personas jurídicas privadas. Actualmente, por tanto, el criterio para discernir si la causa pía es eclesiástica o no, ha de radicar, más que en la naturaleza de los bienes, en si están sometidos de alguna manera a la jurisdicción eclesiástica.

Finalmente, las entidades religiosas (fundaciones), creadas al amparo de la legislación canónica tienen capacidad para actuar civilmente como personas jurídicas a partir del reconocimiento de su personería jurídica por parte del Estado colombiano y son responsables del impuesto de industria y comercio cuando realicen actividades gravadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Aznar Gil, Federico R. (1993). La Administración de los Bienes Temporales de la Iglesia. Segunda edición revisada y ampliada. Publicaciones Pontificia Universidad de Salamanca y Caja de Salamanca y Soria, Salamanca.
- II. Azpilcueta (1983). Citado por Mostaza Rodríguez, Antonio. Derecho Patrimonial. En: Nuevo Derecho Canónico, Manual Universitario. Por los catedráticos de Derecho Canónico Antonio Mostaza Rodríguez, José de Salazar, José Luis Santos, Francisco Vera Urbano y Lamberto de Echeverría. Biblioteca de Autores Cristianos, B.A.C., Madrid.
- III. CE, No. 13299 del 10 de junio de 2004, Whittingham García, Elizabeth.
- IV. CSJ Civil, 4 de septiembre de 2006, Expediente 20000-00211-01.
- V. De Agar, Martín (1996). Elementi di Diritto Canonico, Associazione Apollinare Studi, Roma.
- VI. De Echeverría, Lamberto (1984). Fundaciones Píadas, en el derecho patrimonial canónico en

- España, Salamanca 1985, p. 103; V. De Paolis, De bonis Ecclesiae temporalibus in novo Codice Iuris Canonici en "Periodica" 73.
- VII. Del Giudice, V., (1939). Corso di diritto ecclesiastico, 4ª ed., Milano.
- VIII. Mostaza Rodríguez, Antonio (1983). Derecho Patrimonial. En: Nuevo Derecho Canónico, Manual Universitario. Por los catedráticos de Derecho Canónico Antonio Mostaza Rodríguez, José de Salazar, José Luis Santos, Francisco Vera Urbano y Lamberto de Echeverría. Biblioteca de Autores Cristianos, B.A.C., Madrid.
- IX. Prieto Martínez, Vicente (1997). Derecho Canónico. Centro de Ediciones y Documentación C.E.D., Medellín.
- X. Prieto Martínez, Vicente (2015). Libertad religiosa, Laicidad, Autonomía. Editorial Temis y Universidad de La Sabana, Bogotá, D.C.
- XI. Viesser (1947). De solemnitatibus piarum voluntatum, en "Apollinaris" 20.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN



El derecho a la propia imagen frente a las redes sociales en Colombia*

Right to privacy on social networks in Colombia

Recibido: 22/03/17 Aprobado: 11/05/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1522>

Elfa Luz Mejía Mercado¹
Profesora Universidad de Cartagena, Colombia
elfaluzmejia@gmail.com

RESUMEN

El fenómeno digital de las redes sociales implica el ejercicio de la imagen en su ámbito personal, recreativo e incluso comercial, propias de un mundo globalizado. En ese sentido, el presente artículo realiza un estudio histórico, conceptual, legal y jurisprudencial del derecho a la propia imagen, en aras de dilucidar su situación frente al uso de las redes sociales, por medio de una investigación cualitativa. A pesar de su reconocimiento legal en distintos ordenamientos jurídicos, en Colombia este derecho se ha caracterizado por un desarrollo más jurisprudencial que legal, que se ha remitido a la solución de determinados casos concretos, evidenciando la necesidad de una regulación específica sobre la materia.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la Propia Imagen; Imagen; Privacidad; Redes Sociales.

ABSTRACT

The digital phenomenon of social networks involves personal, recreational and commercial use of image, which are typical in a globalized world. This paper makes an historic, conceptual, legal, and jurisprudential study of the right to privacy. This study is made in order to explain this development regarding the use of social networks through a qualitative research. Despite its recognition in different legal systems, in Colombia this right has been characterized by a jurisprudential rather than a legal development, which, having provided rulings in concrete cases, highlights the need for more specific regulation in this area.

KEY WORDS

Image, Right to privacy; Privacy; Social networks.

INTRODUCCIÓN

La existencia de las redes sociales ha revolucionado la manera de conectar a las personas. Nunca antes ponerse en contacto con individuos alrededor del mundo por medios virtuales había sido tan sencillo e inmediato, a pesar de las brechas de tiempo y distancia que existan entre ellos. En ese sentido, las redes sociales funcionan como herramientas idóneas que facilitan el intercambio de información en contenidos y cantidades que algún día fueron inimaginables por el hombre. Sin embargo, el acceso a estas plataformas virtuales, en su mayoría, involucra el ejercicio de una serie de facultades propias de la persona que implica una disposición de sus derechos. En otras palabras, el uso de las redes sociales implica asumir un riesgo respecto de algunos derechos (como la privacidad, la honra, el buen nombre, y la propia

* Artículo de Investigación presentado en la convocatoria para publicación de artículos en la edición N° 16 de la Revista Jurídica Piélagus de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Surcolombiana, correspondiente al trabajo realizado en el Semillero de Investigación Políticas Públicas - Participación y Desarrollo de la Universidad de Cartagena, adscrito al Grupo de Investigación Conflicto y Sociedad de Colciencias.

1 - Artículo realizado con el apoyo de Germán Ángel González Torres y María Alejandra Guerra Rangel, abogados de la Universidad de Cartagena, pertenecientes al Grupo de Investigación Conflicto y Sociedad, línea de investigación Derecho y Educación, líder Dra. Rafaela Ester Sayas Contreras. Adscritos al Semillero de Investigación: Políticas Públicas - Participación y Desarrollo. Código COL0033533. Docente Tutor del Semillero: Elfa Luz Mejía Mercado, Docente de Cátedra Universidad de Cartagena. E-mail: ggonzalez@unicartagena.edu.co - maria.guerrar09@gmail.com

imagen), los cuales podrían verse seriamente comprometidos y menoscabados (Escribano, P. 2015)².

Los autores del presente trabajo han decidido inclinarse por estudiar específicamente el derecho a la propia imagen, al ser uno de los derechos que más se involucra al momento de utilizar una red social. En la actualidad, la imagen de la persona humana, entendida como una representación de la personalidad del individuo y la forma en cómo este se proyecta al resto de la sociedad, juega un papel principal y fundamental en el ejercicio de las redes sociales, las cuales utilizan las distintas representaciones de la persona, que son compartidas por sus usuarios a través de imágenes, vídeos y demás, como uno de los puntos más atractivos y sobre los cuales se desenvuelve la experiencia digital. El ejercicio del derecho a la propia imagen, en su contenido y desarrollo, implica además la disposición de una serie de derechos como se expondrá más adelante.

En ese orden, la presente investigación se centrará en resolver el interrogante del contenido y alcance del derecho a la propia imagen frente a las redes sociales en Colombia, el cual nos permitirá analizar el componente jurídico actual de éste, en el derecho en general, y por supuesto, en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para lograr lo anterior, es menester realizar un estudio que abarque el contenido y alcance del derecho a la propia imagen, el cual es personalísimo, toda vez que, en la sociedad de hoy, la imagen y todo lo que ésta implica, ha cobrado tanta trascendencia hasta el punto de reemplazar en ocasiones a la palabra. Además, la divulgación de imágenes personales por medio de plataformas virtuales, que a su vez las almacenan, elaboran y transmiten de forma instantánea hasta popularizarlas, implica un riesgo a la privacidad e incluso a la seguridad misma de las personas, que todos sus usuarios deberían comprender y conocer. Lo anterior se desarrollará mediante la metodología de la investigación cualitativa, de tipo analítico, documental y descriptiva, con el análisis de fuentes de carácter secundario.

Por lo tanto, el presente estudio se desarrollará de la siguiente manera: en primer lugar, se hará un estudio de los antecedentes y las generalidades del derecho a la propia imagen. En segundo lugar, se realizará un análisis desde los ordenamientos foráneos del derecho a la propia imagen, en aras de determinar cómo este derecho ha sido tratado en distintos ordenamientos jurídicos. En tercer lugar, se analizará el concepto, contenido y alcance del derecho a la propia imagen para al final, estudiar el derecho a la propia imagen frente a las redes sociales en el ordenamiento jurídico colombiano.

1. ANTECEDENTES Y GENERALIDADES DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

1.1. Contexto histórico del derecho a la propia imagen

El contexto histórico del derecho a la propia imagen es amplio³. Existen distintos periodos históricos en los que se ha desarrollado el derecho a la propia imagen. En primer lugar, se debe hacer mención al derecho romano, puesto que de él derivan algunas instituciones pertenecientes al derecho público, como el *ius imaginum*, que se refiere al derecho que tenían las familias patricias para que sus miembros cubrieran sus rostros con retratos o mascararas en cera de sus ancestros fallecidos durante ceremonias públicas. Luego se extendió a las familias descendientes de un ancestro conocido, que hubiera alcanzado una magistratura curul, y lo hacían por la dignidad de su familia (Ceballos, J. 2011, pág. 61).

Algunos autores sitúan al *ius imaginum* como precedente del derecho a la propia imagen, porque existía un derecho a la imagen en vida de la persona y un derecho a la imagen *post mortem*, lo que implicaba que las reproducciones de las imágenes de personas (que solo se plasmaban a través de la pintura, de la escultura y de la mascarilla funeraria), debían contar con el asentimiento del representado o de sus causahabientes⁴ (Pucinelli, O. 2008, pág. 232).

2 - Dicha autora señala que algunos de los derechos más proclives a sufrir importantes vulneraciones o lesiones en las redes sociales son el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, es decir, los denominados derechos a la personalidad.

3 - Ceballos señala que, aunque en sus inicios se desarrolló como derecho a la imagen, al pasar de los años se incluyó la palabra "propia" porque es lo correcto del derecho en mención en la actualidad. Su reconocimiento en la antigüedad se debió a su conexión con el honor y el buen nombre.

4 - De acuerdo a lo anterior, se podría decir que el derecho a la propia imagen en vida no tuvo tanta importancia en el derecho romano.

Por su parte, en la Edad Media el derecho a la imagen se encontraba protegido indirectamente por la tutela que confería la honra, siendo esta un derecho de gran importancia⁵ (Nogueira, H. 2013, pág. 261).

Es en el año 1907 que surge en Alemania por primera vez el amparo legal al derecho a la imagen, situación que se produjo como consecuencia del comportamiento que tuvieron dos fotógrafos ante la muerte del canciller Bismark, puesto que ellos fotografiaron al difunto en su habitación al momento de morir sin mediar consentimiento de sus familiares (Atitar, N. 2008, pág. 1). Se suscitó el llamado a las autoridades correspondientes para la creación de la ley que le diera reconocimiento al derecho a la propia imagen, en adición a que los juristas de la época estuvieron de acuerdo en que se viera como un derecho absoluto y autónomo, cuestión que se dio en Italia por medio de una ley especial en el año de 1925 y por el artículo 10 del Código Civil italiano (Pucinelli, O. 2008, pág. 232).

1.2. Algunos antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios del derecho a la propia imagen

Antes de que se produjera esa regulación legal del derecho a la propia imagen, existían algunas decisiones jurisprudenciales que lo habían tenido en cuenta. Algunos ejemplos se resumen a continuación:

En Francia, el caso conocido como *Affaire Rachel* se presentó en 1858, cuando la hermana de una actriz famosa (Rachel) realizó un contrato con un diseñador para que hiciera un retrato del físico de Rachel estando en su lecho de muerte y que posteriormente fue publicado en varios medios de comunicación sin el consentimiento de sus demás parientes; estos últimos acudieron ante los jueces con el respectivo reclamo por el respeto a la memoria de la actriz (Espinoza, J. 2001, pág. 245). Los jueces reconocieron que "el derecho a oponerse a tal reproducción es absoluto, (...) el cual no podría ser desconocido sin enfriar los sentimientos más íntimos, los más respetables de la naturaleza y de la piedad doméstica" (*Affaire, R.* 1858, pág. 62).

En los Estados Unidos, en junio de 1890, se dio el caso de "*Marion Manola v. Stevens & Myers*", antes de que se

definiera el '*right to privacy*', en un Tribunal de Nueva York donde se estableció que para la circulación de retratos en medios de comunicación debía requerirse el consentimiento de la persona que habían fotografiado. Siendo en ese momento concebido como un derecho ligado a la vida privada (Pucinelli, O. 2008, pág. 233).

'*The Right to Privacy*' fue un artículo publicado en 1890 de la autoría de S.D. Warren y L.D. Brandeis que tuvo en cuenta la facultad de generar comercio con la imagen. Dentro de él tuvieron en cuenta el pronunciamiento de un juez (Cooley), según el cual las personas tienen derecho a ser dejadas en paz (*right to be let alone*), planteando así que el derecho a la propia imagen tenía una doble variante. Una de ellas es el derecho a gozar de una esfera privada y la otra es el derecho a verse libre en la decisión de la explotación económica de la imagen (Ceballos, J. 2011, pág. 24).

Hay que destacar que en la doctrina se reconocen tres etapas de evolución del derecho a la propia imagen: la primera etapa cobija los primeros casos anteriormente mencionados, a los que se les dio solución jurisprudencialmente, que va desde el año 1839 al año 1900, en donde el derecho a la imagen fue considerado como una especie, dentro del derecho de autor, que era el género. Además, Alemania, Bélgica y Austria fueron los primeros países en otorgar protección al derecho a la propia imagen. En la segunda etapa comprendida entre el año 1900 y 1919, cobra importancia la imagen personal y empieza a ser tratada como un bien esencial que le pertenece a la persona misma; es decir, hubo un cambio de percepción del derecho a la imagen que se debió además de los fallos jurisprudenciales precedentes a la época, a aportes de la doctrina y al congreso de juristas alemanes de 1902, en el que se solicitó que el derecho a la propia imagen fuera manifiestamente reconocido; y una tercera etapa, desarrollada entre los años 1920 y 1948, donde el derecho a la imagen se orienta dentro de los derechos humanos (Azurmendi, A. 1997, pág. 51).

El tratadista Oscar Pucinelli consideró que se debía agregar una cuarta etapa, iniciada en el año 1948, en el cual además de ser reconocido el derecho a la imagen como derecho humano en la Carta de Naciones Unidas

5 - De igual forma, Nogueira aclara que en la actualidad la afectación del derecho a la propia imagen se produce de manera independiente de las lesiones a otros derechos, como, por ejemplo, el derecho a la honra.

y la Declaración Universal de Derechos Humanos, fue publicada la novela de George Orwell "1984"⁶ que generó un impacto en la sociedad y en la conciencia colectiva occidental acerca de los peligros a los que se iban a enfrentar los derechos de las personas por la creación de las nuevas tecnologías (2015, pág. 2).

Fue hasta finales del siglo XX que se desarrollaron de forma rápida las nuevas tecnologías, trayendo consigo la creación de herramientas para facilitar la información y a su vez la obligación de trazar mecanismos jurídicos de protección frente a perjuicios que se pudieran originar sobre los derechos de las personas (Azurmendi, A. 1997, pág. 74).

1.3. Antecedentes normativos del derecho a la propia imagen

El derecho a la propia imagen tiene antecedentes normativos importantes; sin embargo, se debe anotar que no existió regulación específica sobre el tema tratado, sino normas de carácter superficial que hacían mención de éste hasta el reconocimiento constitucional del '*right to privacy*', como es el caso de las mencionadas por Ceballos (Ceballos, J. 2011, pág. 65). Estos antecedentes, son los siguientes:

1. En 1876 se reguló por primera vez en Alemania, por medio de los derechos de autor, y hacía énfasis en la prohibición de la reproducción de imágenes. Posteriormente se emitió la ley de derechos de autor.
2. En 1886, la ley belga de derechos de autor hacía referencia a la prohibición de reproducción y exposición pública que tenían el autor o el propietario de una fotografía.
3. En 1941, con la ley sobre derechos de autor 633 de 1941, Italia empezó a regular el tema y en 1942, el Código Civil italiano en el artículo 10 dispuso que en caso de que la imagen de una persona o de sus progenitores, cónyuge o de sus hijos, al ser expuesta o publicada, causara perjuicio al decoro o a la reputación de la persona o de sus parientes, la autoridad judicial, a petición del interesado, podía disponer que cesara el abuso, so pena de resarcir los daños causados.
4. En 1930, la Cahill's Law en Nueva York, tipificó como

delito la publicación de la imagen de una persona sin mediar su consentimiento o el de sus guardadores si se trata de menores.

2. ESTUDIO DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN DISTINTOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Como se ha mencionado, la configuración conceptual del derecho a la propia imagen históricamente se ha formado a partir de los aportes de distintos ordenamientos jurídicos de todo el mundo. Por lo tanto, conviene realizar un estudio de cómo este derecho se ha visto protegido en los diferentes ordenamientos, tomados del análisis realizado por Cuauthémoc (Cuauthémoc, M. 2002, pág. 61):

En Alemania, la Constitución de 1949 en su artículo 5, manifiesta que los derechos de libertad de expresión, de prensa y de información no tendrán más límites que los preceptos de las leyes generales y las disposiciones legales para los menores y el derecho al honor personal.

Por su parte, en Austria, la Ley Constitucional de 1988 sobre la protección de la libertad personal, establece que todos tendrán derecho de expresar su pensamiento pero dentro de los límites legales.

En Portugal, la Constitución de la República Portuguesa establece en su artículo 35 las reglas sobre la utilización de la informática, como son el que todo ciudadano tiene derecho de conocer lo que consta en registros informáticos acerca de él y de la finalidad a la que se destinan estos datos y podrá exigir su rectificación y actualización.

La Ley de 1994 de Suecia que reforma el instrumento de Gobierno establece, en su capítulo segundo, que todo ciudadano tendrá libertad de expresión y de información y que en lo que se refiere a la libertad de prensa y de expresión por radiodifusión, televisión y cualquier otro medio análogo, estarán regidos por la libertad de prensa y la libertad de expresión.

En España, el artículo 18 de la Constitución de 1978 establece que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen, así como también la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las

6 - La novela del autor británico predecía de manera exagerada y apocalíptica los riesgos y peligros del control de datos personales y la manipulación de los mismos en cabeza del Estado, que además de alertar sobre los defectos de un posible régimen comunista en el mundo, previno a la sociedad en general de peligros informáticos que se presentan en la actualidad.

comunicaciones de todo tipo y que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. En su artículo 20 constitucional, se reconoce también los derechos de expresión y difusión libre de pensamientos ideas y opiniones por cualquier medio, así como la libertad de información.

Autores como Rodrigues, M., han remarcado la influencia conceptual de las Constituciones de Portugal y España en la Constitución Brasileña, "la cual se confirma con la interpretación jurisprudencial de la misma: la representación de las expresiones Teoría y Realidad Constitucional" (2009, pág. 40).

Como se había mencionado anteriormente, en Estados Unidos se conoce como el "derecho a ser dejado en paz" o el "derecho a ser dejado solo" (*right to be let alone*), el que se refiere a no estar obligado a participar en la vida colectiva y, por tanto, el poder permanecer aislado de la comunidad sin establecer relaciones y que implica también, permanecer en el anonimato y el no sufrir intromisiones en la soledad física que la persona reserva para sí misma. De acuerdo a Nieves, M., a pesar del desarrollo del anterior derecho mencionado, y del '*informational privacy*'⁷ por el Tribunal Constitucional, aún falta un tratamiento más complejo a estos derechos, que permitan mitigar "la amenaza que suponen las tecnologías destructivas de la privacidad individual implementadas gracias a la red telemática mundial que representa internet" (2011, pág. 308).

De acuerdo con DeLamo (DeLamo, O. 2010, pág. 8), en el ordenamiento francés, en su código civil, el artículo 9 se limita a afirmar el derecho que cada persona tiene a la vida privada, es decir, el derecho a la intimidad. Una omisión que, evidentemente, no ha impedido el reconocimiento jurisprudencial del derecho a oponerse a la reproducción de la imagen.

El derecho a la propia imagen en Argentina, está reconocido en el artículo 31 de la Ley 11.723, mencionando que para utilizar retratos fotográficos para fines comerciales es necesario el consentimiento de la persona, y en caso de que haya fallecido se requiere el consentimiento de sus familiares. Entonces, el individuo tiene la capacidad de controlar la divulgación de su imagen, incluyendo la figura exterior y la voz; lo que se protege es también la

información, para que se respete la vida privada (González, L. 2011, pág. 11).

En el caso de Chile, el derecho a la propia imagen se concibe por la doctrina como un derecho derivado del derecho al respeto de la vida privada de las personas, que, por tanto, protegería la autonomía de la propia persona respecto a decidir sobre su imagen. Además, garantiza la intimidad de los titulares del derecho porque deciden sobre la divulgación de su imagen, constituyendo el aspecto más externo que es el de la figura humana. En efecto, es considerado un derecho fundamental (Nogueira, H. 2013, pág. 260).

Existen ordenamientos en donde la protección civil al derecho a la propia imagen aún es precaria o ha necesitado de desarrollo jurisprudencial. Tal es el caso de Costa Rica, en donde "mucho más abundante ha sido el reconocimiento del derecho a la propia imagen en sede constitucional, que ha distinguido tres ámbitos de tutela: asociado a la vida privada, al derecho a la honra y por último al derecho de propiedad" (Anguita, P. 2008, pág. 24). En Colombia esta situación se presenta parcialmente, la cual se desarrollará a continuación.

2.1. La situación colombiana

En Colombia se ha generado polémica a raíz del surgimiento de la tecnología como medio de comunicación y como generadora de redes sociales; puntos que convergen con el derecho a la propia imagen.

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha definido el derecho a la propia imagen de la misma manera que la doctrina, pues no ponen en duda que es un derecho personalísimo interrelacionado con otros derechos, como el derecho a la intimidad y al buen nombre, por medio del cual todas las personas pueden exigir que su imagen no sea reproducida o publicada por ningún medio sin que hayan dado su autorización, para así, lograr la protección de la propia imagen ante terceros que quieran dar un uso inadecuado de ella (CConst, T-090/96).

Ahora, en cuanto a las características del derecho a la propia imagen desde el punto de vista personalísimo, es dable decir que se asimilan a las del derecho a la intimidad y al buen nombre. Algunas de características son: que se

7 - Se entiende el '*informational privacy*' como el derecho propio a la privacidad de las personas desde un ámbito informático y virtual.

trata de un derecho originario e innato, las personas nacen con él, es inseparable de la persona y emana directamente de ella; es absoluto, debe ser respetado por todos y es oponible a todos. Sin embargo, no son ilimitados; es extrapatrimonial, no se debe hacer negocio jurídico con este derecho, lo que lo hace irrenunciable; es un derecho inembargable e inexpropiable, no se puede transferir, no se puede embargar o secuestrar la propia imagen⁸ (Devis, I. 2007, pág. 45).

De acuerdo a la jurisprudencia nacional, se suma otra característica muy importante, ya que, al hablar de derecho a la propia imagen, se hace referencia a un derecho autónomo, porque, si bien es cierto que se relaciona con otros derechos, puede presentarse una situación en la que se vulnere o lesione el derecho a la propia imagen, sin que resulte comprometido otro derecho, como la honra o el buen nombre del titular del mismo (CConst, T-090/96). En todo caso, depende de cada asunto en concreto porque la generalidad es que resulten afectados derechos conexos.

3. DEFINICIÓN DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

La palabra imagen proviene del latín *imago* que deriva a su vez de *imitari*, lo que es igual en español a imitar. El Diccionario de la Real Academia Española define imagen como la figura, representación, semejanza y apariencia de algo. La Corte Constitucional Colombiana en Sentencia T-090 de 1996, señala que la imagen es la representación externa del sujeto y que tiene su asiento necesario en la persona de la cual emana, y plantea la imagen solamente desde el aspecto físico de las personas (CConst, T-090/96, 1996).

Pero bien lo dice Ceballos (Ceballos, J. 2011, pág. 68), en la actualidad tal definición de imagen es insuficiente, debido a que ya no es posible limitar la imagen personal a la mera apariencia física de la persona, toda vez que de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia, el ordenamiento jurídico hoy protege la individualidad de las personas y ésta no se agota con la imagen en *strictu sensu*, sino que, está compuesta también por la voz, el nombre y en general todo aspecto exterior que permita relacionarlo con una persona.

Por su parte, el derecho a la propia imagen, el cual es un atributo de la personalidad, consiste en que las personas,

individualmente consideradas, pueden solicitar o exigir que su imagen no sea difundida o reproducida por ningún instrumento técnico o medio (la escultura, la pintura, el dibujo, la litografía, el cine, el video, la televisión), es decir, es necesario para ello el consentimiento previo del titular. Es un derecho que hace parte de aquellos que protegen la integridad humana y la intimidad (Azurmendi, A. 1997, pág. 57).

El Tribunal Constitucional de España, definió el derecho a la propia imagen como un derecho "derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener dimensión pública" (Tribunal Constitucional, 2001).

Además, dicho tribunal menciona en sus jurisprudencias que es un derecho fundamental, que le atribuye a su titular la facultad de evitar la difusión incondicionada de su apariencia física, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de toda persona, además de ser el instrumento básico de identificación y proyección exterior para lograr su propio reconocimiento como sujeto individual. En otras palabras, es un derecho que impide la obtención y la publicación o reproducción de la propia imagen por un tercero que no se encuentre autorizado, sin importar la finalidad que aquel tenga. En resumen, por derecho a la propia imagen se entiende, la facultad exclusiva que tiene el titular de difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción (Blasco, F. 2008, pág. 15).

María Rosa Mistretta dijo en su libro "*El régimen tributario español de la explotación comercial del derecho de imagen*", que el derecho a la propia imagen es una vertiente del derecho a la intimidad de la persona y hace referencia a la facultad que tiene de impedir que se divulgue la imagen propia como forma de protección contra la intromisión ajena en un cierto ámbito personal y familiar (Ceballos, J. 2011, pág. 68).

En resumidas cuentas, el derecho a la propia imagen es ante todo un derecho fundamental. La honorable Corte Constitucional colombiana reconoce la doble dimensión que tiene el derecho aquí estudiado, y como lo explica Ceballos en su publicación, deriva de la doble proyección que se dio en Estados Unidos con el '*right to privacy*',

8 - Sin embargo, como se explicará más adelante, el desarrollo del derecho a la propia imagen permite que este pueda ser explotado económicamente

referido al contenido moral sobre el cual versa el derecho a la propia imagen y el *'right of publicity'*, referido al contenido patrimonial (2011, pág. 67).

- **Dimensión negativa-prohibitiva del derecho a la propia imagen:** en esta dimensión, el derecho a la propia imagen hace referencia a un derecho personalísimo del que gozan todas las personas y les faculta para no permitir que otras personas ajenas a ellas realicen cualquier uso de su imagen sin que anteceda su permiso. Es decir, se trata de un derecho a la propia imagen de carácter negativo o prohibitivo respecto de terceros.

Al abordar el derecho a la propia imagen desde esta perspectiva, goza de las características que se mencionaron con anterioridad. Además de ser un derecho de primera generación, es un derecho de exclusión porque permite que se oponga el titular del mismo ante un tercero no autorizado a la reproducción de su imagen. De igual forma, es un derecho inalienable e imprescriptible. Se suma el hecho de que, al ser un derecho fundamental y autónomo, es susceptible de protección por vía de tutela (Azurmendi, A. 1997, pág. 13).

- **Dimensión positiva-dispositiva del derecho a la propia imagen:** ésta se circunscribe al aspecto patrimonial del derecho a la imagen. Aquí se trata de la facultad que el ordenamiento jurídico otorga al titular de este derecho para reproducir su propia imagen, exponerla, publicarla y en general, explotarla económicamente. Es decir, la imagen se constituye en un objeto o bien comercial susceptible de ser materializado y exhibido en el comercio. Pero en realidad lo que se coloca en el comercio no es en sí la propia imagen de una persona determinada, sino la facultad de difundirla (Azurmendi, A. 1997, pág. 37).

La Corte Constitucional Colombiana ha reconocido esta dimensión de la propia imagen, mencionando que la facultad de explotación económica del derecho en estudio está dada por el artículo 16 de la Constitución Política, que hace referencia al derecho al libre desarrollo de la personalidad (CConst, T-634/2013).

Por último, el derecho a la propia imagen en su faceta patrimonial no se desvincula de su dimensión moral. Dicho de otro modo, no por ser un bien inmaterial que entra en el tráfico jurídico comercial, deja de ser un derecho fundamental de protección constitucional por medio de la tutela.

En ese sentido, al ser objeto de un negocio jurídico, no se transmite su titularidad, sino que se cede la facultad de explotación patrimonial del derecho (Ceballos, J. 2011, pág. 70).

3.1. Contenido y alcance constitucional y legal del derecho a la propia imagen en Colombia

La Corte Constitucional, en sentencia de Tutela 090/1996, se pronunció de la siguiente manera respecto al derecho a la propia imagen:

La imagen o representación externa del sujeto tiene su asiento necesario en la persona de la cual emana y, por tanto, su injusta apropiación, publicación, exposición, reproducción y comercialización, afecta lo que en estricto rigor constituye un derecho o bien personalísimo. Una consideración elemental de respeto a la persona y a su dignidad, impide que las características externas que conforman su fisonomía o impronta y que lo identifican más que cualquier otro signo externo en su concreta individualidad, puedan ser objeto de libre disposición y manipulación por terceros. De ahí que, con las limitaciones legítimas deducibles de las exigencias de la sociabilidad humana, la búsqueda del conocimiento y demás intereses públicos superiores, se estime que toda persona tiene derecho a su propia imagen y que, sin su consentimiento, ésta no puede ser injustamente apropiada, publicada, expuesta, reproducida o comercializada por otro (CConst, T-090/96, pág. 15).

Además, en la misma sentencia, se pueden denotar algunos componentes pertenecientes al mismo derecho, aunque no se diga de manera textual. Dichos componentes son los siguientes: es un derecho que se encuentra relacionado y sobreprotegido con otros derechos, tales como, derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 14 de la Constitución Política), derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre (artículo 15 de la Constitución Política) y derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 de la Constitución Política), entre otros.

En la mayoría de las sentencias de constitucionalidad en las que se ha hecho referencia al derecho a la propia imagen, la Corte Constitucional ha abordado el tema, diciendo que es el "derecho de toda persona al manejo de su propia imagen"; tal derecho debe comprender "la necesidad de consentimiento para la utilización de la imagen" y constituye "una expresión directa de la individualidad e identidad de la persona", por tanto, se encuentra protegido por el derecho fundamental al libre

desarrollo de la personalidad (artículo 16 de la Constitución Política) (CConst, T-634/2013). La Corte ha reconocido la autonomía del derecho a la propia imagen, aunque resalta que puede ser lesionado junto con los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre de su titular. Su importancia radica en el vínculo de este derecho con aquellos inherentes al ser humano como la dignidad y libertad, establecidos en el artículo 14 de la Constitución Política. Es decir, la Corte está de acuerdo con lo que ha expresado la doctrina acerca de la relación que tiene el derecho a la propia imagen con algunos otros derechos, porque su contenido y alcance así lo ameritan, debido a que no existe una regulación taxativa del mismo.

Al tratar el tema de la potestad que tiene el titular del derecho para disponer de su imagen, se indica que existen dos opciones. Una de ellas, es que puede impedir la difusión de su imagen y la otra es que puede dar su consentimiento permitiendo la difusión de la misma. Pero existe un tema en la actualidad que crea una especie de disyuntiva; se trata de la tecnología, la cual trajo consigo la facilidad para reproducir imágenes, en ocasiones sin que el titular pueda enterarse de que ésta se encuentra publicada en redes sociales. Entonces, que se reconozca constitucionalmente la autonomía del derecho a la propia imagen, garantizaría la protección de la imagen frente a las reproducciones por cualquier medio y se protegería un bien jurídico que está ligado con otros derechos fundamentales, que a su vez, lograría que la vida de la persona no quede expuesta en algunos momentos sin su voluntad (Carrillo, M. 2003, pág. 1).

Respecto al alcance legal, cabe mencionar que no existe una ley que trate el tema del derecho a la propia imagen con exactitud y ampliación, aun cuando en la actualidad se hace necesario tener más protección sobre la misma. Sin embargo, existen leyes que implícitamente tienen en cuenta el derecho en mención y que pueden ser precedentes a la hora de encontrarse en una situación problema que afecte la imagen del titular del derecho, tal como se explicará más adelante.

Pese a lo anteriormente mencionado, se debe tener presente que la infracción al derecho a la propia imagen se presenta en diferentes formas; una de ellas es con ocasión de la publicación de fotografías. En ese sentido, existe la Ley 23 de 1982 que reconoce el derecho de autoría a los fotógrafos, estableciendo en su artículo 13 lo siguiente: "para que se pueda tomar la imagen de una persona se requiere su consentimiento". Por lo tanto, es

importante tener en cuenta la voluntad de la persona a la hora de apropiarse de la representación de su imagen, publicarla, exponerla, reproducirla o comercializarla por un tercero; como quiera que, en este caso, un fotógrafo no puede captar o divulgar fotografías sin el consentimiento del titular de ella porque incurriría en un acto ilegal (Ceballos, J. 2011, pág. 73).

4. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN LAS REDES SOCIALES

En Colombia, el derecho a la propia imagen encuentra protección constitucional en el artículo 15 superior, en donde se consagran como fundamentales los derechos a la intimidad y el buen nombre de las personas. Respecto a las redes sociales, aunque actualmente no hayan normas que las regulen específicamente en el ordenamiento colombiano, éstas se rigen por aquellas normas que protegen la información de los datos y preservan la utilización de tecnologías de información y las comunicaciones (EN TIC CONFÍO, 2015, pág. 1).

Sin embargo, de acuerdo con EN TIC CONFÍO (2015), poco se precisa en el ámbito legal, acerca de los límites y conflictos que se generan entre el derecho a la propia imagen y sus derechos conexos que el ejercicio del mismo conlleva, y el uso de redes sociales en donde se comparte información pública y privada, por el titular de los datos compartidos o por terceros. En ese sentido, podemos encontrar la Ley 1273 de 2009, que modificó el Código Penal para incluir penas para delitos digitales como el acceso abusivo a sistemas informáticos, la interceptación de datos informáticos, la violación de datos personales o el uso de software malicioso, sin perjuicio de los tipos penales de injuria y calumnia que trascienden incluso en la esfera de lo digital y permiten la posibilidad de corrección publicada en redes sociales. Así mismo, la Ley Estatutaria 1581 de 2012 dicta disposiciones generales para la protección de los datos de las personas, así como su autorización para hacer uso de los mismos.

Por lo tanto, es necesario remitirse a la Doctrina y a la Jurisprudencia para poder desarrollar aún más el conflicto que se genera entre el derecho a la propia imagen y el uso de las redes sociales.

Se puede entender el concepto de redes sociales como "las plataformas online desde las que los usuarios registrados pueden interactuar mediante mensajes, compartir información, imágenes o vídeos, permitiendo

que estas publicaciones sean accesibles de forma inmediata por todos los usuarios de su grupo" (Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, 2009, pág. 38). Una de las principales características de las redes sociales, y que las convierten en poderosos y eficaces medios de comunicación, es su capacidad masiva de transmitir información por medio de la interconexión de sus usuarios, que sumado a la inmediatez en que actualmente se puede acceder a los datos, las convierten en instrumentos poderosos e imprescindibles para la sociedad de hoy, abarcando espacios informativos, recreativos, e incluso académicos.

De acuerdo con el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, existen tres momentos esenciales en donde se pueden presentar el mayor riesgo de detrimento de la integridad de los usuarios de las redes sociales. El primero, al momento de inscripción en la red, en donde se solicita además de un nombre de usuario y una contraseña, un consentimiento acerca del rango de información personal que se pretende compartir en la red social. Un segundo escenario, y quizás el más importante, es al momento de acceder y utilizar la red, en donde convergen varias situaciones: una respecto del contenido que el mismo usuario decide compartir allí, el cual puede comprometer su propia intimidad o incluso la de terceros; otra, cuando terceros comparten información que contenga datos del usuario, con o sin previa autorización de éste; y también, la posibilidad que ofrecen las redes sociales de acceder a información y datos personales de los usuarios, incluso a sus ubicaciones o direcciones IP. El tercer escenario es cuando se decide solicitar la baja del servicio, situación en las que podría no eliminarse completamente la información que ha sido compartida en ocasión al uso de la red social (2009, pág. 111).

Hay que tener en cuenta la manera vertiginosa en que han ido evolucionando las páginas y aplicaciones que proveen el servicio de redes sociales. Ésta rapidez implica que los Estados deben actualizar su normatividad y adoptarla a los progresos que en materia de privacidad se van presentando en estas plataformas virtuales. Por ejemplo, en 2008, época donde algunas redes sociales como 'Facebook' o 'Twitter' estaban en sus inicios, el llamado Memorándum de Roma constituía el marco principal de referencia sobre redes sociales y privacidad. En él, se trató de explicar la poca existencia de regulación en los estados sobre privacidad y redes sociales, concluyendo, por una parte, que el fenómeno de redes

sociales no había adquirido tanta relevancia en la sociedad hasta ese momento y, por otra parte, la existencia de una generación denominada *nativos digitales*, los cuales se sienten cómodos compartiendo sus datos e imágenes (incluso íntimas) en plataformas virtuales como las redes sociales (Roig, A. 2009, pág. 44).

Al momento de analizar el derecho a la privacidad en las redes sociales, es importante resaltar que todas las redes sociales incluyen en sus plataformas una "Política de Privacidad". Incluso, ésta misma puede ser conocida al momento de realizar la inscripción en la red determinada, como quiera que la misma red social le solicita obligatoriamente al usuario confirmar que se encuentra de acuerdo con los términos y condiciones de acceso a la red. De cualquier modo, y a pesar de la existencia de dichas políticas, existen usuarios que continúan compartiendo contenidos que pueden violar su propia intimidad o la de un tercero. Como lo menciona el tratadista mexicano Diego García, un usuario de una red social podría perder tanto la información personal que un sitio social le solicita para ser admitido, como la información relativa a las políticas que se seguirán en el tratamiento y procesamiento de sus datos (García, D. 2009, pág. 190).

Como se mencionó anteriormente, ante la escasa reglamentación legal sobre los límites del derecho a la propia imagen frente a su ejercicio en las redes sociales, es necesario remitirnos a la jurisprudencia constitucional, en donde, por medio de casos concretos, se ha abogado por delimitar una línea de contenido y alcance del mismo, que se estudiará a continuación:

En la sentencia T - 260 de 2012, en donde se ampararon los derechos fundamentales a la intimidad, el buen nombre y el libre desarrollo de la personalidad que habían sido violados a una menor de edad al haberle, su padre, creado un perfil en la red social de Facebook y compartir datos e imágenes de la menor, la Corte Constitucional, apoyada en lo establecido en el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (2009), señaló que:

A pesar de que las redes sociales digitales -generalista o de ocio y profesionales- se consolidan como un espacio en el que rigen normas similares a las del mundo no virtual, el acceso a la misma acarrea la puesta en riesgo de derechos fundamentales, pues el hecho de que algunas de ellas se manejen a través de perfiles creados por los usuarios, por medio de los cuales se pueden hacer públicos datos e información personal, puede traer como consecuencia la

afectación de derechos como la intimidad, la protección de datos, la imagen, el honor y la honra (pág. 17).

Posteriormente, en esa misma línea, el honorable tribunal añadió que la afectación de estos derechos guarda estrecha relación con el desconocimiento de los usuarios del funcionamiento y reglamentación de las plataformas virtuales, pues la falta de privacidad en los perfiles y la publicación de información personal e íntima y datos como sus vivencias, gustos, ideología y experiencias sin ninguna restricción, constituye en una fuente de riesgo para los derechos fundamentales de los usuarios (CConst, T-260/2012).

En este fallo judicial, el tribunal fue más allá y enfatizó en que la protección en las redes sociales, cuando se trate de derechos de menores de edad, debe ser reforzada. Apoyándose en el Memorandum de Montevideo "sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en Internet, en particular de niños, niñas y adolescentes", se estableció que: "la Sociedad de la Información y el Conocimiento, además de la multiplicidad de beneficios que encarna en materia de información, propagación de ideas, entretenimiento y otros, genera una serie de riesgos para los derechos fundamentales"⁹ (Albornoz, B. 2009, pág. 1).

En la sentencia T - 634 de 2013, en donde se ampararon los derechos a la propia imagen, la honra, el buen nombre y la intimidad de la accionante, y por lo tanto se ordenó a una empresa de masajes a que retirara de su página de Facebook unas fotos donde aparecía la accionante y las cuales tenían fines promocionales en virtud de una relación contractual que ya se había terminado, el tribunal estableció, respecto al derecho a la propia imagen, que "mal haría el juez constitucional en desconocer la dimensión de la autonomía del sujeto que es la posibilidad de disponer sobre las formas de expresar su cuerpo en sus imágenes" (CConst, T-634/2013).

Esta sentencia toca un punto muy importante acerca del ejercicio de este derecho: el de la autorización para el uso de la propia imagen. El tribunal señala que debe analizarse en cada caso concreto si en el ejercicio de

dicha autorización se respetan ciertos límites que protegen los demás derechos fundamentales. Dichos límites son:

(i) la autorización para el uso de la propia imagen no puede implicar la renuncia definitiva del mismo; (ii) la autorización comprende el consentimiento informado no solo acerca del uso de la propia imagen sino sobre las finalidades de éste; (iii) la autorización de uso de la propia imagen no puede constituir un límite absoluto al carácter necesariamente dinámico y cambiante de la autodeterminación de las personas o a su libre desarrollo de la personalidad; y (iv) la autorización de uso de la propia imagen, como expresión de un acuerdo de voluntades y de la libertad contractual en general (CConst, T-634/2013. P. 21).

En adición a lo anterior, la Corte Constitucional al abordar los riesgos que puede sufrir el derecho a la propia imagen en las redes sociales, indicó que una violación a este derecho puede presentarse no solo a través de la información que los mismos usuarios ingresan a sus perfiles, sino también por información publicada con o sin autorización por parte de terceros, por lo que existe la posibilidad, en ejercicio de la titularidad del derecho a la propia imagen, de solicitar la exclusión de dicha información de las redes¹⁰. En conclusión, una negativa de los terceros de eliminar las publicaciones que puedan afectar la imagen, la honra y el buen nombre del titular, puede constituir una violación a sus derechos fundamentales, y, por ende, lo hace garante de una protección constitucional.

Por último, en la sentencia T - 050 de 2016, caso en que una mujer se negó a retirar de la red social 'Facebook' una publicación acompañada con una foto, relacionada con el no pago de una obligación dineraria a cargo de la accionante, recogiendo la línea jurisprudencial que históricamente ha trazado respecto del derecho a la propia imagen en el ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Constitucional estableció que este (i) comprende la necesidad de consentimiento para su utilización, (ii) constituye una garantía para la propia imagen como expresión directa de la individualidad e identidad de las personas, (iii) constituye una garantía de protección para que las características externas que conforman las expresiones de la individualidad corporal no puedan ser

9 - En ese sentido, Albornoz plantea la necesidad de adopción y consagración de normas y políticas públicas que garanticen el debido acceso de los menores a las redes sociales, a fin de que puedan disfrutar de los beneficios y al tiempo prevenir los riesgos que esta implica.

10 - Lo anterior encuentra su fundamento para el honorable tribunal en la ya mencionada protección constitucional que goza la imagen, entendida como expresión directa de la individualidad, identidad y dignidad de las personas. Es por ello que la disponibilidad de la propia imagen exige la posibilidad de decidir sobre su cambio o modificación, en el ejercicio de su derecho de libre desarrollo de la personalidad.

objeto de libre e injustificada disposición por parte de terceros, (iv) es un derecho autónomo que puede ser lesionado junto con los derechos a la intimidad, a la honra, al buen nombre de su titular, y cuyo ejercicio está estrechamente vinculado a la dignidad y libertad de la persona, (v) su ejercicio se traduce en la autodeterminación de las personas y (vi) exige que las autorizaciones otorgadas para el uso de la propia imagen no sean entendidas como una renuncia al derecho mismo (CConst, T-050/2016).

Es por vía jurisprudencial donde más se ha desarrollado, ampliado y delimitado el alcance del derecho a la propia imagen, tanto en la esfera del mundo físico, como específicamente en el mundo virtual. En ese sentido, se ha optado por mantener un equilibrio entre la libertad de disposición de las personas de su imagen, otorgando la facultad de autorizar el ejercicio de la misma, y los límites que el ejercicio de este derecho debe respetar, para no afectar derechos conexos o incluso bienes jurídicos, tanto del titular como de terceros. Hay que recalcar que ante una presunta violación del derecho a la propia imagen existe la posibilidad de acceder a los diferentes recursos judiciales que ofrece el ordenamiento jurídico colombiano, como la acción de tutela para amparar los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, sin perjuicio de los otros recursos judiciales que las distintas jurisdicciones ofrecen para proteger el derecho a la propia imagen y los derechos conexos que el ejercicio del mismo acarrea.

CONCLUSIONES

En primer lugar, el desarrollo del derecho a la propia imagen no ha sido progresivo ni uniforme en la mayoría de los Estados. De igual forma, se ha evidenciado en la mayoría de los ordenamientos consultados la deficiencia, o en su defecto, ausencia de un derecho que proteja a la propia imagen de manera específica, lo cual transfiere la carga a los tribunales constitucionales quienes se han encargado en su mayoría de reconocer, definir y determinar los alcances de este derecho. Esta situación se presenta en el ordenamiento colombiano, que ante la precariedad de legislación en la materia, se ha complementado por los distintos pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional, la cual ha sido la realmente encargada de determinar y desarrollar el derecho a la propia imagen en los distintos casos concretos.

En segundo lugar, el desarrollo del contenido del derecho a la propia imagen, o la misma actividad de determinación de su alcance, ha llevado inexorablemente a relacionarlo con una serie de derechos conexos, que, analizados en conjunto, constituyen una protección integral a la honra, honor y privacidad de las personas. No obstante, se puede entender al derecho a la propia imagen como un derecho autónomo, independiente y personalísimo, incluso de contenido patrimonial y moral.

En tercer lugar, el desarrollo constitucional que ha tenido Colombia en materia de protección del derecho a la propia imagen ha sentado referentes importantes en aras de salvaguardar derechos fundamentales como el honor, la honra, la intimidad, libertad de prensa entre otros. Sin embargo, se observa que, al tratarse de muy pocos casos concretos, permanece la duda en los autores de cómo se solucionarían distintas problemáticas que aún no han sido previstas por los legisladores ni por la jurisprudencia.

No obstante, es posible afirmar que hay un déficit de protección legal del derecho a la propia imagen en Colombia, sobre todo en un contexto en el que la tecnología y las redes sociales son permisivas y facilitan la reproducción masiva de información y de datos personales. Se considera que tanto España como Estados Unidos son ordenamientos que pueden constituir referentes para Colombia, al momento de emitir normatividad específica respecto de la materia. Sería ideal un cuerpo normativo que establezca de manera específica unos límites en materia de consentimiento y disposición en la imagen que tanto usuarios como redes sociales no puedan transgredir, que brinde claridad de los límites que tiene el ejercicio de la imagen en las redes sociales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Affaire, R. (1858) 1° Instancia Seine 16 de junio de 1858.
- II. Albornoz, B. (2009). Memorandum de Montevideo. 28 de septiembre. Memorandum sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en Internet, en particular de niños, niñas y adolescentes. Montevideo, Uruguay.
- III. Anguita, P. (2008). La protección civil del derecho a la propia imagen, honra y vida privada ante la jurisprudencia. Obstáculos normativos para una reparación adecuada en Regímenes Especiales de Responsabilidad Civil. En P.

- IV. Anguita. Santiago: Universidad Diego Portales. Atitar, M. (2008). *Guerra y paz*. 28 de Agosto. Obtenido de: <http://guerraypaz.com/2008/08/28/historia-de-una-fotografia-bismarck-muerto/>
- V. Azurmendi, A. (1997). El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información. España: Civitas, S.A.
- VI. Blasco, F. (2008). Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen. En U. d. Murcia, Bienes de la personalidad (págs. 13-92). Valencia: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones. Obtenido de: <http://www.derechocivil.net/esp/algunas%20cuestiones%20del%20derecho%20a%20la%20propia%20imagen.pdf>
- VII. Carrillo, M. (2003). El derecho a la propia imagen. 15 de marzo. El País, pág. 3.
- VIII. Ceballos, J. (2011). Aspectos generales del derecho a la propia imagen. 12 de abril. *La propiedad inmaterial*, p. 61-83. Obtenido de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/2999/3649>
- IX. Cuauthémoc, M. (2002). El Derecho a la Intimidad, al Honor y a la Propia Imagen. *Codhem Doctrina*, 59 - 65.
- X. DeLamo, O. (2010). Consideraciones sobre la configuración del derecho a la propia imagen en el ordenamiento español. Madrid, España.
- XI. Devis, I. (2007). Aspectos constitucionales de los servicios públicos y las telecomunicaciones en Colombia. Bogotá D.C: Universidad del Rosario.
- XII. EN TIC CONFÍO. (2015). *En tic confío*. 12 de septiembre. El País. Obtenido de: <http://www.enticconfio.gov.co/redes-sociales-leyes-para-tener-en-cuenta>
- XIII. Escribano, P. (2015). Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en internet y en las redes sociales. En a. Fayos, los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI. Madrid: 61-85.
- XIV. Espinoza, J. (2001). *Derecho De Las Personas*. Huallaga, Lima: Rodhas.
- XV. García, D. (2009). El derecho a la privacidad en las redes sociales en internet. *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, 183 - 200.
- XVI. González, L. (2011). Gonzalez Frea & Asociados Abogados. Obtenido de: <http://www.gonzalezfrea.com.ar/derecho-informatico/aspectos-legales-redes-sociales-legislacion-normativa-facebook-regulacion-legal-argentina/265/>
- XVII. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación. (2009). Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online. Madrid: INTECO.
- XVIII. Nieves, M. (2011). El derecho a la privacidad en los estados unidos, aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego. *Teoría y Realidad Constitucional*, 279-312.
- XIX. Nogueira, H. (2013). El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. *Fundamentación y caracterización. Ius et Praxis*, 245-285.
- XX. Puccinelli, O. (2015). *patriciomaraniello*. Obtenido de: <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/el-derecho-a-la-imagen.pdf>
- XXI. Pucinelli, O. (2008). Apuntes sobre el derecho a y los derechos sobre la imagen (personal y bienes). 01 de Enero. *Pensamiento Constitucional*, 227-277. Obtenido de: <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/el-derecho-a-la-imagen.pdf>
- XXII. Rodrigues, M. (2009). El Concepto Constitucional del Derecho a la Propia Imagen en Portugal, España y Brasil. *Araucaria*, 17-50.
- XXIII. Roig, A. (2009). E-privacidad y Redes Sociales. *Revista de Internet, Derecho y Política*, 42 - 52.
- XXIV. Tribunal Constitucional, Sentencia 81/2001 (Tribunal Constitucional de España, Sala Segunda 26 de Marzo de 2001).

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- XXV. CConst, T-050/2016, (Corte Constitucional 10 de febrero de 2016).
- XXVI. CConst, T-090/96, (Corte Constitucional 6 de marzo de 1996).
- XXVII. CConst, T-260/2012, (Corte Constitucional 29 de marzo de 2012).
- XXVIII. CConst, T-634/2013, (Corte Constitucional 13 de septiembre de 2013).
- XXIX. CConst, T-634/2013, (Corte Constitucional 13 de septiembre de 2013).

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN



Responsabilidad objetiva y subjetiva del Estado por privación injusta de la libertad*

The State's objective and subjective role in unjust incarceration

Mario César Tejada González

Profesor Universidad Surcolombiana, Colombia
mario.tejada@usco.edu.co

Recibido: 10/01/17 Aprobado: 28/04/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1447>

RESUMEN

El Semillero Ratio Iuris por medio de esta investigación, expone los factores que llevaron a condenar al Estado colombiano por la privación injusta de la libertad de las personas a través del medio de control de reparación directa adelantados en los Tribunales Contencioso-administrativos del Huila, Tolima, Cundinamarca en el periodo comprendido del 2007 a 2012 y Consejo de Estado del año 2007 al 2016, determinando si el tipo de responsabilidad aplicada es objetiva o subjetiva. Esta investigación, tiene como premisa la puesta en marcha de los Juzgados Administrativos en Colombia desde 2006 y la expedición del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-administrativo en el año 2011 convirtiéndose los tribunales contenciosos en la última instancia para los procesos cuya cuantía no supera los quinientos (500) salarios mínimos, impidiendo su conocimiento final en el Consejo de Estado. La imposibilidad que este tipo de procesos llegue al conocimiento del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, conlleva a que en muchas partes del país la conclusión de este tipo de casos sea diversa, con fundamentos teóricos distintos, dando como resultado que no se obtenga una justicia igualitaria a pesar de existir fundamentos fácticos y jurídicos similares en los procesos que se someten al conocimiento de la jurisdicción administrativa.

PALABRAS CLAVE

Libertad; Privación Injusta; Responsabilidad Estatal; Responsabilidad Objetiva; Responsabilidad Subjetiva.

ABSTRACT

In this study, the Ratio Iuris research group exposes factors that brought the Colombian State under condemnation for unjust incarceration of its citizens through an investigation of the processes of direct reparation. These reparations were processed by the Judiciary Tribunals of Huila, Tolima, and Cundinamarca from 2007 to 2012 and the Council of State from 2007 to 2016, which determined whether the type of responsibility applied is objective or subjective. This research is focused on the actions of the Colombian Administrative Courts since 2006, the issuing of the New Administrative Procedure Code and the Judiciary Tribunal in 2011. These courts function as the last resort for processes where the sums involved do not exceed five hundred (500) basic salaries, which prevents these cases from being handled by the Council of State. The prevention of these type of processes from being handled by the highest judiciary administrative courts necessitates that in many parts of the country the closure of these cases is varied, along with different fundamental theories. These differences produce the result that similar rulings are not always attained, in spite of the similarities in factual and juridical fundamentals submitted to the administrative jurisdiction.

KEY WORDS

Liberty; Objective Responsibility; State Responsibility; Subjective Responsibility; Unjust Incarceration.

* Artículo de investigación. Constituye el resultado de la investigación denominada "Responsabilidad objetiva y subjetiva del estado por privación injusta de la libertad" realizada por el semillero de investigación Ratio Iuris adscrito al grupo de investigación Ciencia Jurídica, integrado por los estudiantes Juan Pablo Bermúdez Polanía, María Alejandra Castro Hernández y Jessica Alejandra Villarreal Tafurt.

INTRODUCCIÓN

En el Estado constitucional, social y democrático de derecho en el cual se encuentra inmerso el Estado colombiano existen unas cargas que todos deben soportar. Tal es el caso de la detención de una persona vinculada a un proceso penal, ya que es la propia sociedad la que impone a los conciudadanos ciertos comportamientos en aras de proteger al individuo, la comunidad y el interés general del Estado.

Atendiendo al principio de cargas públicas, no habrá responsabilidad estatal cuando en desarrollo de las cargas punitivas que la sociedad previamente ha definido, se prive de la libertad a una persona mientras transcurre la investigación penal correspondiente. Siguiendo esa línea conductual, deberá existir responsabilidad en contra del Estado cuando esa detención conlleve un perjuicio porque en su procedimiento se desconocieron valores, principios o derechos consagrados en la carta constitucional o en el ordenamiento supranacional, ya sea por el querer del operador judicial o por el desconocimiento de tales consagraciones normativas.

El conflicto armado colombiano, extendido por más de sesenta (60) años, ha llevado a que el Estado detenga a ciudadanos inocentes, situación muy frecuente en la región (Huila y Tolima), quienes una vez concluida la investigación de carácter penal, resultan siendo absueltos, generando en sus personas daños materiales y morales que debe resarcir el Estado.

La nueva Carta Constitucional colombiana expedida en 1991 incorporó al contexto normativo el concepto de 'daño antijurídico', rescatado de la Constitución española de 1978 en su artículo 106 numeral 2¹, en la modalidad del supuesto concreto de error judicial, en la protección del individuo frente a los daños causados por las administraciones públicas (Martín Rebollo, 1992). Bajo este nuevo postulado las personas únicamente deben soportar los daños jurídicos que les ocasione el Estado en desarrollo de su actividad lícita, pues aquellos considerados como antijurídicos deberán ser integralmente resarcidos.

Conforme al tema objeto de análisis y la problemática abordada, la orientación epistemológica que se desarrolló fue la investigación cuantitativa descriptiva. Gracias a ella se llevó a cabo la descripción, registro, análisis e

interpretación de los fallos que se profirieron sobre responsabilidad por privación injusta de la libertad en el periodo propuesto del año 2007 al año 2012 en los Tribunales Administrativos de Cundinamarca, Huila, Tolima y del periodo del 2007 al 2016 en el Consejo de Estado.

Este enfoque se realizó sobre los factores determinantes de la responsabilidad, extraídas de las providencias que fueron proferidas por los despachos judiciales anteriormente descritos, permitiendo presentar una interpretación amplia de la problemática objeto de examen. Es importante recalcar que en esta investigación se hizo especial énfasis respecto de los factores que determinan o exoneran la responsabilidad estatal y el tipo de responsabilidad aplicada por los operadores judiciales.

Para la investigación, se analizaron y estudiaron la totalidad de procesos fallados por la jurisdicción contenciosa administrativa, sobre el tema de responsabilidad por privación injusta de la libertad en los Tribunales contenciosos de Cundinamarca, Huila, Tolima durante los años 2007 al 2012 y en el Consejo de Estado de los años 2007 al 2016.

1. DESARROLLO DEL TEMA

Teniendo en cuenta la historia de Colombia con respecto a la responsabilidad por privación injusta de la libertad y el contexto actual colombiano, la investigación realizada se ha considerado de gran importancia; en razón a que en Colombia debe evitarse la aplicación de una justicia federada, entendida como la resolución judicial diversa de los tribunales regionales ante los mismos supuestos fácticos. Frente a esta problemática, se estudiaron los diferentes factores por los cuales se imputa responsabilidad al Estado como consecuencia de la privación injusta de la libertad de personas inocentes, en los mencionados distritos judiciales.

Para tal efecto, el objetivo de esta investigación consistió en establecer y comprobar si en realidad existe o no una diferencia marcada en los fallos proferidos por los Tribunales Contenciosos Administrativos de Cundinamarca, Huila, Tolima y el Consejo de Estado, sobre la responsabilidad y condena del Estado, con el fin de indemnizar a la persona perjudicada por la privación injusta de la libertad; y de esta manera, poder establecer

1 - Constitución de España 1978, artículo 106 numeral 2^o: "los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos."

cuál es el factor más adecuado para imputar responsabilidad al Estado en estos casos.

1.1. Daño antijurídico

En países como Italia, Francia y Alemania, era evidente la preocupación sobre los derechos de las personas que son injustamente privadas de la libertad y debido a ello, resultó importante la consagración de leyes que contemplaran la forma en que debían ser resarcidos los sindicatos, que mediante sentencia se declaraban inocentes, de tal suerte, que el Estado debía ser el encargado de compensar y reparar los daños ocasionados.

En Italia, originalmente el Estado no era considerado como responsable de actos ilícitos, y por ello no era susceptible de imputación de hechos punibles. Dada esa situación, la Constitución Italiana de 1947 accionó en su artículo 28², el principio general de la responsabilidad estatal según el cual, los funcionarios y dependientes del Estado y de las entidades públicas son directamente responsables, por los actos realizados con violación de derechos. De forma posterior para el año de 1965 se establece, a través de la Ley del 28 de mayo, la obligación de reparar al condenado en virtud de las mayores consecuencias que sufran las personas, como la prolongación injustificada del encarcelamiento (López, 2011).

En Francia, inicialmente la responsabilidad Estatal derivaba de los daños ocasionados por la actividad jurisdiccional no era reconocida, por encontrarse limitada al concepto estatal de la soberanía. Pero dicha percepción fue modificada, pues se toma a la responsabilidad estatal como una excepción en los casos de error judicial (López, 1997). Posteriormente se expide la Ley 70.643 del 17 de julio de 1970, dirigida a obtener una ampliación de los derechos de los ciudadanos frente al Estado, especialmente sobre la indemnización por una detención injusta. Así mismo, con la Ley 5 de julio de 1972, el artículo 11 consagró el principio que obliga al Estado reparar el daño causado por el mal funcionamiento del servicio de justicia; indemnización que tendría lugar sólo al presentarse una falta grave o denegación de justicia.

En Alemania, entre 1919 y 1933 se expiden Constituciones con sentido social en donde se hacía referencia a la responsabilidad indirecta del Estado, por los actos

ilícitos de sus agentes y funcionarios. Luego de ello, se expide la Constitución del año 1949, según la cual se permitía el reconocimiento de la indemnización a favor de la víctima, a causa de la inequidad de un juez. De forma posterior, se consagraron límites para el reconocimiento de la indemnización cómo cuando el afectado por la privación ha tenido una conducta inmoral, ha sido detenido con anterioridad, o ha estado en prisión penado en los últimos años (Saavedra, 2003).

En Colombia, es la Constitución Política de 1991 la que introduce, al menos teóricamente en su artículo 90, la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos causados con la acción u omisión de las autoridades públicas (Vidal, 2010). Es así, que el daño antijurídico es entendido a su vez, como aquel que la víctima no está en la obligación de soportar; en tanto que el Estado no se encuentra habilitado por un título jurídico válido para imponerlo como carga o sacrificio (García De Enterría, 1993). Entonces, para que se configure dicha responsabilidad, es necesario que ese daño antijurídico exista y que dicho daño sea imputable a un ente de derecho público (Cconst, C-619/2002, C-918/2002).

En la legislación procesal penal vigente en Colombia, Ley 906 de 2004³, la solicitud de medida de aseguramiento con detención preventiva procede al tener elementos materiales probatorios; de la evidencia física o de la información obtenida legalmente se puede desarrollar que el imputado pudo ser el autor o el partícipe de la conducta delictiva que se investiga. Lo anterior quiere decir que la medida se presenta útil en relación con los fines de conjuración de los riesgos de fuga, obstrucción o reiteración delictiva para efectos de la protección de la comunidad y de las víctimas.

Resulta totalmente relevante para el tema de responsabilidad estatal, que el nuevo esquema penal colombiano exija la intervención de un juez de la república, denominado juez de garantías, quien debe sopesar los argumentos planteados por la fiscalía, por la defensa del imputado y el ministerio público, antes ordenar la detención preventiva.

En el modelo penal anterior, denominado inquisitorio, la libertad de las personas radicaba únicamente en la decisión de la Fiscalía General de la Nación⁴, quien ejercía funciones investigativas, sin la intervención de un tercero. En la práctica la Fiscalía investigaba y detenía

2- Constitución de Italia 1947, Artículo 28: "I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici."

3- Código de Procedimiento Penal, artículos 308 y ss

4- República de Colombia, Decreto 2700 de 1991, Código de Procedimiento Penal, artículos 388 y ss.

preventivamente a los imputados, sin que existiera otro funcionario ajeno a esa institución que validara su actuar.

Es tal vez por esta misma razón, que el Decreto 2700 de 1991 establecía un régimen objetivo⁵ de responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, que contemplaba la indemnización al investigado en los casos en que se presumía había fallado el aparato judicial.

Al desaparecer este régimen objetivo de responsabilidad, con la expedición de Códigos de Procedimiento Penal posteriores, Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004, surgen diferentes interpretaciones sobre los eventos en los cuales se debe considerar o no injusta la privación de la libertad de una persona por parte del Estado, lo que ha hecho que los jueces administrativos en Colombia adopten diversas posturas para ordenar la reparación patrimonial de los afectados.

1.2. Evolución jurisprudencial en materia de responsabilidad por privación injusta de la libertad

La jurisprudencia de responsabilidad estatal por privación de la libertad ha sido un tema con mucho desarrollo por parte del Consejo de Estado, donde se han destacado tres (3) etapas. La primera de ellas conocida como “restrictiva”, reservó la responsabilidad solo a aquellas personas que por causa de alguna decisión judicial se hubieren visto ilegítimamente privadas de su libertad, de manera que solamente existía deber de reparar la “falla del servicio judicial”. Una segunda etapa es la establecida por el artículo 414 del Código de Procedimiento Penal (Decreto 2700 de 1991), con criterio objetivo, procediendo la responsabilidad estatal conforme en las tres (3) causales normativas enmarcadas como título de imputación. En caso de no encuadrarse la privación en algunas de las descripciones normativas, el imputado debía demostrar la ocurrencia de una privación “injusta” de la privación de la libertad, entendida como la falla en la administración de justicia.

La responsabilidad objetiva del artículo 414 del Código Procedimiento Penal, fue reiterada por el Consejo de Estado, en Sentencia del 4 de diciembre de 2007. C.P. Enrique Gil Botero. Expediente 15498:

Una segunda línea jurisprudencial entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 (absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible) la

responsabilidad es objetiva, por lo cual resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez o magistrado para tratar de definir si por parte de él hubo dolo o culpa. Se consideró, además que, en tales eventos, “la ley presume que se presenta la privación injusta de la libertad”, pero se precisó que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter “injusto” sino “injustificado” de la detención. Nótese que la jurisprudencia encontró, en el artículo 414 del derogado C.P.P., dos preceptos. Un primer segmento normativo, previsto en su parte inicial, conforme a la cual “quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios”.

En este segundo tópico, tipificaría los tres (3) presupuestos de absolución cuando el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no estaba tipificada como punible (Ruiz Orejuela, 2010), dando como resultado responsabilidad objetiva, demostrando el mal arbitrio en la medida de detención que en su momento había tenido la Fiscalía General de la Nación. Basado en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, el Consejo de Estado en sus providencias solo adoptaría la indemnización cuando se descubrieran los hechos con los elementos de responsabilidad subjetiva, como lo es la Falla de Servicio, esta postura fue cambiada para traer la responsabilidad objetiva, así precisa el Consejo de Estado en Sentencia de 9 de junio de 2005, CP. Ruth Stella Correa Palacio, Expediente 14740:

En relación con la responsabilidad del Estado por la privación injusta de la libertad prevista en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, la jurisprudencia de la Sección Tercera consideró inicialmente que no bastaba con que el proceso terminara con decisión absolutoria, en virtud de uno de los tres supuestos previstos en la norma, para conceder el derecho a la indemnización en forma automática, sino que era necesario acreditar el error o la ilegalidad de la providencia que dispuso la detención, ya que la investigación de un delito, cuando medien indicios serios contra la persona sindicada, es una carga que todas las personas deben soportar por igual y la absolución final que puedan éstas obtener no prueba, per se, que hubo algo indebido en la retención.

Como tercera y última etapa de desarrollo jurisprudencial, se puede hablar de una postura “amplia” que ha señalado la responsabilidad por privación injusta de la libertad, no solamente teniendo en cuenta los tres (3) preceptos del artículo 414, tantas veces citado, sino que incluye una nueva obligación de reparar si el imputado en la acción penal fue absuelto por aplicación del principio “*In dubio pro*

5 - República de Colombia, Decreto 2700 de 1991, artículo 414. Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios.

reo". La Administración de justicia por mandato constitucional está obligada a investigar, el ciudadano no tiene la obligación jurídica de soportar la privación de su libertad, por tratarse una garantía especialmente protegida constitucionalmente. El Consejo de Estado con la Sentencia de 4 de diciembre de 2006, C.P: Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia 2001-00120, planteó esta tesis en los siguientes términos:

Lo cierto es que cualquiera que sea la escala de valores que individualmente se defienda, la libertad personal ocupa un lugar de primer orden en una sociedad que se precie de ser justa y democrática. Por consiguiente, mal puede afirmarse que experimentar la pérdida de un ingrediente fundamental para la realización de todo proyecto de vida, pueda considerarse como una carga pública normal, inherente al hecho de vivir dentro de una comunidad jurídicamente organizada y a la circunstancia de ser un sujeto solidario. Si se quiere ser coherente con el postulado de acuerdo con el cual, en un Estado Social y Democrático de Derecho la persona junto con todo lo que a ella es inherente ocupa un lugar central, es la razón de la existencia de aquél y a su servicio se hallan todas las instituciones que se integran en el aparato estatal, carece de asidero jurídico sostener que los individuos deban soportar toda suerte de sacrificios, sin compensación alguna, por la única razón de que resultan necesarios para posibilitar el adecuado ejercicio de sus funciones por las autoridades públicas.

El Consejo de Estado ha sostenido que el requisito de procedencia de la responsabilidad es el consagrado en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (L. 270 de 1996, art. 65), con la cual se reguló la responsabilidad del Estado por el actuar de sus empleados judiciales y se consagran tres supuestos por los cuales se puede configurar esta responsabilidad: I) El error jurisdiccional; II) El defectuoso funcionamiento de la administración de Justicia y III) La privación injusta de la libertad.

El primer supuesto corresponde al desacierto del fallador al momento de emitir una providencia. Este concepto es objetivo, en la medida en que va a existir responsabilidad sin que detener a analizar la intencionalidad del juez, esto es, si actuó con o sin dolo y/o culpa o si lo hizo de forma arbitraria.

Dentro del segundo concepto están comprendidas todas las acciones u omisiones constitutivas de falla, que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia, y que puede provenir no sólo de los funcionarios, sino también de los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, de los empleados judiciales, de los agentes y de los auxiliares judiciales (CE, 27 Nov. 2014, r2001-00120, C. Zambrano).

Finalmente, el tercer presupuesto está consagrado en el artículo 68 de la Ley 270 de 1996, el cual derogó a su vez los tres (3) supuestos por los que se tornaba injusta la privación de la libertad (Decreto 2700 de 1991, art. 414) y del cual la ley no emite un concepto, pues si bien la privación de la libertad tiene como propósito la persecución y prevención del delito, su uso irracional causa grandes injusticias, por ende, soportarla debe traer consigo una reparación de los daños que se sufrieron, los cuales, hasta el momento son resarcibles con el pago de una cantidad de dinero de acuerdo a cada caso concreto.

1.2.1. Régimen de responsabilidad subjetiva

Bajo este régimen surgirá responsabilidad patrimonial del Estado, cuando la administración se sustrae del cumplimiento de sus obligaciones o la prestación del servicio haya sido irregular, defectuosa o se extralimite en el ejercicio de las mismas.

1.2.2. Falla del servicio

El Consejo de Estado colombiano en la Sentencia de 4 de junio de 2008, con ponencia del doctor Ramiro Saavedra, Becerra, Exp. 14721 al estudiar la obligación del Estado de reparar su falla o falta esgrimió estos elementos como indispensables para proceder a su condena por falla del servicio:

i) la existencia para la administración de un deber jurídico de actuar, es decir, la obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de ejercitar sus competencias y atribuciones en un plazo determinado por la propia ley o el reglamento, o en un tiempo razonable y determinable cuando se satisface el supuesto de hecho de las normas que regulan la actividad del órgano, acción con la cual se habrían evitado los perjuicios; ii) El incumplimiento de esa obligación, es decir, la expedición tardía de un acto administrativo que finalice la actuación, por la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso. La demora debe ser injustificada, pues el solo transcurso del tiempo o incumplimiento de los plazos procesales para resolver no genera automáticamente un derecho a la indemnización; iii) Un daño antijurídico, esto es la lesión real y evaluable económicamente de un derecho o de un bien jurídico protegido al interesado o a un grupo de ellos, que no están en el deber jurídico de soportar; y iv) la relación causal entre la demora (funcionamiento anormal del servicio) y el daño.

1.2.3. Régimen de responsabilidad objetiva

Bajo este régimen existirá responsabilidad patrimonial del Estado, cuando se ocasionan perjuicios a las personas en ejercicio de una actividad lícita estatal, generando una desigualdad frente al sistema de cargas que estas deben

soportar, rompiéndose de esta manera el equilibrio de las de las cargas públicas.

Bajo este tipo de imputación existirá responsabilidad sin importar que exista o no culpa de la administración, debiéndose demostrar únicamente el daño y el nexo de causalidad, entre este y el perjuicio (Nader, 2010).

Los títulos de imputación que se han manejado dentro de esta teoría de responsabilidad son el daño especial, el riesgo excepcional, la expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra y el almacenamiento de mercancías. Se hace una pausa en el concepto de daño especial por ser el único encontrado en los resultados obtenidos durante nuestra investigación.

1.2.4. Daño especial

Se presenta cuando el Estado en su actuar legítimo y en beneficio de la comunidad, causa un daño especial, anormal y superior al que normalmente deben soportar los administrados en contraprestación del servicio recibido (Bustamante, 2008). La teoría de la responsabilidad objetiva por daño especial exige de tres elementos para que se configure: (i) una actividad legítima ejecutada por el Estado; (ii) que se produzca en cabeza de un particular la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas; (iii) y que entre la actuación de la administración y el rompimiento de esa igualdad, exista un nexo de causalidad.

Igualmente, en materia de responsabilidad estatal proveniente de la privación injusta de la libertad de los administrados, con ocasión a las investigaciones penales, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ha fallado bajo el régimen de responsabilidad objetiva, preceptuando cinco (5) situaciones especiales, en las que no se hace necesaria la demostración de fallas de la administración de justicia:

- La inexistencia del hecho: Se imputa responsabilidad al Estado cuando adelantada la investigación penal, se constata que el hecho por el cual se había ordenado la privación de la libertad no existió, tal sería el caso de quien es privado de su libertad acusado por homicidio y la persona presuntamente muerta aparece viva días después de los hechos.
- No comisión del delito por parte del investigado: Se condena a la nación por los daños producidos a quienes son detenidos pero luego de la exhaustiva investigación o de adelantado el juicio se logra

establecer con certeza que la infracción no fue cometida por los investigados, concluyendo con la preclusión o terminación de la acción penal.

- Atipicidad de la conducta: Si adelantado el juicio, en el cual se ha puesto a disposición de la justicia todo el equipamiento oficial, se llega a la total certeza que la conducta desplegada por el agente no resulta ajustada a ningún delito del catálogo descriptivo, deberá condenarse al Estado.
- Principio del *In Dubio Pro Reo*: En caso de presentarse la absolución penal por no haberse demostrado la certeza en el comisión del hecho punible, deberá asumir el Estado las consecuencias de la ineficacia del sistema, reparando los daños ocasionados con el actuar de sus agentes, que incumplieron el objetivo trazado de culpabilizar a los presuntos responsables de las faltas penales.
- Habeas Corpus en favor del detenido: Ordenada la libertad del detenido en desarrollo de la acción de Habeas Corpus, por haberse demostrado la ilegalidad de su detención, procede la condena de responsabilidad del Estado de forma directa, sin necesidad de buscar fallas en la administración de justicia, de tal suerte que estas ya fueron analizadas y declaradas por el juez constitucional.

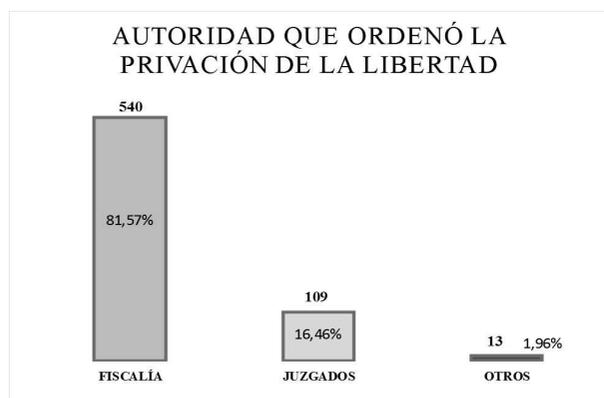
2. DISCUSIONES, RESULTADOS Y AVANCES

Durante la investigación realizada, entre los años 2007 hasta el 2012 en el Tribunal Contencioso-administrativo de Huila, Tolima, Cundinamarca, así mismo del Consejo de Estado entre los años 2007 al 2016; se encontraron 1556 sentencias sobre privación injusta de la libertad, de las cuales 662 ordenaron una condena al Estado Colombiano. Se examinaron las sentencias condenatorias, reflejadas en la discusión:

2.1. Autoridad que ordenó la privación de la libertad

Sobre la autoridad que ordenó la privación de la libertad, se pudo determinar que de las 662 sentencias condenatorias, en 540 de los fallos, la privación de la libertad fue ordenada por la Fiscalía General de la Nación; en 109 sentencias la ordenaron los Juzgados; y en 13 de los procesos, lo hicieron otras entidades como la SIJIN, el Ejército Nacional y el Comando de Policía.

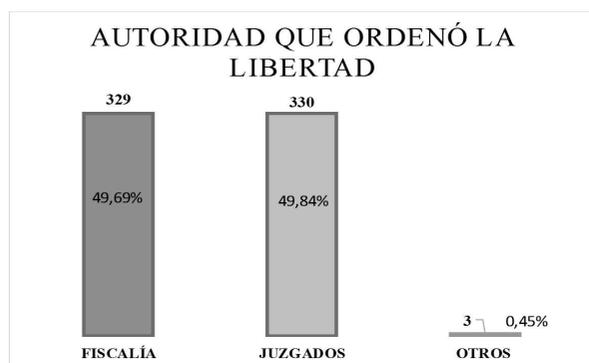
Cuadro No. 1



2.2. Autoridad que ordenó la libertad

En lo que se refiere a la autoridad que ordena la libertad, de las 662 sentencias condenatorias en 329 de los fallos, la libertad de la persona fue ordenada por la Fiscalía General de la Nación; en 330 sentencias la libertad la ordenaron los Juzgados, así mismo 3 sentencias la libertad fue concebida por autoridades como los Comandos de Policía y el Ejército de Colombia.

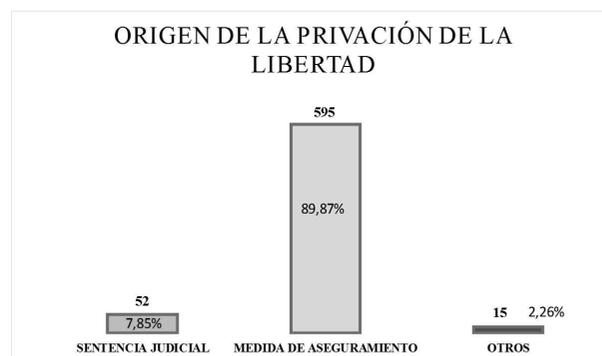
Cuadro No. 2



2.3. Origen de la privación de la libertad

Es posible observar que, sobre las 662 sentencias condenatorias, el origen de la privación injusta de la libertad en 595 de ellas, fue debido a la imposición de medida de aseguramiento; en 52 de los fallos, o sea se dio como consecuencia de una sentencia judicial, y en 15 procesos se llevó a cabo la captura por otros medios.

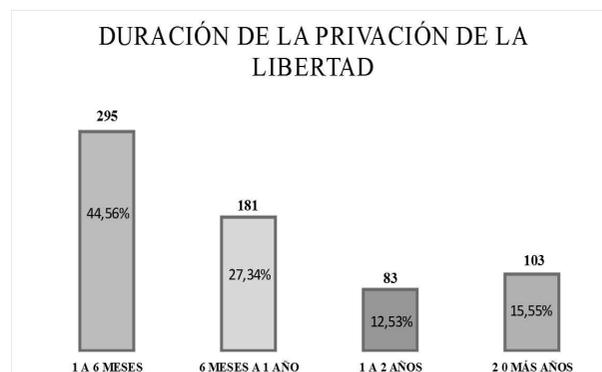
Cuadro No. 3



2.4. Duración de la privación de la libertad

Se puede afirmar que sobre las sentencias examinadas desde el año 2007 hasta el 2016, de las 662 sentencias condenatorias la duración de la privación injusta de la libertad, en 295 sentencias fue entre 1 y 6 meses; en 181 procesos fue de 6 meses a 1 año; en otros 83 la duración fue entre 1 y 2 años; y en 103 fallos fue superior a 2 años.

Cuadro No. 4

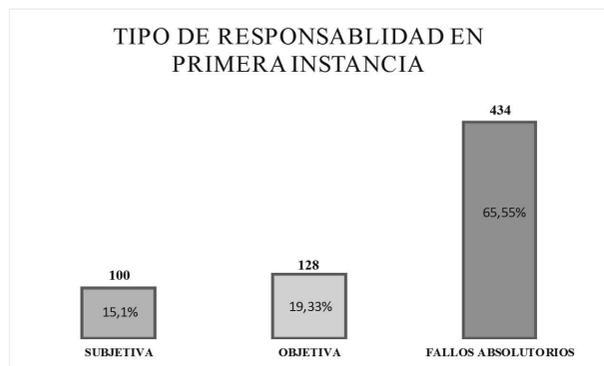


2.5. Tipo de responsabilidad aplicada en primera instancia

De las 662 sentencias condenatorias encontradas, hay 228 sentencias condenatorias y 434 sentencias absolutorias en primera instancia entre el año 2007 al 2016.

Se puede analizar que, sobre las 228 sentencias condenatorias en primera instancia, 100 sentencias son de tipo de responsabilidad subjetiva; y en 128 sentencias son de responsabilidad objetiva.

Cuadro No. 5



2.6. Títulos de responsabilidad objetiva en primera instancia

De las 228 sentencias condenatorias encontradas en primera instancia entre el 2007 y el 2012, en 128 de ellas se condena al Estado por títulos enmarcados dentro de la responsabilidad objetiva, observando los siguientes títulos de imputación: 17 sentencias en que el hecho no existió; 17 sentencias en que la conducta es atípica; 39 sentencias en que la persona no lo cometió; 44 sentencias a in dubio pro reo, 10 sentencias a daño especial y una sentencia con imputación de habeas corpus.

La imputación objetiva responsabilidad del Estado es consecuencia de los daños producidos con la privación injusta de la libertad, cuando deviene injustificada por exoneración posterior del detenido por cualquiera de las siguientes causales: porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no constituía hecho punible; en caso de in dubio pro reo a razón que la duda está por la presunción de inocencia del acusado y en el caso del procedimiento constitucional de libertad inmediata en habeas corpus.

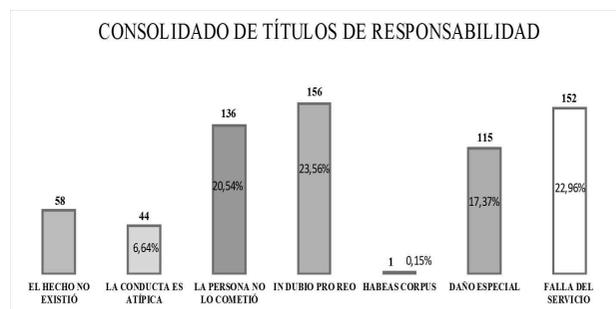
Cuadro No. 6



2.7. Consolidado de títulos de responsabilidad objetiva

De las 662 sentencias condenatorias encontradas entre los años 2007 y el 2012, en 510 de ellas se condena al Estado por títulos enmarcados dentro de la responsabilidad objetiva, observando los siguientes títulos de imputación: 58 sentencias que el hecho no existió; 44 sentencias que la conducta es atípica; 136 sentencias la persona no lo cometió; 156 sentencias a in dubio pro reo, 115 sentencias a daño especial y una sentencia a habeas corpus. Asimismo 152 sentencias fueron imputadas por responsabilidad subjetiva: por falla del servicio.

Cuadro No. 7

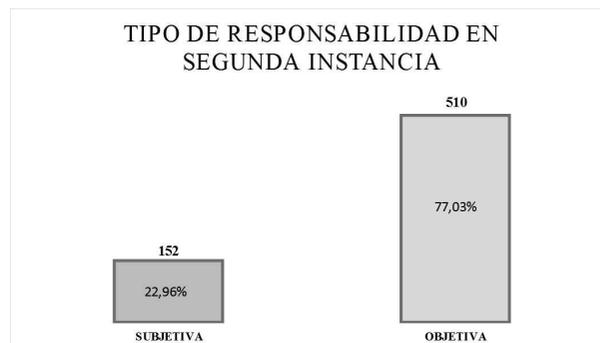


2.8. Tipo de responsabilidad aplicada en segunda instancia

De las 434 sentencias absolutorias en primera instancia, pasan a ser revocadas y condenatorias en segunda instancia. Además, de las 228 condenatorias en primera instancia, fueron a segunda instancia siendo confirmada la decisión.

Las 662 sentencias condenatorias en segunda instancia de los periodos comprendidos de 2007 a 2012, 152 sentencias la responsabilidad atribuida es de carácter subjetivo; y en 510 sentencias son de responsabilidad objetiva.

Cuadro No. 8



CONCLUSIONES

Analizados los resultados de la investigación, se puede concluir que en un buen porcentaje de los procesos concluyeron con una sentencia condenatoria para el Estado colombiano, con un porcentaje de 42.54%, lo que puede interpretarse como un hecho grave, bajo el entendido que 42 de cada 100 ciudadanos privados de la libertad, posteriormente fueron absueltos vulnerándoseles su derecho fundamental de la libertad.

Si se observa detenidamente los resultados que arroja el estudio, es posible vislumbrar que el 81.57% de las detenciones fueron ordenadas por la Fiscalía General de la Nación, bajo el esquema inquisitorio que introdujo el Decreto 2700 de 1991, situación que permite concluir que efectivamente se hacía necesario un cambio del modelo procesal penal, que excluyera del ámbito de la Fiscalía la posibilidad de investigar y a la vez decidir sobre la libertad de las personas.

Igualmente, se pudo observar que la mayoría de las condenas al Estado colombiano por privación injusta de la libertad devienen de las medidas de aseguramiento dictadas en el transcurso de la investigación penal, con un peso porcentual del 89.87%, siendo una cifra significativamente alta, en comparación de las condenas provenientes de sentencias condenatorias penales. Este porcentaje tan bajo, refuerza la tesis de que la intervención de un Juez de la República, como tercero imparcial, permite un mayor control al momento de decidir un tema tan crucial como la libertad de la persona, valor,⁶ principio y derecho fundamental⁷ consagrado en el ordenamiento constitucional.

A pesar de lo anterior, deberán estudiarse los fallos que por privación injusta de la libertad ha emitido la Jurisdicción Contenciosa Administrativa bajo la aplicación del sistema penal acusatorio incorporado en Colombia por medio de la Ley 906 de 2004, para establecer si los porcentajes de condena se mantienen, aumentan o disminuyen.

Un tema que llama profundamente la atención tiene que ver con la duración de la privación injusta de la libertad, bajo el entendido que el sistema penal es permisivo al

momento de mantener a una persona detenida. Si se analiza que en más del 55% de los fallos condenatorios la privación injusta se prolongó por más de 6 meses, se puede concluir que existía un vacío en el sistema, que permitía detener personas que a la postre resultaban absueltas penalmente.

En lo relacionado con el tipo de responsabilidad aplicada a las condenas por privación injusta de la libertad, se puede observar que en los tribunales de Cundinamarca, Huila y Tolima el 44.89% corresponde a la responsabilidad subjetiva, a diferencia de lo que sucedió en el Consejo de Estado donde la responsabilidad subjetiva escasamente alcanza un 17.69%, demostrándose que el máximo órgano de la Jurisdicción Contenciosa opta, en principio, por analizar este tipo de procesos a la luz de la teoría objetiva de responsabilidad estatal.

En cuanto a los títulos de imputación aplicados por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa dentro de la teoría de responsabilidad objetiva, resulta sumamente preocupante que el 23,56% corresponda a la duda en favor del investigado, lo que indica una profunda falla del sistema penal, privando de la libertad a personas que nada tenían que ver con los hechos investigados, generando de manera posterior un cargo al erario público, por lo que se puede concluir que a pesar de existir una responsabilidad administrativa objetiva en contra del Estado, lo que realmente aconteció fue una falla de la administración de justicia que detuvo a personas sin tener argumentos suficientes que sustentaran de forma posterior una certeza penal para concluir en la condena del individuo.

Siguiendo el análisis anterior, es posible observar que el 96.14% de las condenas al Estado, corresponden a la ineficiencia del sistema penal colombiano, por lo que se puede concluir que más que hablar de la aplicación de un sistema de responsabilidad objetiva en Colombia, lo que realmente predomina es un sistema de responsabilidad basado en la falla de la administración judicial, que lleva a investigar, detener y posteriormente absolver a personas inocentes, que a pesar de ser indemnizadas sufrieron el horror de verse privadas de su libertad, valor fundamental de los ordenamientos constitucionales modernos⁸.

6 - República de Colombia, Constitución Política, Preámbulo: En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente.

7 - República de Colombia, Constitución Política, artículo 28: Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

8 - Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3º: Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

RECOMENDACIONES

Al momento de imputar responsabilidad del Estado se debe dar una aplicación correcta de las tesis objetiva o subjetiva y de acuerdo al criterio jurisprudencial vigente consagrado con la Sentencia de Unificación en la Sección Tercera Subsección A, sentencia 17 de octubre de 2013, Radicación No. 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354), se debe aplicar la teoría del daño especial en materia de privación injusta de la libertad, dicha privación no deriva de la antijuridicidad o ilicitud del proceder de las autoridades estatales, sino de la consideración de que la víctima no está en el deber jurídico de soportar los daños que ha sufridos con ocasión de la detención injusta, mientras que se adelanta la investigación o el juicio penal; y con más razón cuando dicho proceso penal se concluye con una sentencia absolutoria o con un pronunciamiento de parte del juez en donde se evidencie que no se pudo desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

Sin embargo, tal como lo concluye el estudio realizado, más que la aplicación de una teoría de responsabilidad objetiva, que resulta garantista para la persona que ha sido sometida al vejamen de la detención, deben analizarse las causas que dan lugar a esa condena objetiva, que no son otras que fallas de la administración de justicia, al no poder llegar a la certeza de la comisión del delito.

Sin pretender desconocer el fallo de Unificación Jurisprudencial del año 2013, es considerado, respetuosamente, que la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad debe analizarse en principio desde la falla de la administración, teniendo presente que las causales esbozadas como objetivas, son en últimas fallas del sistema procesal penal colombiano.

Con base en lo anterior, hay un pequeño alejamiento de la postura que se tiene sobre la forma de imputar responsabilidad al Estado, pues es considerable y aconsejable que en primera medida se utilice el criterio subjetivo; es decir, como regla general el juez administrativo deberá indagar si existió una actuación ilegal o ilícita por parte de las autoridades públicas que haya generado la privación injusta de una persona; y como segunda medida, para reforzar la anterior se deberá buscar la falla de la administración judicial aplicando a favor del demandante determinados títulos, que como se ha hecho referencia en toda la investigación serían los siguientes: (i) Absolución por aplicación del Principio *in dubio pro reo*; (ii) Terminación de la privación de la libertad

por haber operado el mecanismo constitucional de *Habeas Corpus*; (iii) Absolución porque el hecho no existió; (iv) Absolución porque la conducta es atípica; o (v) Absolución porque la persona no cometió el delito.

Resulta importante y del todo urgente, que se replantee el uso de la detención preventiva como única manera de lograr que el presunto infractor de la ley penal acuda al proceso, donde el Estado protector del interés general y de la aplicación debida de la justicia, debería tener otras opciones, como mecanismos sustitutivos a la detención preventiva, para que el presunto investigado pueda acudir a las diversas etapas del proceso penal y solo remitirse a ella cuando se encuentre demostrado que el investigado representa un peligro para la sociedad o tiene el poder de obstruir la pesquisa penal

Con la anterior propuesta, se considera que representaría una disminución del sufrimiento por parte de los particulares afectados por la privación injusta y disminuiría el nivel de condenas en contra el patrimonio público.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

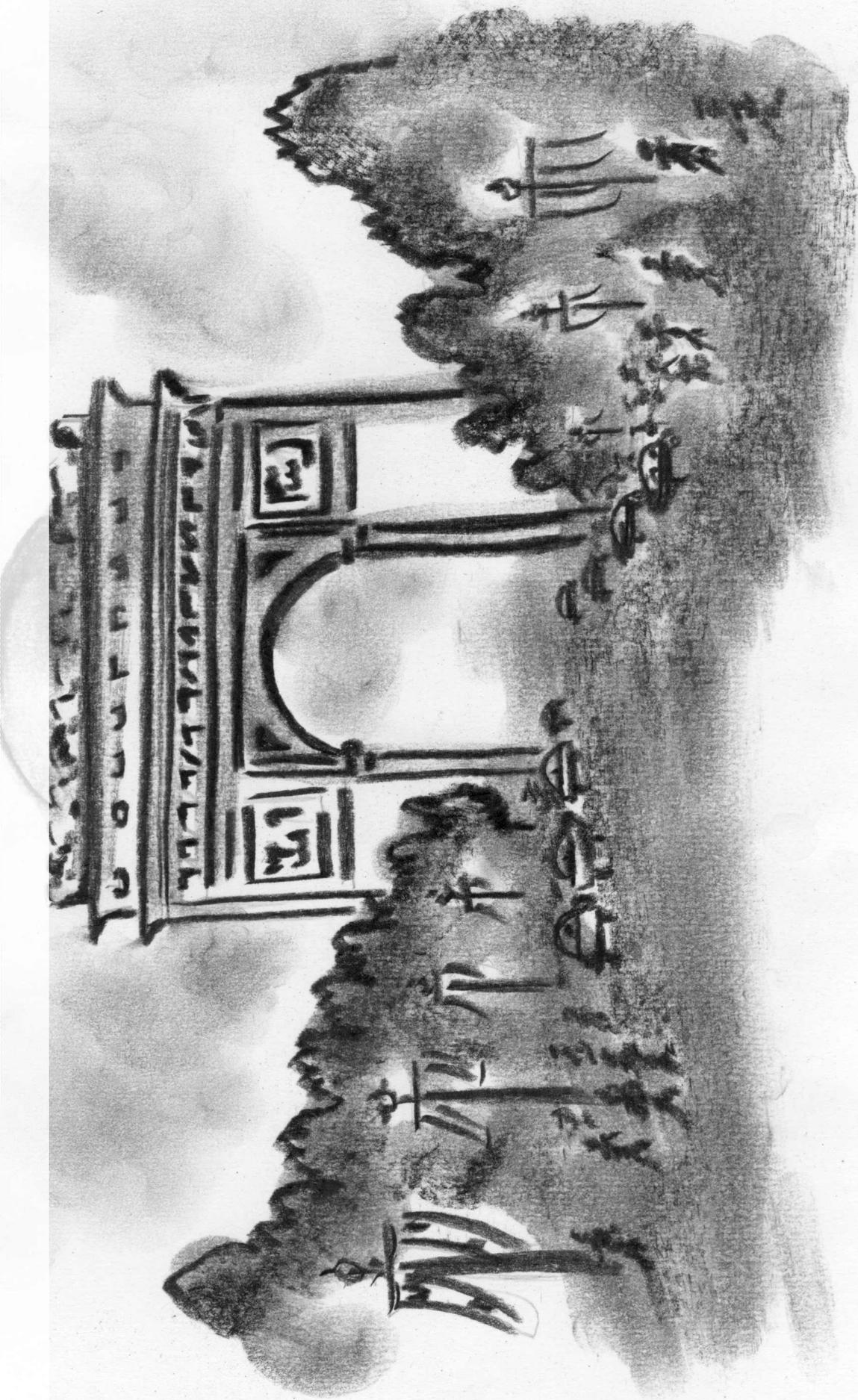
- I. Bustamante Ledesma, A. (2008). La Responsabilidad Extracontractual del Estado, Bogotá D.C., Colombia: Grupo Editorial Leyer.
- II. García de Enterría, E. (2013) Curso de derecho administrativo II. Madrid, España: Editorial Civita.
- III. López Acuña, J.J, Martínez Torres. (2011). C. Responsabilidad Estatal por privación injusta de la libertad: criterios del Consejo de Estado al otorgar indemnización de perjuicios. Bucaramanga, Colombia: Universidad Industrial de Santander.
- IV. López Morales, J. (2003). Responsabilidad del Estado por error judicial. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- V. Nader Orfale, R. (2010). Evolución Jurídica De La Responsabilidad Extracontractual Del Estado En Colombia, Barranquilla, Colombia: Universidad Libre Seccional Barranquilla, Advocatus.
- VI. Martín Rebollo, L. (1992). Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa. Madrid, España: Editorial Civita.
- VII. Ruiz Orejuela, W. (2010). Responsabilidad del Estado y sus Regímenes. Bogotá, Colombia: Ecoe Ediciones.
- VIII. Saavedra Becerra, R. (2003). La responsabilidad contractual de la administración pública” Primera reimpresión, Bogotá D.C., Colombia: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.

- IX. Vidal Perdomo, J. (2010). Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Responsabilidad del Estado por la Privación Injusta de la Libertad, Bogotá, Colombia: Ecoe Ediciones.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- X. CE, 27 Nov. 2014, r2001-00120, C. Zambrano.
XI. CE, 27 Nov. 2014, r2001-00120, C. Zambrano.
XII. CE, e7736, D. Suárez.
XIII. CE, 9 Jun. 2005, e14740, R. Correa.
XIV. CE, 4 Dic, 2006, r200100120, M. Fajardo.
XV. CE, 27 Nov. 2014, r2001-00120, C. Zambrano.
XVI. CE, 25 Feb. 2009, r25508, M. Fajardo.
XVII. CE3, 11 May. 2006, M. Fajardo.
XVIII. CE, 13 Jul. 1993.
XIX. CE, 9 Feb. 1995, e9550.
XX. CE, 2 Jun. 2005, r199902382.
XXI. CE, 4 Jun. 2006, e14721, R. Saavedra.
XXII. CE, 29 Jul. 1947.
XXIII. CE, 16 Ago, 2012, r66001233100000010117601, e25214, M. Fajardo.
XXIV. Cconst, C-619/2002, C-918/2002).

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN



Pluralismo jurídico, Justicia Indígena y Derechos Humanos*

Legal pluralism, indigenous justice and human rights

Juan Pablo Cruz Carrillo

Universidad Indoamericana, Ecuador
juanpabdoctorado77@gmail.com

Recibido: 16/12/16 Aprobado: 10/03/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1449>

RESUMEN

El objetivo de esta investigación es identificar y explicar los presupuestos teóricos y metodológicos que permitan una interpretación coherente de los derechos humanos como límites al ejercicio de la justicia indígena en países donde la jurisdicción de las autoridades indígenas es reconocida legalmente.

Para ello, se examinan y comparan las tesis básicas del monismo y el pluralismo jurídico, la jurisdicción ordinaria y la justicia indígena, y las principales semejanzas y diferencias entre las expresiones 'derechos naturales', 'derechos constitucionales' y 'derechos humanos', para identificar a cuáles de ellas se hace referencia cuando se analizan los límites a la justicia indígena.

La conclusión principal es que el auténtico pluralismo jurídico se verifica en las sociedades donde coexisten la justicia indígena y la jurisdicción ordinaria, ambas limitadas por el respeto a los derechos humanos, cuya concepción dependerá de la visión sobre los mismos en las diferentes culturas involucradas, así como de los presupuestos teóricos, sociológicos y antropológicos que se asuman implícita o explícitamente.

PALABRAS CLAVE

Derechos Humanos; Jurisdicción Ordinaria; Justicia Indígena; Monismo Jurídico; Pluralismo Jurídico.

ABSTRACT

This research aims to identify and explain the theoretical and methodological frameworks that allow for a consistent interpretation of human rights that limits the practice of autonomous indigenous justice in countries where the jurisdiction of indigenous authorities is recognized to be on equal footing with State jurisdiction.

This claim examines and compares the basic theses of legal monism and legal pluralism, State jurisdiction and indigenous justice. Furthermore, this investigates the principle similarities and differences between expressions of natural, constitutional and human rights, to identify which are referenced when limits of indigenous justice are analyzed.

The main conclusion is that authentic legal pluralism is observed in societies where indigenous and State jurisdiction coexist, and both are limited by respect for human rights. This design will depend on the vision of both of the cultures involved, as well as the theoretical, sociological and anthropological frameworks that are assumed, either implicitly or explicitly.

KEYWORDS

Human Rights; Indigenous Justice; Legal Monism; Legal Pluralism; Ordinary Jurisdiction.

* Artículo de investigación.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo constituye un resultado parcial de la investigación que bajo el tema "los derechos humanos de los justiciables como límites a la jurisdicción indígena en el Ecuador" desarrolla su autor en la facultad de derecho de la Universidad de la Habana.

Su objetivo central es clarificar algunas de las cuestiones teóricas de fondo que subyacen a la investigación particular del tema en el ámbito ecuatoriano, donde el pluralismo jurídico, la justicia indígena y los derechos humanos se interrelacionan en un ambiente particularmente complejo, en el que existen fuertes tensiones entre las facultades de administrar justicia atribuidas a las autoridades indígenas en la Constitución de 2008 y la exigencia de respeto a los derechos humanos.

Como telón de fondo aparece el pluralismo jurídico, entendido en el contexto ecuatoriano como pluralismo legal y pluralismo jurisdiccional; el primero caracterizado por la existencia del orden jurídico estatal junto al derecho de los indígenas, el segundo por la existencia de la jurisdicción estatal paralela a la jurisdicción indígena. Y en medio de todo ello una cuestión de fondo que anima el desarrollo de esta investigación ¿cuáles son los límites materiales que deben respetar las autoridades indígenas ecuatorianas en ejercicio de su facultad de administrar justicia?

Las respuestas pueden ser varias, pero en cualquier caso es necesario tener claros los fundamentos que las sustentan, algunos de los cuales desarrollamos en este ensayo.

1. MONISMO Y PLURALISMO JURÍDICO

Cuando se analizan los estudios más difundidos, citados y comentados relacionados con el pluralismo jurídico, no deja de sorprender las características del lenguaje en que dichos textos son presentados (una recopilación de textos puede verse en Guevara Gil, 2014). Al pasar de un autor a otro pareciera que, a pesar de que emplean la misma terminología, palabras, y giros semánticos, están haciendo referencia a objetos de estudio o análisis que en ocasiones solo tienen en común el lenguaje utilizado.

En ese sentido, uno de los autores más citados, después de afirmar que "el concepto de pluralismo jurídico lleva discutiéndose unos cuarenta años..." reconoce que: "no obstante, considero que las discusiones sobre esta idea se han vuelto cada vez más superficiales, sobre todo

porque adolecen de claridad conceptual y de una adecuada comprensión de sus implicancias teóricas y metodológicas para entender el papel del derecho en la sociedad" (Von Benda-Beckmann, 2014, p.17).

Si esa afirmación fuera asumida literalmente, sería forzoso concluir que las largas discusiones sobre el pluralismo jurídico (definición, objeto de estudio, potencialidades y limitaciones), y su contrapartida, el monismo jurídico, pudieran diluirse si, en dichas discusiones, se utilizara el lenguaje con mayor precisión: a causa de tanto uso y abuso de las expresiones "pluralismo jurídico", "monismo jurídico", "interlegalidad", "derecho alternativo", "derecho no estatal" u otras de connotaciones similares, se puede concluir que cada autor recrea, utilizando un mismo lenguaje, un universo de referencia esencialmente diferente al de sus colegas (Garzón López, 2014, p. 187).

Además de las cuestiones lingüísticas, hay otras aristas de la dualidad "monismo jurídico" y "pluralismo jurídico", cuya clarificación es imprescindible para avanzar en el tema que nos ocupa: es preciso señalar que no existe en la literatura jurídica, política o sociológica (los tres ámbitos donde se ha centrado la discusión) de los últimos tres siglos, un autor o una obra de la que se pueda predicar con absoluta seguridad la defensa de todas o, al menos, las principales tesis que suelen atribuirse al "monismo jurídico".

Dicho de otra manera: el monismo jurídico como objeto de estudio y reflexión, y la teoría del monismo jurídico contra la que se han lanzado las diatribas de los pluralistas de todos los tiempos, no es sino una reconstrucción hecha a partir de diferentes elementos de la teoría jurídica o política que suele identificarse- sin mayores precisiones-, como la *teoría jurídica tradicional*.

Entre ellos se suelen mencionar, desde el punto de vista de la teoría política: la soberanía, el monopolio estatal de la producción del derecho o el principio de legalidad; desde el punto de vista de la teoría jurídica: la identificación del derecho con la ley, la separación entre aplicación y creación del derecho y el carácter sistemático de este último, todo lo cual desembocaría en el formalismo jurídico (Garzón López, 2012, p. 215).

Según Carlos Antonio Wolkmer (2001), esas características del monismo jurídico, desde el punto de vista de la teoría política o jurídica tradicional, han conducido a desconocer las fuentes vivas de la creación del derecho, la coexistencia de diferentes órdenes normativos, a

perder de vista la manera en que se vive el derecho en la sociedad, o a ignorar el funcionamiento real de las instituciones encargadas de su aplicación, así como el agotamiento del paradigma de las sociedades basadas en el modelo liberal de representación política (Wolkmer, Carlos Antonio, 2001).

No existe por otra parte, un único pluralismo jurídico, ni como descripción de una determinada realidad social, mucho menos como enfoque metodológico o analítico del derecho; tampoco existe lo que se pudiera identificar como una teoría del pluralismo jurídico o un lenguaje particular a través del cual se exprese aquel.

En todo caso, de lo que sí se puede hablar es de la existencia de escritos y escritores, investigaciones e investigadores, que comparten unas tesis básicas en cuanto a lo que identifican como monismo o pluralismo jurídico, así como de la existencia de una publicación especializada, como lo es el *Journal of Legal Pluralism*, una publicación específicamente diseñada para la difusión del pluralismo jurídico a partir de los trabajos propios de los miembros de *Commission on Legal Pluralism* y de especialistas de diferentes áreas referidos al tema (CMP 2017) foros o instituciones en las que dichos autores han difundido y difunden sus resultados.

Un ejemplo de instituciones lo constituye la *Commission on Legal Pluralism*, creada en 1978 por la *International Union of Anthropological and Ethnological Sciences*; en su largo periodo de existencia ha organizado más de 20 congresos mundiales sobre pluralismo jurídico en diferentes países, y publica, desde entonces, su revista oficial, el *Journal of Legal Pluralism*, con una frecuencia trienal (CMP 2017).

Cada uno a su manera y según su punto de vista, coincide en situar los orígenes del pluralismo actual en las obras de escritores occidentales del siglo XIX y principio del siglo XX. Desde un punto de vista analítico, se podría caracterizar dicho pluralismo jurídico como esencialmente teórico, sociológico y academicista, raras veces sustentado en investigaciones empíricas, orientado hacia el estudio del derecho como fenómeno social (Garzón López, 2012, p. 190), y vinculado a la cultura política y jurídica de la época.

Sus conclusiones probablemente podían ser coherentes con los ámbitos geográficos y culturales en que se originaron, pero al ser extraídas de ese contexto contribuyeron a complicar excesivamente el análisis de fenómenos aparentemente similares en otras culturas y

contextos geográficos; sin embargo, entre sus conclusiones más celebradas está la crítica al derecho positivo vigente, dando cuenta de que tanto aquél, como la teoría jurídica que lo sustentaba, eran insuficientes para explicar en toda su complejidad el fenómeno jurídico.

Basado en esos antecedentes, tuvo el pluralismo jurídico un resurgimiento a partir de la década de 1970 (Guevara Gil, 2014 y Griffiths, Jhon, 2014), tomando como referencia a sus antecesores en lo que se podría llamar la *actitud pluralista en el estudio del derecho*, pero vinculándolo esta vez más a los estudios antropológicos que a la teoría sociológica; razón por la cual, una vez más, los pluralistas europeos se lanzaron al estudio de sociedades tribales, indígenas, post coloniales, grupos marginales u organizaciones sociales situadas fuera de Europa pero armados eso sí, de los instrumentos analíticos propios de la cultura europea.

La nueva oleada del pluralismo jurídico tomó como objeto de estudios una realidad muy diferente: no se trataba ya de las sociedades europeas del siglo XIX y principios del XX, sino de unas sociedades en las que, pese a siglos de colonización, dominación y civilización forzadas, se habían conservado formas diferentes de regular las relaciones sociales y resolver los conflictos.

Mientras que allá se hablaba de "grupos sociales", "instituciones", "gremios" o "corporaciones" que creaban su propia normatividad para llenar los vacíos no cubiertos por el derecho estatal, aquí se habla de grupos sociales que ya tenían una normatividad antes que les fuera impuesto aquél (Engle Merry, Sally, 2013, p. 4).

Habría que ver hasta qué punto el pluralismo jurídico europeo o norteamericano, con sus instrumentos analíticos, sus giros lingüísticos, su terminología academicista y su visión civilizadora es pertinente para explicar la coexistencia en ámbitos no europeos, de grupos humanos que, si bien viven dentro del espacio de soberanía estatal con sus leyes y autoridades, mantienen, conservan y viven dentro de una normatividad diferente a la estatal.

Que tal pertinencia es apenas cuestionada, se evidencia en que los estudios a partir de los que se relanzó el pluralismo jurídico actual se realizaron fundamentalmente por investigadores europeos o norteamericanos en las sociedades llamadas "post coloniales", las cuales han conservado gran parte de su normatividad originaria, mezclándolas en muchos casos con elementos de la cultura y prácticas jurídicas dominantes.

Es preciso insistir, como resultado de los análisis anteriores, en que definir los términos "monismo jurídico" y "pluralismo jurídico" y su ámbito de aplicación, implica también problematizarlos, teniendo en cuenta que en ambos casos siempre existe, por un lado, una posición teórica de fondo, y por otro, una toma de posición, muchas veces implícita, en cuanto al lugar del Estado y la política en relación con el derecho.

Así, por ejemplo, el pluralismo es bueno en política -en la actualidad una sociedad pluralista es sinónimo de una política democrática y participativa- pero en derecho puede ser sinónimo de casuismo, anarquía o falta de autoridad desde una visión occidental de lo jurídico; en América Latina en la actualidad, el pluralismo jurídico generalmente es sinónimo de una sociedad en la que conviven junto al derecho estatal, diferentes prácticas jurídicas de pueblos y comunidades indígenas.

Por otro lado, no todo pluralismo jurídico es positivo o negativo en sí mismo: cuando la fuente del pluralismo son los pueblos indígenas, por ejemplo, un pluralista puede argumentar sin dificultad sobre sus bondades; pero si son las empresas transnacionales quizás prefiera regresar al monismo jurídico y exigir un derecho estatal más agresivo.

Llevando el argumento al extremo, pudiéramos afirmar que, en temas de pluralismo, lo que es bueno en política no lo es siempre en derecho y viceversa: razón por la cual parece más acertada una concepción analítica en la que, dentro del marco general del Estado, y en relación con el derecho no asuma a priori la bondad o perversidad del monismo o el pluralismo, político o jurídico.

Una concepción analítica con un doble propósito: *teórico* para analizar lo que se dice en los discursos sobre el pluralismo jurídico; y *sociológico* para identificar el objeto de referencia de dichos discursos. Y desde ese *punto de vista analítico* es preciso tener en cuenta, cuando se habla o se escribe (o se lee obviamente) sobre pluralismo jurídico si la expresión se refiere a:

- El pluralismo jurídico como *teoría*. Si se considera que una teoría es una construcción conceptual que, a partir de unas tesis básicas, unos principios definidos y un objeto de estudio delimitado pretende dar respuestas a la mayor cantidad de preguntas posibles sobre su objeto de estudio, se puede considerar que el pluralismo jurídico es concebido como tal por autores como Sally Engle Merry (s/f p. 96 y Garzón López, 2014, p. 215).

- El pluralismo jurídico como *metodología*. "El *pluralismo jurídico* es una perspectiva teórica que permite reconocer la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geopolítico; espacio en el que, por ende, se dan múltiples conflictos de interlegalidad" (Yrigoyen Fajardo, Raquel, 2006, p. 537). Desde ese punto de vista, el pluralismo jurídico sería una metodología que, desde una perspectiva teórica, aborda el estudio de la coexistencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo espacio geográfico.
- El pluralismo jurídico como *observación empírica*. "Designaremos aquí como "pluralismo jurídico" -escribió Oscar Correas (1995, p. 100)- el fenómeno de la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos".
- El pluralismo jurídico como *fundamento de acción reivindicatoria*. "El pluralismo jurídico una vez aceptado como indiscutible realidad, permite ver el complejo normativo como lugar de la lucha entre sistemas que son sostenidos por grupos y clases antagónicas" (Oscar Correas 1995, p. 108). El pluralismo jurídico funcionaría así, por un lado como instancia de crítica al monismo jurídico, al derecho estatal y al Estado en general, y por otro como fundamento de legitimidad de reivindicaciones sociales frente al Estado.

Desde un punto de vista sociológico-descriptivo, los discursos sobre el pluralismo jurídico pueden referirse a:

- Pluralidad de autoridades estatales con facultades normativas y/o jurisdiccionales en sentido amplio (es lo normal en las sociedades actuales).
- Una única autoridad legislativa estatal que delega parte de sus funciones normativas y/o jurisdiccionales en otras (también normal en las sociedades actuales).
- Existencia de autoridades no estatales con facultades normativas y/o jurisdiccionales (también normal en las sociedades actuales).
- Grupos sociales legalmente constituidos que tienen sus propias autoridades con facultades normativas y/o ejecutivas de sus decisiones (normal en las sociedades actuales).
- Grupos ilegales que tienen sus propias autoridades con facultades normativas y/o ejecutivas de sus decisiones (el caso de grupos guerrilleros, por ejemplo).
- Pueblos o comunidades indígenas, originarias o ancestrales que conservan sus prácticas tradicionales, incluyendo normas de convivencia y aplicación de sanciones ante su violación.

Como conclusión del análisis anterior es pertinente afirmar que la referencia de la expresión pluralismo jurídico, en función del tema que se investiga, es aquella que designa la coexistencia y convivencia, dentro del territorio de un Estado, de grupos humanos con culturas, tradiciones, lenguajes, prácticas y cosmovisiones marcadamente diferentes y en la cual, particularmente, en aquellos pueblos o comunidades indígenas donde se conservan sus autoridades y normatividad originaria propias; tratase, en síntesis, de sociedades interculturales, plurinacionales o multiculturales (Ariza Santamaría, Rosember, 2010, p. 91) en las que el derecho estatal ocupa un lugar hegemónico, pero coexiste con aquella normatividad originaria legalmente reconocida, a cuyo análisis se dedicará el epígrafe siguiente.

2. LA SINGULARIDAD DEL DERECHO INDÍGENA

Hasta aquí se ha hablado intencionalmente de "normatividad" cuando se hace referencia a normas de conducta que no provienen de la autoridad legislativa estatal, con el objetivo de distinguirlas del derecho en sentido estricto. Siguiendo la misma terminología, utilizaremos la expresión "normatividad originaria" para hacer referencia a las normas que regulan las conductas dentro de las comunidades o pueblos indígenas, así como a las que se utilizan para resolver los conflictos que eventualmente surgen entre sus miembros.

A esa normatividad, a falta de una denominación más apropiada a su contexto, se le han dado nombres diversos: "derecho indígena", "fuero indígena", "justicia indígena", "derecho consuetudinario", "derecho tradicional", entre otros.

Aquí surge una diferencia notable entre el pluralismo sociológico, academicista, y el pluralismo de carácter antropológico: las fuentes del pluralismo antropológico, el objeto de análisis, no son ya las inasibles y etéreas asociaciones, comunidades o grupos sociales, sino algo bien concreto como son los pueblos originarios de aquellos Estados en los que, pese a la dominación cultural, han conservado una parte considerable de su normatividad originaria.

Hasta qué punto es conveniente llamar derecho indígena a esa normatividad originaria, y si debe ser encuadrado dentro de la noción de fuente de pluralismo jurídico, es algo que se discutirá enseguida.

Para empezar, llamar derecho a esa normatividad comporta serios inconvenientes teóricos, conceptuales y

prácticos a un tiempo: el término "derecho" está asociado, desde su origen con el término "Estado": si la normatividad propia de los pueblos indígenas no se asocia a la idea de Estado o autoridad estatal, antes bien en muchos casos la excluye, parece muy poco apropiado llamar a esa normatividad 'derecho', aun cuando se le agregue el adjetivo indígena.

Por otro lado, la noción de derecho en la teoría tradicional que el pluralismo jurídico cuestiona, y probablemente en cualquier otra teoría del derecho defendible, se asocia a la existencia de un orden, de un sistema en el que se integran continuamente disposiciones jurídicas de diferente origen, contenido, carácter y jerarquía que, sin embargo, tienen un mismo centro de imputación que no es otro que una autoridad estatal (Kelsen, Hans, 2009, p.111).

La idea de derecho implica, además, la idea del jurista como profesional, y las múltiples divisiones hacia el interior de las profesiones jurídicas cada vez más estratificadas que carecerían de sentido sin la existencia de unas instituciones especializadas en la producción legislativa, en la aplicación de las leyes y en su ejecución, así como en su enseñanza y reproducción en centros de educación universitaria o investigación, y nada de eso está presente en la normatividad de los pueblos indígenas que se fundamentan en sus tradiciones y costumbres ancestrales, aun cuando hayan elementos de la administración de justicia estatal.

Por esas razones parece más adecuado utilizar la expresión "normatividad originaria", que hace referencia a un tipo de normatividad no estatal legitimada ante ésta por su origen; que ha existido y existe al margen de que sea reconocida o no por las autoridades oficiales.

La normatividad originaria así definida implica: la forma de concebir, explicar y vivir la vida desde los pueblos indígenas; fundamenta los sistemas de vida, sistemas jurídicos y de organización política, social, económica y cultural, así como el conjunto de valores, principios, creencias, normas y todas las formas de manifestaciones y expresiones propias de los pueblos indígenas. La cosmovisión de los pueblos indígenas se basa en que el universo es un todo, es una integralidad, cada uno de los elementos que lo conforman tiene una razón de ser, están interrelacionados y son complementarios (Del Cid Lucero, Víctor Manuel, 2011, p. 48-49).

Originaria, además, para diferenciarla de otras probables visiones del pluralismo jurídico que reclaman legitimidad no por su origen, sino por su función o por los sujetos a los que se circunscribe (Campaña, Pablo, 2011, p. 572).

De cualquier manera, y para no añadir nuevos términos o expresiones al ya recargado lenguaje sobre los indígenas y el derecho, será suficiente con adoptar una convención lingüística según la cual se utilizará la expresión “derecho sobre los indígenas” para referir a las leyes que desde el poder estatal y los órganos institucionales con facultades normativas a todos los niveles de su estructura, se dictan para regular las relaciones sociales individuales o colectivas de los indígenas entre sí o con aquellas instituciones.

La expresión tiene un doble sentido: que sea derecho sobre los indígenas significa por un lado que se refiere a ellos, que los toma como objetos o sujetos de regulación jurídica, y por otro que es un derecho que les viene impuesto desde fuera por autoridades que no son las de comunidad, pueblo o nacionalidad, que no se derivan de sus prácticas y tradiciones ancestrales.

Un derecho que, si bien trata sobre los indígenas, no se refiere a su normatividad originaria sino al derecho creado desde el Estado para ordenar las relaciones entre los indígenas, y entre estos y los poderes públicos con respecto a la tierra, el trabajo, matrimonio, propiedad, entre otros. Ese derecho sobre los indígenas puede tener diferentes grados de desarrollo en la medida que se reconozca mayor o menor autonomía a las autoridades indígenas o a sus costumbres, y se basa en la existencia de “unas dependencias gubernamentales de ámbito nacional o regional [que] se ocupan (...) de la administración de los asuntos de las comunidades indígenas” (Stavenhage, Rodolfo, s/s/, s/f p. 34).

Por otra parte, para referirnos a las normas, costumbres, prácticas y tradiciones que rigen en las diferentes formas de organización de los pueblos indígenas utilizaremos la expresión “derecho de los indígenas”; se trata de las normas de conducta individuales o colectivas que tales organizaciones han asumido o asumen como propias, al margen de que sean reconocidas o no por el derecho sobre los indígenas, y en virtud de las que realizan sus propias prácticas de administración de justicia y aplicación de medidas correctivas o de carácter sancionatorio.

El derecho de los indígenas así entendido, implica una visión estática de las normas de conducta, una visión desde el punto de vista del observador, externa y descriptiva, que da cuenta de que en un determinado pueblo o comunidad indígena se tienen como vigentes y obligatorias tales o cuales normas.

Faltaría, para tener un cuadro completo de ese derecho, adoptar el punto de vista del participante, de quien identifica las normas y, además, siente como obligatorio su cumplimiento, así como legítimo el reproche que se le haga en caso de incumplimiento (Hart, H. L. A, 1990 y Bulygin, Eugenio, 1998, p. 41-48).

Esa necesidad se deriva del hecho de que la expresión 'derecho de los indígenas' sirve para describir las normas vigentes (vigencia entendida en el doble sentido de aceptación de esas normas y críticas de los comportamientos que se apartan de ella) dentro de la comunidad, pero no da cuenta de su significación o sentido para sus miembros; razón por la cual para un observador externo, ciertas prácticas pueden parecer vejatorias, irracionales o inhumanas si no se las ubica en el contexto específico en que se realizan.

Desde un punto de vista analítico, es importante distinguir si con las expresiones “derecho indígena”, “justicia indígena”, “derecho consuetudinario” o “derecho tradicional”, (todas las cuales se han descartado aquí en favor de la expresión derecho de los indígenas) se utilizan para designar a:

- Prácticas toleradas por el Estado pero no reconocidas legalmente; tolerancia en este sentido con la pretensión implícita de conseguir en algún momento la desaparición, mediante asimilación, de la normatividad originaria.
- Reconocidas pero limitadas al territorio donde está asentado el grupo y aplicables a cualquiera que se encuentre dentro del mismo.
- Reconocidas pero limitadas a los miembros del grupo sin importar donde se encuentren.
- Reconocidas pero limitadas solo por el respeto de ciertos parámetros establecidos en la ley estatal como la dignidad humana o los derechos humanos, por ejemplo (Garzón López, 2014, p. 187).
- Prácticas integradas al orden jurídico estatal mediante leyes especiales (en este caso desaparecería este tipo de "pluralismo" a la vez que se limitaría el desarrollo del derecho de indígena).
- Una combinación en diferentes grados de todos los elementos anteriores (Stavenhage, Rodolfo, s/s/, s/f p. 34).

Desde una perspectiva histórica es probable que el pluralismo jurídico, entendido como el fenómeno de la coexistencia de un orden normativo jurídico estatal con órdenes normativos originarios, en un mismo tiempo y espacio geográfico, ha transcurrido siguiendo esa línea de

desarrollo: desde la tolerancia con pretensiones de superación de la diferencia hasta la combinación de elementos potencialmente contradictorios y que, por eso mismo, otorgan una nueva dimensión al derecho de los indígenas y a las prácticas de la justicia indígena (Yrigoyen Fajardo, Raquel, 2006, p. 540).

En efecto, si bien el derecho de los pueblos y comunidades indígenas correspondientes ha transitado y sobrevivido a las vicisitudes políticas de los territorios donde están asentadas (desde la conquista y colonización de dichos territorios hasta su descolonización y fundación como Estados independientes), su posición dentro de la correlación de fuerzas políticas, sociales y económicas siempre ha sido desfavorable.

Por todo ello, podemos considerar que el derecho de los indígenas, en los ordenamientos jurídicos que es reconocido como tal, constituye un derecho singular con respecto al derecho estatal, que se puede diferenciar de aquel, tomando en cuenta diferentes criterios como su origen, configuración, autoridades y formas de proceder; tal singularidad es lo que le otorga la cualidad de ordenamientos jurídicos pluralistas y de donde se derivan dos formas de pluralismo: legal en cuanto a las normas, jurisdiccional en cuanto a las autoridades encargadas de su aplicación.

Para comprender esos datos y entender cómo y porqué se han llevado a muchos textos constitucionales y documentos internacionales de los últimos 30 años el reconocimiento del derecho de los indígenas y los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, es preciso estudiar algunas de dichas constituciones; antes, para cerrar el círculo de la dinámica normatividad originaria-justicia indígena, se ve en el siguiente epígrafe cuáles son los aspectos fundamentales de esta última.

3. ALGUNAS PECULIARIDADES DE LA JUSTICIA INDÍGENA

Frente a la especialización del derecho estatal, con sus funcionarios, agencias, instituciones, estructuras, jerarquías y procedimientos estratificados y formalizados a través del propio derecho, aparece la noción de derecho de los indígenas, dentro de la cual, solo de manera artificiosa, se podrían identificar aquellas estratificaciones.

Y frente a la estructura jurídica oficial aparece la noción de justicia indígena que no distingue *prima facie* entre lo civil, lo penal, administrativo o mercantil; en ella solo

aparecen unas normas que han sido violadas y unas autoridades que siguen un proceso del cual puede resultar alguna consecuencia para las personas involucradas; se trata, en síntesis, de una visión integral de la justicia como justicia indígena, que acaso sólo comparte con la justicia estatal algunos de sus fines sociales.

Cuáles son las características más sobresalientes de esa noción de justicia, sus fuentes de legitimidad y su ámbito de aplicación, no es una pregunta que se pueda responder en abstracto o desde un punto de vista específicamente jurídico; antes bien, se requieren análisis antropológicos realizados al respecto para separar, en la medida de lo posible, aquello que corresponde a la justicia propiamente indígena de aquello que se ha incorporado por asimilación del derecho estatal.

Tanto lo asimilado como lo autóctono debe ser entendido desde el punto de vista de su funcionalidad, más que desde su origen o cualidades formales; esa es precisamente la función más importante que cumplen los peritos antropólogos en sede judicial cuando concurren a rendir informes acerca de las costumbres, normas o tradiciones vigentes en una determinada comunidad, a los efectos de hacer viable el respeto a los postulados del pluralismo jurídico y la interculturalidad.

Para delinear lo que suele llamarse 'justicia indígena', es preciso ponerla frente a su contraparte la justicia estatal. El punto común entre ambas es el término "justicia", sobre la cual se han escrito innumerables páginas que van desde los que la consideran un ideal irracional (Kelsen, Hans, 2009, p. 49) hasta los que han construido una obra monumental para diseñar una sociedad justa (Rawls, Jhon, 1961), por mencionar solo a dos de los autores más importantes del siglo XX.

Se analiza en lo que sigue, no la justicia en abstracto, sino la administración de justicia, tomando como punto de referencia la que está fundada en el derecho estatal, y poniéndola frente a la justicia indígena asentada en el derecho de los indígenas, para delinear de cada una los aspectos fundamentales, valorar sus formas de aplicación e identificar sus principales características, y sus límites.

Un análisis con esas pretensiones sugiere establecer criterios comunes de comparación, a partir de los cuales se determinen las convergencias y divergencias de ambos sistemas de administración de justicia; el resultado permitirá argumentar que, aún con las notables diferencias entre ambos sistemas, ello no es causa de

justificación para que las autoridades de la justicia indígena incurran en violaciones a los derechos humanos de los justiciables.

Los criterios fundamentales, sistematizados de diferentes fuentes, son los siguientes:

- **Origen del sistema de administración de justicia:** la administración de justicia estatal forma parte del sistema burocrático general a través del que se realizan las funciones del Estado (Weber, Max, 1964, T.2, p. 651); se originó y desarrolló íntimamente relacionada con la evolución de la organización política de la sociedad, aunque los cambios de organización política no siempre han derivado en cambios formales similares en la administración de justicia; prueba de ello es que muchas de las leyes que la sustentan y las instituciones que la realizan con frecuencia han perdurado más allá de las transformaciones políticas. La justicia indígena, por su parte, se integra a la cultura general de los pueblos indígenas y forma parte de su vida cotidiana y, tanto éstos como aquella, suelen perdurar en sus formas durante largos períodos de tiempo adaptándose a los contextos no por decreto, sino por los impulsos internos o externos pero en función siempre de preservar su cultura; razón por la cual los cambios que ocurran solo es posible identificarlos estudiando de manera retrospectiva (CAJ, 2009, p. 30).

- **Acceso a su conocimiento:** la estructura, organización y funcionamiento del sistema de justicia estatal se puede conocer estudiando las leyes vigentes relativas a la materia; un estudio más detenido sobre su funcionamiento real, en su aspecto dinámico, una actitud similar a la que estuvo en los orígenes de movimientos como el realismo jurídico americano (Campos Zamora, Francisco, 2010, p. 192 y Castillo Ortiz, Pablo José, 2014, p. 575- 596). El acceso al conocimiento de la justicia indígena puede ser más complicado, porque no existe, como en la administración de justicia estatal, un cuerpo de leyes que la organicen, sino un conjunto de prácticas que sí bien pueden ser descritas por un observador minucioso, el conocimiento de su funcionamiento real demanda una comprensión profunda de la cultura dentro de la que se inserta, debiéndose para ello recurrir a la sociología empírica o a la antropología (CAJ, 2009).

- **Estructura:** la administración de justicia estatal, como parte de la burocracia formada para garantizar el ejercicio del poder político en el Estado moderno, se funda en los mismos principios estructurales y funcionales que aquella: jerarquía, estratificación,

procedimientos escritos, estandarizados, reglamentos minuciosos; autoridades centrales con representantes en los niveles regionales y locales que, en último término, remiten siempre a una autoridad suprema. En la justicia indígena solo de manera artificiosa pudieran identificarse los elementos anteriores: en principio, no existen “funcionarios” dedicados exclusivamente a la administración de justicia, en general no hay procedimientos escritos ni reglamentos (CAJ, 2009, p. 89), mucho menos autoridades supremas remotas (salvo en los caso de referencias sus ancestros, los dioses, etcétera) ante las que eventualmente pueda apelarse una decisión adoptada por la autoridad actuante y reconocida como tal (CAJ, 2009, p. 1320).

- **Formas de proceder:** iniciativas, demandas, denuncias, términos, plazos, requisitos, condiciones, peritos, testigos, alguaciles, policías...todo un ejército de personas y medios dedicados a la exclusiva tarea de administrar la justicia estatal; no obstante, son comunes las denuncias por causa de la lentitud en los procedimientos, retardo procesal, acumulación de causas, errores judiciales o corrupción que justifican la desconfianza con que ciertos pueblos indígenas ven la administración de justicia estatal. Prefieren la suya propia, en la que todo transcurre prácticamente en un solo acto y en frente de la comunidad (Castro, Jorge, 2010, p. 119): denuncia, juzgamiento y resolución; salvo raras excepciones no hay procedimientos estandarizados escritos, ni unas instituciones separadas del grupo que administran justicia por encima de la comunidad. En ambos casos comparten las facultades de: conocer, resolver y obligar el cumplimiento de sus resoluciones aunque difieren en sus objetivos y los medios coercitivos para obligar a su cumplimiento: la fuerza pública, la administración de justicia estatal, la presión social del grupo, la justicia indígena.

- **Objetivos:** vengar, castigar, aislar, reprimir, socializar, reinsertar, han sido algunos de los objetivos de la administración de justicia estatal; utilizando medios diversos que evolucionaron desde la esclavitud hasta la prisión. Sin embargo, existen dudas en cuanto al grado en que se hayan alcanzado dichos objetivos y, particularmente sobre la prisión como medio para resocializar o reinsertar en la sociedad a los sancionados; las críticas suelen ser más que los méritos. Otra razón por la cual muchos pueblos indígenas prefieren su justicia, cuyo objetivo principal es restablecer el orden y la convivencia dentro de la comunidad, buscando un equilibrio (Castro, Jorge, 2010, p. 117) no siempre logrado entre los derechos colectivos y los derechos individuales. En lugar de largas penas de prisión, se reciben castigos corporales

para la depuración. En lugar de aislar, se dan trabajos en beneficio de la comunidad; en consecuencia su dignidad nunca es violentada, uno de los principios de la justicia indígena es la purificación del cuerpo y alma del indígena sancionado, sin acosarlo, insultarlo, ni ir en contra de su dignidad.

- **Jurisdicción:** en la administración de justicia estatal, la jurisdicción se define según la estructura territorial del Estado: a mayor jerarquía, mayor ámbito jurisdiccional, y viceversa, llegando hasta la instancia suprema que tiene jurisdicción sobre todo el territorio del Estado. En todo caso, la división territorial está legalmente establecida y ante la duda corresponde resolver, en principio, a la jerarquía superior común. En la justicia indígena, la jurisdicción es menos sofisticada y más fragmentaria: cada pueblo o comunidad está asentado sobre un territorio definido principalmente por usos o costumbres, sobre el mismo ejerce su jurisdicción la autoridad del pueblo o comunidad correspondiente; los potenciales conflictos de jurisdicción surgen a propósito de problemas entre miembros de comunidades o pueblos diferentes, o de hechos ocurridos en el territorio de una comunidad que involucre a miembros de otra.

- **Competencia:** la competencia en la administración de justicia hace referencia a la materia sobre la cuál puede conocer, resolver y obligar el cumplimiento de sus resoluciones una determinada instancia judicial. La estratificación del derecho estatal es verificable también en la administración de justicia: la competencia será civil, administrativa, penal, laboral, mercantil, familiar o internacional, de acuerdo a las divisiones establecidas al interior del derecho, así como en el acta de nombramiento del funcionario actuante; en consecuencia este último, ante un caso sometido a su posible conocimiento, debe asegurarse de tener la competencia necesaria para resolver. Al interior del derecho de los indígenas, dichas estratificaciones apenas pueden ser verificadas: la autoridad identificada y reconocida como tal por la comunidad o pueblo indígena tiene, para decirlo con un término tomado del derecho procesal, competencia plena: no importa cuál sea el contenido material de una disputa dentro del ámbito de su jurisdicción, su autoridad comprende conocer, juzgar y obligar al cumplimiento de sus decisiones en todos los casos que impliquen un riesgo para la convivencia de la comunidad.

Como resultados del análisis anterior se puede afirmar que:

- Junto a la justicia ordinaria, estatal, común a todo el territorio del Estado, coexiste la justicia indígena de

carácter singular allí donde es reconocida legalmente como tal, cuyo funcionamiento se sustenta en un derecho también singular como lo es el derecho de los indígenas.

- Es posible establecer puntos comunes de comparación entre la justicia indígena y la administración de justicia estatal, lo que permite distinguir entre la función de protección de los derechos humanos de la justicia estatal y la función de resolución de conflictos internos de la autoridad indígena, de donde se deriva que las prácticas de esta última para ser legales, deben ser compatibles con los derechos humanos de los justiciables.
- No obstante las diferencias entre las prácticas de las autoridades indígenas y la justicia estatal, ello no justifica que las primeras puedan incurrir en violaciones a los derechos humanos de los justiciables al momento de juzgar o aplicar las sanciones correspondientes en los casos que encuentren méritos para ello, ya que el respeto a la dignidad de la persona, a su integridad física y corporal así como el derecho a no ser víctima de tratos crueles o inhumanos, están por encima de las facultades judiciales de las autoridades indígenas en el ejercicio, de manera que los fundamentos tradicionales de sus prácticas no justifican su violación.

4. LOS DERECHOS HUMANOS COMO LÍMITES MATERIALES A LA JUSTICIA INDÍGENA

Como quedó dicho cuando se analizó la justicia indígena, las teorías actuales sobre la justicia tienen como punto de encuentro a los derechos humanos; y siendo la justicia indígena un caso particular de justicia legítima allí donde coexisten el derecho estatal y el derecho de los indígenas, queda por explicar de qué manera esta particular concepción de la justicia es compatible con las exigencias del respeto a los derechos humanos, que es común tanto en los instrumentos de protección internacional de los derechos de los pueblos indígenas como en las constituciones analizadas.

No obstante, la misma exigencia general de respeto a los derechos humanos se presenta de diferentes maneras y con expresiones diferentes: en el Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) se exige a la jurisdicción indígena el respeto a los *derechos humanos* internacionalmente reconocidos y a los *derechos fundamentales* definidos por el sistema jurídico nacional; mientras que la declaración de la ONU refiere como límites a la jurisdicción indígena la ley, las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y los *derechos y las libertades* de los demás.

En el plano constitucional, la vigente Constitución de Colombia reconoce la jurisdicción indígena y sus normas y procedimientos siempre que no sean contrarios a la *Constitución y leyes de la República*; en la Constitución vigente de la República Bolivariana de Venezuela se establecen como exigencias a la jurisdicción indígena respetar la *Constitución*, a la ley y al *orden público*; en tanto que en la vigente Constitución de Bolivia se establecen como exigencia el respeto al *derecho a la vida*, el *derecho a la defensa* y *demás derechos* y garantías establecidos en la presente Constitución.

Como puede apreciarse en el caso de los instrumentos internacionales, se hace referencia explícita a los derechos humanos, derechos fundamentales y derechos y libertades con la vaguedad y ambigüedad propias del lenguaje diplomático de los documentos internacionales cuya interpretación corre a cuenta de las instituciones de los Estados firmantes.

En contraste, en las constituciones analizadas, solo la de Bolivia hace referencia explícita a los derechos (a la vida y a la defensa), en tanto la de Colombia y Venezuela remiten a las exigencias de respeto a la Constitución, las leyes o al orden público sin hacer referencia explícita a los derechos humanos o derechos fundamentales; por consiguiente se puede verificar allí una diferencia en cuanto a los límites explícitos impuestos a las autoridades indígenas.

Como nota común a todos los textos, aparece la exigencia que se impone a la jurisdicción indígena, de respetar en sus prácticas los derechos humanos reconocidos a todos los ciudadanos, que incluyen obviamente a los miembros de los pueblos y comunidades indígenas.

Sin embargo, al tomar en cuenta las características de la jurisdicción indígena y su visión integral de la justicia, al momento de analizar las posibles actitudes de las autoridades indígenas en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales con respecto a la exigencia constitucional de respeto a los derechos humanos, pudiera pensarse en al menos tres posibilidades teóricas:

- Para la justicia indígena, la exigencia de respeto a los derechos humanos puede resultar contraproducente, ya que como afirma Jorge Castro (2010, p. 114) “la exigencia de respeto a los derechos humanos, concebidos desde el punto de vista de la llamada cultura civilizada [ha sido] uno de los mayores escollos para una Ley de Coordinación entre un derecho y otro”; la crítica general es que se trata de construcciones elaboradas a partir de la visión propia

de las civilizaciones occidentales, con sus ingredientes de racionalidad, universalidad e individualismo que nada tienen que ver con la cosmovisión indígena (ANINP, 2013, p. 72).

- Los derechos humanos son relevantes para la justicia indígena en la medida en que sean compatibles con sus tradiciones, prácticas y costumbres, o sean funcionales para su protección; de esta percepción se derivan las exigencias de los pueblos indígenas a tener su propio derecho, y que como tal es reconocida a nivel internacional y constitucional; pero otra cosa muy diferente es que en nombre de ese derecho propio, puedan incurrir en violaciones a los derechos humanos de los justiciables, lo cual no tiene fundamento en ninguno de los documentos internacionales o constituciones analizadas.

- Los derechos humanos constituyen uno de los límites materiales para el ejercicio de la justicia indígena; ya que aunque le son reconocidas legalmente sus tradiciones, prácticas y costumbres, incluidas las relativas a la resolución de conflictos y aplicación de sanciones, su actuación no puede ser contraria el respeto a dichos derechos humanos (Borja Jiménez, Emiliano, 2009, p. 35).

Las dos primeras posibilidades se corresponden con la justicia indígena desde su propia cosmovisión: los derechos humanos, desde ese punto de vista, serían contraproducentes o irrelevantes, o serían pertinentes o relevantes solo en la medida en que sean compatibles con aquella; en tanto la tercera posibilidad está concebida desde el punto de vista del derecho estatal en general, y de su administración de justicia en particular: la justicia indígena es reconocida en la medida en que sus prácticas respeten la vigencia de los derechos humanos.

No obstante las aspiraciones teóricas o políticas frecuentemente encubiertas de diferentes maneras de que la justicia indígena pudiera materializarse sin límites impuestos por la autoridad estatal, lo cierto es que en el panorama político actual, lo más frecuente es que la justicia indígena sea garantizada, incluso constitucionalmente, dentro de los límites impuestos por el derecho estatal y la exigencia de respeto a los derechos humanos.

Siendo así, importa entonces identificar cuáles serían los derechos humanos relevantes para la justicia indígena, y en qué sentido pueden argüirse como límites materiales legítimos a su ejercicio. El hecho de que los derechos de los pueblos indígenas, la jurisdicción indígena y la justicia

indígena sean protegidos a nivel constitucional responde al criterio de *legalidad*; al mismo criterio responde la exigencia de respeto formal a los derechos humanos que les es impuesta. Que esos límites representados por el respeto a los derechos humanos sean *legítimos* o *efectivos* es otra cuestión que será analizada más adelante.

Por otra parte, no es preciso insistir en que la expresión “derechos humanos” hay que tomarla con suma cautela; su significado puede variar notablemente dependiendo del hablante, del contexto, del discurso o del acto al que se refieren la expresión. Es comúnmente aceptado que los derechos humanos han evolucionado significativamente en los últimos 300 años, desde los derechos naturales proclamados por el iusnaturalismo racionalista en el siglo XVII hasta su posición privilegiada en los textos constitucionales contemporáneos.

Las expresiones “derechos naturales”, “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales”, relativas todas a la expresión genérica “derechos humanos”, dan buena cuenta de esa transformación, a la vez que permiten introducir matizaciones que ayudan a entender su relación potencialmente conflictiva con la justicia indígena; el siguiente análisis persigue ese objetivo (Aguilar Cavallo, Gonzalo, 2010, p. 15-71).

- Derechos naturales: serían todos aquellos que le corresponden al hombre por su naturaleza humana; cuál sea esa naturaleza no ha dejado de discutirse aún. No obstante, baste con decir en este contexto que desde que fueron formulados taxativamente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 han sido incorporados, con otros nombres y otros fundamentos, a la mayoría de las constituciones contemporáneas, a la vez que constituyen uno de los pilares de diferentes concepciones de la justicia.
- Derechos fundamentales: los que sirven de base o fundamento para el desarrollo de la persona, de donde puede colegirse que no todo lo que suele identificarse como derecho humano es necesariamente un derecho fundamental (Bastida Francisco, J, 2004, p. 13).
- Derechos constitucionales: de entre todos los derechos humanos, los derechos constitucionales son todos aquellos que han sido incluidos en la constitución o que en virtud de una cláusula de progresividad otros derechos no incorporados que se deriven de aquéllos, o que surjan como resultado del desarrollo de la sociedad, sean inferiores a éstos o gocen de menor protección.

Ahora bien ¿a cuál de los significados posibles de la expresión “derechos humanos” se está haciendo referencia cuando se habla de ellos como límites materiales a la justicia indígena?

La distinción es importante y no sólo en términos semánticos, ya que de ella pueden colegirse también las diferencias en cuanto al punto de vista del hablante: así, derechos naturales hacen referencia al origen de los derechos; derechos fundamentales hacen referencia a su importancia para la protección de la dignidad humana; en tanto derechos constitucionales hacen referencia al lugar donde pueden ubicarse los mismos.

Menos clara parece la cuestión cuando de esas explicaciones teóricas se pretende extraer respuestas prácticas: no es lo mismo una definición gramatical de los derechos humanos, que una definición ostensiva: en aquélla se responde a la pregunta “qué son”, mientras que una definición ostensiva implica y, si se quiere, presupone la respuesta anterior, ya que su función es señalar “cuáles son” los derechos de que se habla.

Si aplicáramos ese test a los documentos internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas (OIT/1957, OIT/1989, ONU, 2007) o a las constitucionales vigentes en algunos de los países andinos (Venezuela, Colombia, Ecuador y Bolivia) en todos los cuales se exige a las autoridades de los pueblos indígenas el respeto a los derechos humanos en ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, el resultado es que de ninguno de ellos se puede extraer una respuesta satisfactoria a la pregunta de qué son los derechos humanos de los que se habla allí o, en vista de la ausencia de una definición gramatical, cuáles serían esos derechos humanos.

En ambos casos subyace todavía una interrogante no resuelta: se trata de saber si, pese a las diferencias señaladas en cuanto a puntos de vistas sobre los derechos humanos, comparten un mismo fundamento, o si a cada concepción corresponde un tipo particular de fundamento que es preciso distinguir. Esta última parece ser la opción más viable, asumiendo que si bien los derechos humanos comparten un fundamento último y su carácter de universales, inalienables, imprescriptibles e irrenunciables, también es cierto que en la medida en que esas características se acerquen más contextos o prácticas sociales, se requieren de otros fundamentos que los hagan operativos.

En ese sentido se puede afirmar que, desde el punto de vista de su fuente, los derechos naturales tienen un

fundamento *antropológico* ya que se basan en las cualidades de sus titulares -la cualidad de hombre producto de la naturaleza, su carácter racional o su cualidad de sujeto histórico- (Fassó, Guido, 1981); los derechos fundamentales tienen un *fundamento político* y una relación de medio-fin (son fundamentales porque no dependen de su reconocimiento por el Estado, sino porque son un medio para garantizar la dignidad humana u otros valores); mientras que los derechos constitucionales tienen un *fundamento positivista* -son los reconocidos en la Constitución- (Marlasca López, Antonio, 1998, p. 561-578).

Si se retrocede hacia la discusión del tema monismo-pluralismo jurídico, se puede constatar que el pluralismo se manifiesta no solo en cuanto a las fuentes del derecho, la administración de justicia o la existencia de pueblos, comunidades o nacionalidades diversas en el interior de un mismo Estado, sino también de manera significativa en las concepciones sobre los derechos humanos, sus *fundamentos* y sus límites.

A diferencia de los defensores del monismo jurídico, quienes proclaman el pluralismo jurídico tienen una visión más antropológica, iusnaturalista e historicista de los derechos humanos (Wolf, Paul, 1991, p. 150); un fundamento, específicamente determinado por la existencia de pueblos indígenas con sus costumbres, tradiciones, culturas y normas de convivencia propias, que exigen una visión relativista de la fundamentación de los derechos humanos.

En contra de la visión individualista y universalista de los derechos humanos occidentales, se arguyen sus prácticas ancestrales, sus costumbres inmemoriales, su derecho propio deriva de sus tradiciones y su descendencia de los primeros habitantes de sus territorios, cuya memoria se pierde en los tiempos (Serbal/Unesco, 1985).

El fundamento no es ya tanto antropológico como histórico; no se trata aquí de las características del hombre, sus cualidades racionales, o de autonomía de su voluntad, sino del origen temporal de lo que defiende la cosmovisión indígena y sus prácticas ancestrales; todo ello se opone a los fundamentos racionalistas o legalistas de los derechos humanos, no porque sea mejor o peor, más o menos valioso, más o menos justo, sino porque es más antiguo y venerable (F. V. Savigny, 1970).

Aquí radica precisamente el principal foco de tensiones en cuanto a la legitimidad de establecer límites materiales

a la justicia indígena: además de definir qué o cuáles derechos humanos deben oponerse como límites, importa también la justificación en la que tales límites se sustentan, ya que en ambas operaciones teóricas subyace la idea de que los derechos humanos no son un fin en sí mismo, sino un medio para algo más importante en relación con sus titulares y la sociedad en su conjunto.

Y la tensión se produce porque se trata de una cuestión que no puede ser resuelta simplemente por un decreto estatal, en el que se definan qué derechos humanos deban respetar las autoridades indígenas en la administración de su justicia, sino a través de la determinación de los límites de la justicia indígena como facultad atribuida a sus autoridades, de manera que en su ejercicio respeten las exigencias de los derechos humanos, sin perjuicio del pluralismo jurídico, la plurinacionalidad y la interculturalidad.

El hecho de que existan, aun dentro de un mismo Estado, diferentes pueblos o comunidades indígenas que reclaman la aplicación de su propia justicia antes que la estatal, limita en gran medida la posibilidad de intervenciones legislativas que resulten eficaces, razón por la cual las soluciones más comunes que se han adoptado en este aspecto son por la vía jurisdiccional, tomando en cuenta las características, contextos y sujetos de casos concretos y decidiendo en función de respetar, por una parte la justicia indígena, y por la otra hacerle honor a las exigencias nacionales e internacionales de respeto a los derechos humanos y la dignidad humana.

Una síntesis de esas diferentes visiones sobre el derecho y los derechos humanos constituye una nota significativa del constitucionalismo y la jurisprudencia constitucional latinoamericana de los últimos 30 años (especialmente la emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Venezuela), donde se ha reconocido la legalidad de la justicia indígena y su administración, poniéndole como límites materiales explícitos el respeto a los derechos humanos.

Para cerrar este ensayo es preciso insistir en que, así como no es posible reducir la justicia indígena a un solo modelo, tampoco se puede asumir una única forma de interpretar los derechos humanos como límites que deben respetar las autoridades indígenas en sus prácticas de justicia, ni definir de una vez cuáles derechos, en qué sentido y hasta qué punto deben ser respetados en dichas prácticas.

Razón por la cual la posible aspiración a una solución única y definitiva al problema de investigación planteado resulta inviable, siendo preferible, en vista de la infinidad de conflictos que surgen o puedan surgir en las diferentes prácticas de la justicia indígena, establecer unos criterios generales que puedan servir de guía tanto al legislador ecuatoriano como al juez, al estudioso de la materia y eventualmente a la autoridades de los pueblos y comunidades indígenas.

CONCLUSIONES

La conclusión principal de esta investigación es que el auténtico pluralismo jurídico se verifica en las sociedades donde coexisten legalmente la justicia indígena y la jurisdicción ordinaria, ambas limitadas por el respeto a los derechos humanos, cuya concepción dependerá de la visión sobre los mismos en las diferentes culturas involucradas, así como de los presupuestos teóricos, sociológicos y antropológicos que se asuman implícita o explícitamente; en correspondencia con lo anterior se pueden exponer las siguientes consideraciones.

La necesidad de distinguir entre jurisdicción ordinaria y justicia indígena sugiere establecer criterios comunes de comparación, a partir de los cuales se determinen las convergencias y divergencias de ambos sistemas de administración de justicia; los criterios fundamentales, a los fines de esta investigación son los siguientes: a) Origen del sistema de administración de justicia; b) Acceso a su conocimiento; c) Estructura interna; d) Formas de proceder; e) Objetivos; f) Jurisdicción y g) Competencias.

El principal resultado de la comparación es que la jurisdicción estatal se diferencia en aspectos importantes de la justicia indígena, aunque comparten también algunas coincidencias. Entre las más importantes está el hecho de que ambas tienen carácter constitucional y legal en los países donde ha sido reconocida la jurisdicción indígena, por lo cual es preciso establecer criterios ante los potenciales conflictos que surjan en la ejecución de sus respectivas atribuciones y competencias, así como definir la institución o instituciones facultadas para resolverlos en forma vinculante y erga omnes.

Por otra parte, el hecho de que existan, aun dentro de un mismo Estado, diferentes pueblos o comunidades indígenas que reclaman la aplicación de su propia justicia antes que la estatal, limita en gran medida la posibilidad de intervenciones legislativas que resulten eficaces, razón por la cual las soluciones más comunes que se han

adoptado en este aspecto son por vía jurisdiccional, tomando en cuenta las características, contextos y sujetos de casos concretos y decidiendo en función de respetar, por una parte la justicia indígena, y por la otra, hacerle honor a las exigencias nacionales e internacionales de respeto a los derechos humanos y la dignidad humana.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I . Académica de Responsabilidad Social (DARS). (2014). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- II . Aguilar Cavallo, Gonzalo. (2010). Aguilar Cavallo, Gonzalo. "Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI? Boletín Mexicano de Derecho Comparado, enero-abril.
- III . ANINP. (2013). Agenda Nacional para la igualdad de Nacionalidades y Pueblos (ANINP) 2013– 2017. CODAE, CODEPMOC, CODENPE con el apoyo técnico de SENPLADES, Quito, junio.
- IV . Ariza Santamaría, Rosembert. (2010). "Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia." Instituto Interamericano de Derechos Humanos. - San José, C.R.
- V . Bastida Francisco, J. (2004). Bastida Francisco, J. et. al. Teoría general de los derechos fundamentales en la constitución española de 1978. Tecnos, Madrid.
- VI . Borja Jiménez, Emiliano. (2009). Borja Jiménez, Emiliano: "Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos", en: Nuevo Foro Penal No. 73 - Julio-diciembre de 2009-Universidad EAFIT.
- VII . Bulygin, Eugenio. (1998). Bulygin, Eugenio. "Sobre observadores y participantes" Revista Doxa, Universidad de Alicante, no. 21/1998, pp. 41-48.
- VIII . CAJ. (2009). Manual informativo para pueblos indígenas, Comisión Andina de Juristas.
- IX . Campos Zamora, Francisco. (2010). Campos Zamora, Francisco. "Nociones fundamentales del realismo jurídico" Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de Costa Rica, N° 122, mayo-agosto.
- X . Campaña, Pablo. (2011). Campaña, Pablo. "Pluralismo jurídico y dominación". Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones

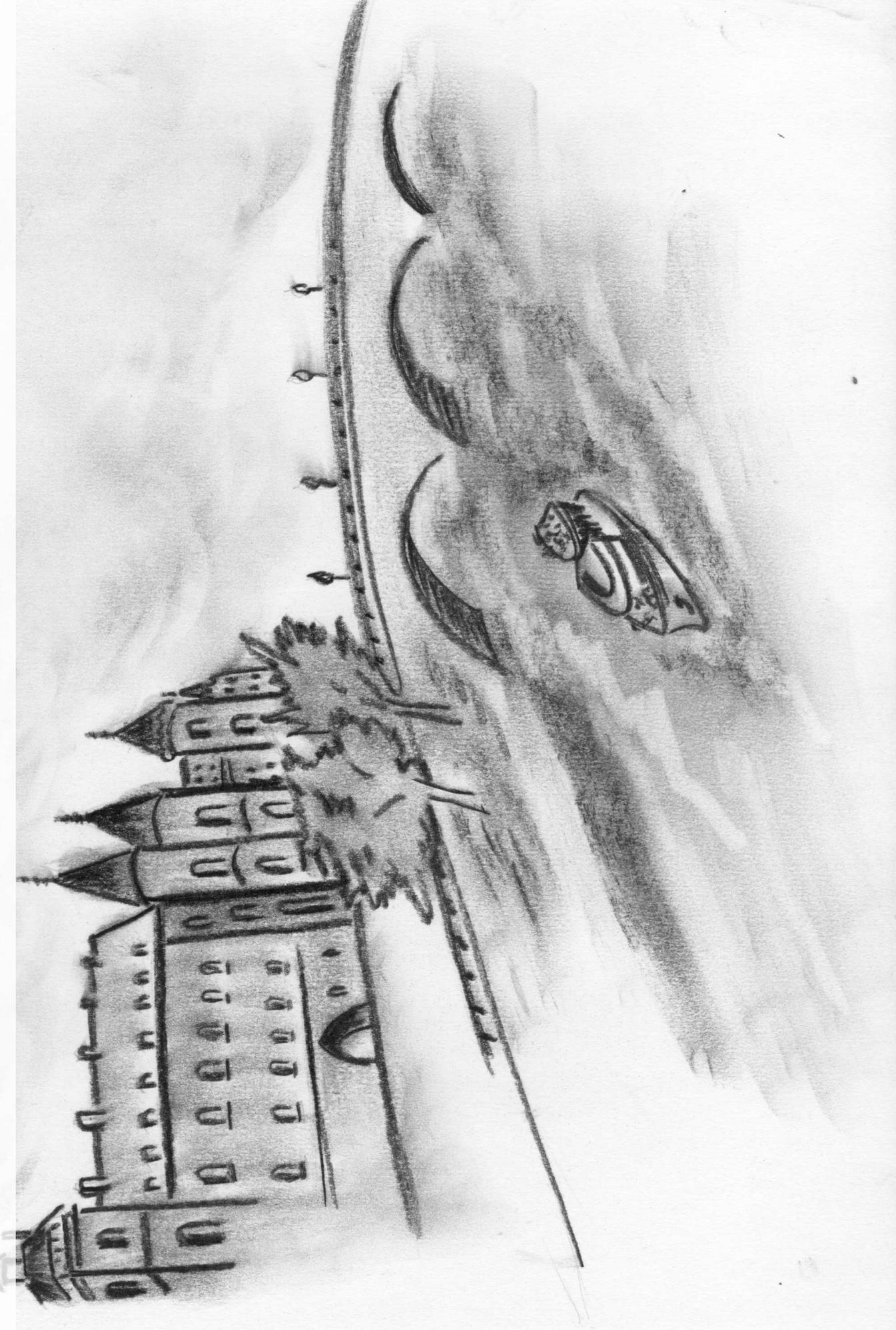
- "Ambrosio L. Gioja" - Año V, Número Especial, Buenos Aires, 2011, p. 572. <http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos>. Accedido 23 de abril 2017.
- XI . Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ). (2014). Dirección Académica de Responsabilidad Social (DARS), Pontificia Universidad Católica del Perú.
- XII . Castillo Ortiz, Pablo José. (2014). Castillo Ortiz, Pablo José. "¿Importa el derecho?". Política judicial, realismo jurídico y el problema de la indeterminación del derecho en tanto que problema metodológico ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política No. 51, julio-diciembre.
- XIII . Castro, Jorge. (2010). Castro, Jorge. Los derechos Humanos y la Jurisdicción Especial Indígena, en: Criterio Jurídico Garantista, año 2, No. 3, julio- diciembre.
- XIV . CMP. (2017). Commission on Legal Pluralism, puede verse su página oficial: www.commission-on-legal-pluralism.com
- XV . Del Cid Lucero, Víctor Manuel. (2011). Del Cid Lucero, Víctor Manuel (compilador). Glosario de Ciencias Sociales y Pueblos Indígenas. s/e, impreso en Nicaragua, 2011. Voz: Cosmovisión indígena.
- XVI . Engle Merry, Sally. (2013). Engle Merry, Sally. "McGill convocation address: legal pluralism in practice", en: McGill Law Journal, 2013.
- XVII . Fassó, Guido. (1981). Fassó, Guido. Historia de la Filosofía del Derecho, Tomos II y III, Ediciones Pirámide, Madrid.
- XVIII . F. V. Savigny (1970). Thibaut y Savigny: La codificación. Introducción y selección de textos de J.
- XIX . Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas indígenas.
- XX . Garzón López. (2014). Garzón López, Pedro. Pluralismo jurídico, en: Eonomia. Revista en Cultura de Legalidad, no. 5 septiembre 2013-febrero 2014.
- XXI . Guevara Gil. (2014). Guevara Gil, Jorge Armando y Aníbal Gálvez Rivas (Compilación y traducción). Pluralismo jurídico e interlegalidad: textos esenciales. Lima: Centro de Investigación,
- XXII . Griffiths, Jhon. (2014). Griffiths, Jhon: What is legal pluralism? Disponible en: Journal of legal pluralism, No, 24, 1984, pp. 1- 55.
- XXIII . Hart, H. L. A. (1990). Hart, H. L. A. El concepto de Derecho (1961), traducción de Genaro R. Carrió, segunda edición, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- XXIV . Kelsen, Hans. (2009). Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. 4ª. Edición 9na. Reimpresión, Buenos Aires, EUDEBA, 2009. Especialmente el Capítulo IX. La estructura jerárquica del orden jurídico.
- XXV . Marlasca López, Antonio. (1998). Marlasca López, Antonio. "Fundamentación filosófica de los derechos humanos." Rev. Filosofía Univ. Costa Rica, XXXVI (90).
- XXVI . Oscar Correas. (1995). Correa, Oscar. Ideología, derecho alternativo y democracia. Crítica Jurídica, 1995, Ariza Santamaría, Rosembert, 2010.
- XXVII . OIT/1957. Convenio 107/1957, Sobre poblaciones indígenas y tribales, adoptado en la 40 Asamblea de la Organización Internacional del Trabajo el 26 de junio de 1957.
- XXVIII . OIT/1989. Convenio 169/1989, Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado el 27 de junio de 1989.
- XXIX . ONU, 2007. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007.
- XXX . Rawls, Jhon. (1961). Rawls, Jhon. Teoría de la justicia. (1961). Fondo de Cultura Económica, México.
- XXXI . Sally Engle Merry. (s/f). Engle Merry, Sally, Jhon Griffiths y Brian Z. Tamanaha. Pluralismo jurídico. Estudio Preliminar de Libardo Ariza Higuera y Daniel Bonilla Maldonado, Universidad de los Andes.
- XXXII . SERBAL/UNESCO. (1985). AA.VV. Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos, Serbal/UNESCO, donde un grupo de filósofos de diferentes regiones y culturas del mundo exponen su visión particular de los derechos humanos.
- XXXIII . Stavenhage, Rodolfo. (s/s/, s/f.) Los pueblos indígenas y sus derechos. Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades.
- XXXIV . Stern, (s/f). trad. del alemán de José Díaz García, Editorial Aguilar, Madrid.
- XXXV . Von Benda-Beckmann. (2014). Von Benda-

- Beckmann, Franz. "La pobreza teórica en los debates sobre el pluralismo legal" en Guevara Gil, Jorge Armando y Anibal Gálvez Rivas (Compilación y traducción). Pluralismo jurídico e interlegalidad: textos esenciales. Lima: Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ), Dirección.
- XXXVI . Weber, Max. (1964). T.2. Weber, Max. Economía y Sociedad, Esbozo de sociología comprensiva. Edición preparada por Johannes Winckelmann, Fondo de Cultura Económica, México (dos tomos).
- XXXVII . Wolf, Paul. (1991). Wolf, Paul. "Los derechos del indio- ayer y hoy" en: Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva época, tomo VIII, Madrid.
- XXXVIII . Wolkmer, Carlos Antonio. (2001). Wolkmer, Carlos Antonio. Pluralismo Jurídico. Fundamento de uma nova cultura no Direito. Alfa Omega, Sao Paulo, 2001 (tercera edición revisada y actualizada). Especialmente el Capítulo I.
- XXXIX . Yrigoyen Fajardo, Raquel. (2006). Yrigoyen Fajardo, Raquel. "Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino", en: Berraondo, Mikel (coordinador): Pueblos Indígenas y derechos humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.

Sitios web consultados:

- XL. CConst del Ecuador:
<http://www.corteconstitucional.govb.ec>. Consultado el 03 de junio de 2017.
- XLI . CConst de Colombia.
<http://www.corteconstitucional.gov.co>. Consultado el 09 de mayo de 2017.
- XLII. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. <http://www.tcbolivia.bo>. Consultado el 20 de julio de 2017.
- XLIII. Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Venezuela. <http://www.tsj.gob.ve/sala-constitucional>. Consultado el 19 de junio de 2017.

ARTÍCULO DE REVISIÓN



Normatividad ambiental dirigida a regular la presencia de los productos farmacéuticos residuales en ambientes acuáticos*

Environmental normativity to regulate the presence of residual pharmaceutical products in aquatic environments

Diego Ivan Caviedes Rubio

Universidad Cooperativa de Colombia Sede Neiva, Colombia
diego.caviedesr@campusucc.edu.co

Daniel Ricardo Delgado

Universidad Cooperativa de Colombia Sede Neiva, Colombia
danielr.delgado@campusucc.edu.co

Alfredo Olaya Amaya

Universidad Surcolombiana, Colombia
alolaya@usco.edu.co

Recibido: 18/11/16 Aprobado: 08/02/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1445>

RESUMEN

Se presenta una revisión de los avances en la normativa en materia ambiental global respecto al control y vigilancia de la contaminación de los cuerpos de agua con productos farmacéuticos. Así mismo, se incluye un apartado referente a la regulación colombiana y se plantea una discusión sobre las limitaciones que aún se presentan para hacer efectiva una legislación ambiental eficiente, principalmente en el agua destinada al consumo humano.

PALABRAS CLAVE

Agua para Consumo Humano; Normatividad; Productos Farmacéuticos; Residuos.

ABSTRACT

This is a review of the progress in global environmental normatives regarding controlling and monitoring of the pollution of water bodies by pharmaceutical products. A section on Colombian regulations is included as well as a discussion of the limitations present in making effective and efficient environmental legislations, mainly in water intended for human consumption.

KEYWORDS

Pharmaceutical Products; Regulations; Waste; Water for Human Consumption.

* Artículo de revisión.

INTRODUCCIÓN

Los productos farmacéuticos activos representan un grupo de contaminantes, que aunque en pequeñas cantidades en el medio ambiente, son motivo de preocupación ya que están diseñados para ser intrínsecos y biológicamente activos y potencialmente estables en virtud de los procesos metabólicos. Actualmente, se reconoce por la comunidad científica que la exposición continua a dosis bajas de productos farmacéuticos puede producir efectos a largo plazo sobre el medio ambiente como consecuencia de posibles daños irreversibles del ecosistema y la salud humana (Silva, Lino, Meisel y Pena, 2012; Rahman, Yanful y Jasmin, 2009). Debido a la alta polaridad y baja volatilidad, la mayoría de los productos farmacéuticos tienden a ser fácilmente transportados y descargados en los cuerpos de agua (Zhang, D; Tan, S; Gersberg, R; Jern, W; Keat, S., 2014).

La presencia de los productos farmacéuticos en el medio ambiente se observó por primera vez en la década de 1980; algunos residuos farmacéuticos se detectaron en afluentes y efluentes de plantas de tratamiento de aguas residuales domésticas y en aguas superficiales (Lacina, Mravcov' y V'avrov', 2013). De igual manera, se han detectado concentraciones medibles de hormonas y antibióticos en el suelo y las aguas subterráneas y superficiales que reciben el escurrimiento de los campos fertilizados con estiércol y aguas abajo de las operaciones con animales de granja, generados por el uso excesivo de antibióticos en la industria ganadera y el cambio espectacular en los últimos años a concentrados alimenticios para animales, lo que conlleva al aumento concomitante en el volumen de los desechos animales por unidad de superficie (Lee, L; Carmosini, N; Sassman, S; Dion, H y Sepúlveda, M. 2009; Cai, K; Elliott, C; Phillips, D; Scippo, M; Muller, M; Connolly, L., 2012; Verlicchi & Zambello, 2015). Estos residuos se movilizan en suelos, por infiltración y escorrentía y en las aguas subterráneas, circunstancias en las que no se sabe si ellos reaccionan entre sí, así como con los pesticidas y herbicidas formando otros compuestos que, ya sea individualmente o en combinación, podrían adversamente afectar a bacterias, hongos y organismos superiores (Fisher y Scott, 2008; Kiran, Chiranjeevi, Mohanakrishna y Venkat, 2011).

La mayoría de los medicamentos modernos son compuestos orgánicos molecularmente pequeños, de bajo peso molecular, lipófilos y moderadamente solubles en agua, a fin de ser biológicamente activos y aumentar su biodisponibilidad (Gabarrón, S., Gernjak, W., Valero, F., Barceló, A., Petrovic, M., & Rodríguez, I., 2016). Sin

embargo, cuando se encuentran en los cuerpos de agua como sustancias residuales, pueden ser afectados (dependiendo de su naturaleza), por diferentes procesos ambientales como la biodegradación, hidrólisis, adsorción y fotodegradación entre otros, lo que podría reducir su concentración o convertirlos en contaminantes secundarios con igual o mayor efecto adverso (Yang, Y; Ok, Y; Kim, K; Kwon, E., & Tsang, Y., 2017. Baena, González y Lara, 2017), como agentes cancerígenos y teratogénicos, fortalecimiento de la resistencia bacteriana y su estructura evolutiva y alteración de los ciclos reproductivos de diferentes especies (Guo, W; Zheng, H; Li, S; Du, J; Feng, X; Yin, R; Chang, J., 2016. Zhang, M; Shi, Y; Lu, Y; Johnson, A., Sarvajayakesavalu, S; Liu, Z; Jin, X., 2017).

Evaluaciones recientes indican que hasta la fecha más de 121 productos farmacéuticos y compuestos orgánicos emergentes de preocupación se han detectado en aguas potables de todo el mundo (Al-Odaini, Zakaria, Yaziz y Surif, 2010; Jelic, Petrovic y Barcelo, 2012; Glassmeyer, S., Furlong, E., Kolpin, D., Batt, A., Benson, R; Boone, J; Wilson, V., 2017). La detección de estos compuestos en el agua potable se ha atribuido a su presencia en la fuente de agua abastecedora y a la incapacidad del proceso de tratamiento en el sistema de agua potable para reducirlos, lo que los convierte actualmente, en cuanto a los microcontaminantes, en el centro de atención de la salud pública, por sus efectos adversos (Kleywegt, S; Pileggi, V; Yang, P; Hao, C; Zhao, X; Thach, S; Cheung, P & Whitehead, B., 2011; Silva, Otero y Esteves, 2012; Liu, S; Ying, G; Zhang, R; Zhou, L; Lai, H; Chen, Z., 2012).

En general, el presente documento tiene por objeto realizar una revisión y un análisis comparativo de la regulación ambiental desarrollada en Colombia y el mundo, sobre la calidad del agua para consumo humano, específicamente desde la parametrización, vigilancia y presencia de productos farmacéuticos y de higiene personal, así como, la regulación de los vertimientos al recurso hídrico de estas sustancias. Esto permitirá evidenciar los avances que en este aspecto presentan diferentes regiones y países del mundo; de igual manera permitirá identificar las deficiencias que la normatividad ambiental colombiana presenta respecto a estos contaminantes xenobióticos.

1. REGULACIÓN INTERNACIONAL

Las actuales políticas de la Unión Europea relacionadas con la reducción del riesgo de la presencia de productos farmacéuticos en el medio ambiente, puede ser visto en el contexto de los principios de precaución y prevención, en lugar de encaminarse a la solución del problema. La Unión

Europea mediante la Directiva Marco del Agua (WFD por sus siglas en inglés), ha desarrollado una lista de sustancias peligrosas prioritarias publicadas en la Decisión 2455/2001/EC (Unión Europea, 2001) que luego se convirtió en el anexo X de la Directiva, con la presencia de 33 sustancias en las que no se incluyó productos farmacéuticos, por lo que estas sustancias no se encuentran dentro de un programa de vigilancia. Por su parte, la Directiva sobre Agua Potable (DWD por sus siglas en inglés) enumera 48 parámetros de calidad para agua de consumo humano (Kampa, Dworak, Laaser y Vidaurre, 2010), en los que no se incluye ningún fármaco. Sin embargo, los Estados miembros son libres de establecer valores para nuevos parámetros no incluidos en la lista de la DWD, en cuanto sea necesario para la protección de la salud humana.

Los avances en el campo regulatorio se han limitado a exigir mediante la Directiva (2004/27/CE) (Unión Europea, 2004) una evaluación de impacto ambiental para cada medicamento de consumo humano que se comercialice y en el caso de productos farmacéuticos de uso veterinario un análisis de riesgo-beneficio para la seguridad del consumidor y el ambiente. De igual manera, esta directiva establece que todos los Estados miembros de la Unión Europea, deben establecer sistemas de recolección para recuperación y la disposición segura de los medicamentos no utilizados y caducados. En septiembre de 2010, el Parlamento Europeo aprobó enmiendas a la normatividad sobre farmacovigilancia (Directiva 2001/83/CE y el Reglamento CE N° 726/2004) con el fin de ampliar su concepto a las preocupaciones ambientales y para considerar medidas para controlar y evaluar el riesgo de los efectos ambientales de los medicamentos (Silva, L.; Lino, C.; Meisel, L. & Pena, A., 2012; Verlicchi, AlAukidy y Zambello, 2012).

Actualmente la WFD exige tres programas de monitoreo en las masas de aguas superficiales de la Unión Europea, estos se refieren inicialmente a un control de vigilancia, cuyo monitoreo se realiza generalmente cada 6 años, con el objetivo de complementar y validar un análisis de impacto, apoyar futuros programas de control y evaluación de las condiciones ambientales cambiantes generadas por la actividad antropogénica (Quevauviller, Carere y Polesello, 2012). Con el objetivo de establecer el estado de las masas de agua, en riesgo de no cumplir los objetivos ambientales de la WFD, se exige el control operativo; cabe aclarar que este se basa en los estándares de calidad ambiental para 53 contaminantes químicos seleccionados como sustancias prioritarias de preocupación en toda la Unión Europea (Unión Europea, 2013), en los que no se registran fármacos, y finalmente

se realiza el control de investigación para determinar la magnitud y el impacto de contaminaciones accidentales. Las herramientas de monitoreo empleadas para estos controles corresponden básicamente a bioensayos, biomarcadores y métodos ecológicos, para determinar toxicidad, respuesta biológica a nivel celular o individual y o cambios a nivel poblacional o en las comunidades, respectivamente (Wernersson *et al*, 2015).

Uno de los escenarios más autorizados para las discusiones sobre los contaminantes emergentes en la actualidad es el Norman Network, iniciativa que nace de un proyecto de colaboración a gran escala a través de muchos institutos de investigación europea (Norman, 2012). La red Norman ha elaborado una lista de más de 1036 sustancias individuales divididas en 25 clases basadas en frecuencia de detección en muestras ambientales. Esta es actualmente la lista más completa de los contaminantes jamás compilada. Dentro de la red Norman, los investigadores se han comprometido a desarrollar y supervisar las técnicas analíticas, pruebas de toxicidad y la evaluación de los impactos en el ecosistema. Como se detalla en el documento de 2013 del Programa de Trabajo-Medio Ambiente bajo el séptimo esquema de financiación de los programas de la Unión Europea, un gran enfoque está dado en Europa en el desarrollo de la vigilancia y la tecnología de reducción de emisiones, especialmente centrándose en varias clases de sustancias de emergente preocupación ambiental como sustancias persistentes, bioacumulativas y tóxicas (PBT) (Wennmalm y Gunnarsson, 2010); en particular, estos incluyen productos farmacéuticos y de higiene personal (PPCPs) emitidos por las aguas residuales municipales y hospitales, que representan las más numerosas clases dentro de la Lista Norman (Sharma *et al*, 2014a).

Estas iniciativas generarán el soporte científico que requieren los procesos de construcción de la normatividad específica a establecer en países en desarrollo e incluso algunos desarrollados, como India, China, Brasil, Sudáfrica, entre otros, quienes realizan esfuerzos escasamente por cumplir con lo convenido en los tratados de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes, con un total de 179 partes ratificadas (COP) (Fao & Pnuma, 2015. Manickum & John, 2014. Pnuma, 2013) y Basilea con 181 partes o países vinculados, el cual reglamenta los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación (Sharma *et al*, 2014b. Pnuma, 2014).

En los Estados Unidos de Norte América, la regulación de los productos farmacéuticos en el medio ambiente está

dentro del ámbito tanto de la Agencia de Protección Ambiental de EE.UU. (EPA por sus siglas en inglés), que tiene autoridad sobre la mayoría de los ámbitos del medio ambiente a través de la Ley de Agua Limpia (CWA por sus siglas en inglés), Ley de Aire Limpio (CAA por sus siglas en inglés), Ley Control de Sustancias Tóxicas (TSCA por sus siglas en inglés) y Conservación y Recuperación de Recursos (RCRA por sus siglas en inglés), entre otros, y la FDA, que tiene autoridad sobre productos farmacéuticos a través de la Ley Federal de Alimentos, Medicamentos y Cosméticos (FFDCA por sus siglas en inglés) con la responsabilidad reglamentaria para investigar el impacto medioambiental de los productos farmacéuticos a través de una de las leyes ambientales más antiguas, la Nacional de Medio Ambiente Policy Act de 1969 (NEPA), que requiere de cualquier entidad gubernamental federal de los EE.UU. para evaluar el impacto de las acciones sobre el medio ambiente (McVey, 2012.); esta es a su vez, supervisada por el Consejo de la Casa Blanca de Política y Calidad Ambiental y los EE.UU. EPA.

Actualmente la EPA en su gestión por la planificación de programas de directrices sobre efluentes industriales realiza estudios sobre las prácticas de eliminación de productos farmacéuticos en los hospitales, hospicios, centros de atención y clínicas u hospitales veterinarios, con el objetivo de identificar las prácticas más eficientes dirigidas a reducir los vertimientos de residuos farmacéuticos (USEPA, 2014). De igual manera, la agencia ha propuesto una lista de sustancias candidatas a contaminantes (CCL4) de 97 contaminantes o grupos de contaminantes químicos y 12 contaminantes microbianos, que hacen parte de productos farmacéuticos y de higiene personal entre otros (USEPA, 2014; USEPA, 2016), los cuales se están evaluando para determinar la necesidad de regulación especial sobre el agua potable a

fin de proteger la salud pública. Así mismo, la EPA ha desarrollado métodos de análisis para aproximadamente 100 productos farmacéuticos, hormonas, esteroides y otros para el cuidado personal (USEPA, 2007).

La Unión Europea y Los Estados Unidos están a la vanguardia en cuanto al interés y esfuerzos por desarrollar una normatividad dirigida a vigilar la calidad del agua que incluya a los productos farmacéuticos y otros emergentes (ver figura 1).

En países como Japón, Canadá y Australia, la reglamentación de la ley de protección ambiental Canadiense y Australiana y el Ministerio de Salud de Japón se enfocan en evaluaciones del riesgo ambiental que generan los productos farmacéuticos (WHO, 2012), cuyos resultados aprueban o niegan el registro y la aprobación de su comercialización y la implementación de un módulo o documento técnico que incluye una indicación de los riesgos ambientales pertinentes.

Estas evaluaciones hacen referencia a pruebas fisicoquímicas estándar y cualquier prueba apropiada que se lleve a cabo sobre la biodegradabilidad, incluyendo algunas pruebas en especies sensibles (Straub y Hutchinson, 2012; Marsalek, 2008), pero no incluyen un listado de productos farmacéuticos específicos a los que se vigile o regule.

En China, por su parte el ministerio de protección del medio ambiente ha puesto en marcha desde el año 2013 un plan quinquenal para el control y la prevención de los riesgos ambientales de las sustancias químicas incluidos los productos farmacéuticos (Bu, Wang, Huang, Deng y Yu, 2013; Dai, G; Wang, B; Huang, J; Dong, R; Deng, S; Yu, G., 2015).

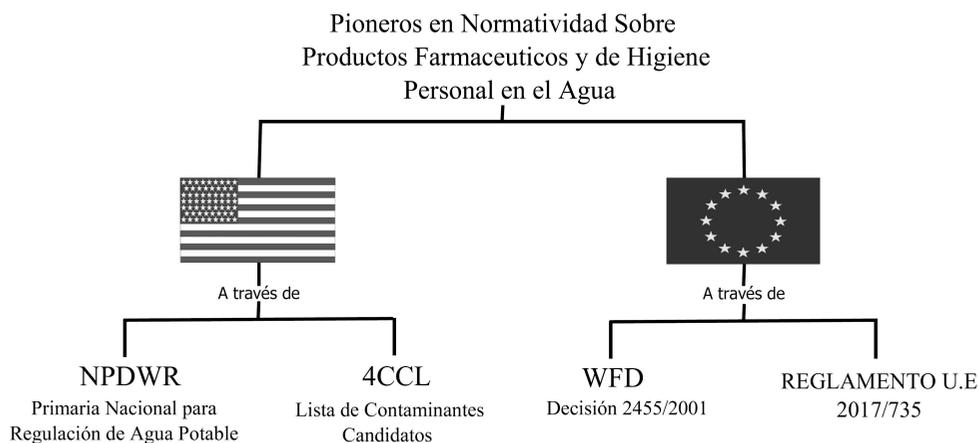


Figura 1. Principales directivas y reglamentos que regulan la calidad del agua e incluyen productos farmacéuticos y otras sustancias emergentes.

Brasil, así como los demás países latinoamericanos, presentan vacíos al momento de establecer un espectro normativo referente a la generación en la fuente, transporte, comercialización y posconsumo de productos farmacéuticos y de higiene personal (Bila y Dezzoti, 2003; Bellan, Pinto, Kaneko, Moretto y Santos, 2012), que por sus características de persistencia, bioacumulación y toxicidad son una amenaza para los ecosistemas acuáticos y para las comunidades que de allí extraen el agua de consumo.

De acuerdo con Gemiliano (2006), en los países suramericanos se hace evidente la carencia en la organización de los servicios y en los dispositivos normativos o legales de la calidad de agua para consumo humano; Colombia y Brasil se encuentran dentro de los pocos países de Latinoamérica y el Caribe que desarrollan acciones de vigilancia de la calidad del agua para consumo humano (INS, 2014), pero su normatividad no incluye el control de productos farmacéuticos en el agua de consumo.

2. REGULACIÓN COLOMBIANA

La legislación Colombiana, aún más que la legislación internacional, presenta vacíos respecto al control de estos residuos peligrosos ya que no incluye ninguna regulación específica sobre productos farmacéuticos en el medio ambiente acuático y solo se refiere a la prevención y gestión empresarial o institucional dentro del ciclo comercial y productivo. A ello se apunta la resolución 1164 de 2002, referente a la gestión integral de residuos hospitalarios y similares y la Resolución 371 de 2009 expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (MAVDT) para la implementación de los Planes de Gestión de Devolución de Productos Posconsumo de Fármacos o Medicamentos Vencidos, acciones que contribuyen a disminuir los vertimientos de estas sustancias, pero que no las regulan directamente.

Dentro de los parámetros de calidad de aguas para consumo humano, establecidos en el Decreto 1575 de 2007 en el que se establece el Sistema para la Protección y Control de la Calidad del Agua para Consumo Humano, tampoco se incluyen valores límite para productos farmacéuticos o de higiene personal. Así mismo, la Resolución 2115 de 2007 del MAVDT, por medio de la cual se señalan características, instrumentos básicos y frecuencias del sistema de control y vigilancia para la calidad del agua destinada para consumo humano, solo incluye, aunque de una forma generalizada en la política para la Gestión Integral de Residuos Peligrosos (RESPEL), expedida por El Consejo Nacional Ambiental

Colombiano desde el año 2005, objetivos específicos orientados a su aplicación, minimización, prevención en la generación y promoción del manejo ambientalmente adecuado de los RESPEL; en este sentido los productos farmacéuticos desechados han sido clasificados como residuos peligrosos debido a su ecotoxicidad y de acuerdo con el Título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único 1077 del 2015, por el cual se reglamenta parcialmente la prevención y el manejo de los residuos o desechos peligrosos generados en el marco de la gestión integral, el cual adopta la clasificación de estos residuos establecida en el Anexo 1 del convenio de Basilea (MAVDT, 2005).

En el caso de los vertimientos puntuales a cuerpos de agua superficiales y a los sistemas de alcantarillado público, son regulados por la Resolución 631 de 2015 en la que se establecen 56 parámetros y valores límites máximos permisibles de vertimientos en ocho sectores y 73 actividades productivas de la industria colombiana, pero no se tienen en cuenta parámetros dirigidos a regular las concentraciones de productos farmacéuticos o microcontaminantes emergentes, debido principalmente a que la norma debe ser cumplible por todo el sector industrial al que le es pertinente en el país y por los limitados recursos económicos, técnicos y tecnológicos con que la mayoría cuenta.

Solo en la última década se ha observado detenidamente el riesgo ecológico y sobre la salud humana que genera la presencia de estos microcontaminantes en las fuentes de agua, así mismo las técnicas de detección de estos compuestos hasta ahora se están estandarizando ya que su naturaleza bioquímica es muy compleja y por tanto muy específica; razones por las cuales es difícil esperar que en Colombia exista una regulación específica para estos, aunque cabe indicar que tampoco se encuentra lejos del avance legal global que existe en este aspecto y que las políticas y demás herramientas legales en materia ambiental están adecuadas estructuralmente para la generación de una regulación específica para los microcontaminantes xenobioticos entre los que se incluyen los productos farmacológicos, siempre que se siga el principio mediante el cual la formulación de las políticas ambientales tendrán en cuenta el resultado del proceso de investigación científica.

No obstante, las autoridades ambientales y los particulares deben dar aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente. Este principio se

encuentra en el numeral 6 del artículo 1 de la Ley 99 de 1993 y fue declarado exequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-293 de 2002.

La tarea está en manos de las autoridades ambientales del país, en cabeza del ministerio del Medio Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial el cual dentro de sus funciones, establecidas en el artículo 5 de la Ley 99 de 1993 en los numerales 2, 9, 10, 11, 15, 17, 25, 26 y el parágrafo 1, se incluyen aspectos relacionados con la formulación de la política nacional, la regulación de las condiciones generales para el saneamiento del medio ambiente a fin de impedir, reprimir, eliminar o mitigar el impacto de actividades contaminantes, deteriorantes o destructivas del entorno o del patrimonio natural, a las que deberán sujetarse los centros urbanos y las actividades industriales.

Este ministerio también tendrá a cargo la definición y regulación de los instrumentos y mecanismos necesarios para la prevención y control de los factores de deterioro ambiental, la evaluación de estudios ambientales, contratar la elaboración de estudios de investigación y de seguimiento de procesos biológicos y ambientales; al igual que establecer límites máximos permisibles de emisión, descarga, transporte o depósito de sustancias contaminantes y expedir las regulaciones ambientales para la distribución y el uso de sustancias químicas o biológicas utilizadas en actividades agropecuarias.

De igual manera, en el artículo 31 de esta ley se establecen las funciones de las Corporaciones Autonomas Regionales dentro de las que se incluye la de ejercer función de evaluación, control y seguimiento ambiental de los usos del agua y en materia de RESPEL las obligaciones establecidas en el Título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto Único 1077 del 2015; en este sentido es importante que se tenga presente, que de una gestión inadecuada de los RESPEL en la cual se afecta la salud humana y el ambiente, dan lugar a la imposición de las medidas preventivas y sancionatorias consagradas en el artículo 85 de la Ley 99 de 1993, sin perjuicio de las acciones civiles a que haya lugar.

3. DISCUSIÓN

Los productos farmacéuticos humanos y de uso veterinario son contaminantes omnipresentes de las fuentes hídricas, con potenciales efectos perjudiciales sutiles en los organismos acuáticos, y posiblemente también en la salud humana (Evgenidou, Konstantinou y Lambropoulou, 2015; Grill, Khan, Lehner, Nicell y Arawi, 2016). Los riesgos de los productos farmacéuticos, o

compuestos farmacéuticamente activos, siguen siendo poco conocidos. Actualmente, las acciones de la mayoría de países del mundo preocupados por esta amenaza, presentan un enfoque de principio de precaución adecuado para el control y vigilancia de los nuevos compuestos antes de su liberación al mercado y desde allí al medio receptor (Tijani, Fatoba y Petrik, 2013). Esto sumado a programas posconsumo de recolección de medicamentos, representan las combinaciones de estrategias de gestión actuales probablemente más eficaces en la mitigación de los riesgos presentados por los productos farmacéuticos.

El creciente interés y los esfuerzos realizados principalmente por los países desarrollados y sus organizaciones gubernamentales son evidencia de la amenaza que estos microcontaminantes representan para sus poblaciones y el bienestar de los ecosistemas. Inicialmente se requiere definir el tipo de sustancias prioritarias a ser monitoreadas, dado que por razones técnicas y económicas, poder analizar, detectar y cuantificar la totalidad de sustancias presentes en el ambiente acuático sería, por decirlo de alguna manera, imposible. Así mismo, habría una enorme dificultad para desarrollar programas de evaluación, control químico y restricción de estas sustancias, incluyendo metabolitos, subproductos y otros contaminantes de interés prioritario (Wernersson, A; Carere, M; Maggi, C; Tusil, P; Soldan, P; James, A, Kase, R., 2015), ya que se requeriría un amplio espectro de criterios evaluativos, los cuales se desarrollan generalmente sustancia por sustancia, ignorando generalmente las consecuencias de la exposición simultánea a múltiples productos y subproductos químicos bioacumulables.

Por otro lado, aunque cada país y sociedad percibe y gestiona los riesgos de acuerdo con sus propios valores y prioridades (Rahman, Yanful y Jasmin, 2009b), se espera que todas las partes interesadas en la investigación de los riesgos ambientales de los productos farmacéuticos tengan las mismas expectativas: esquemas claros para evaluar sustancias, transparentes, científicamente sólidos y comparables (si no idénticos), con la confianza y la disminución de la incertidumbre, en un nivel local, nacional e internacional (Straub y Hutchinson, 2012).

CONCLUSIONES

La normatividad dirigida a la vigilancia y control de la calidad de agua presenta un lento desarrollo en cuanto a la presencia de productos farmacéuticos o de higiene personal. Su evolución depende del avance en el conocimiento científico que evalúe y evidencie el efecto sobre los ecosistemas acuáticos y principalmente sobre la

salud humana. De igual manera, depende del desarrollo de técnicas estandarizadas y replicables, así como de instrumentos que permitan cuantificar las concentraciones de estos microcontaminantes a bajo costo.

Aunque el problema es global, solo los países desarrollados cuentan con los recursos para dimensionar verdaderamente su magnitud y desarrollar los estudios y técnicas necesarias. Pero a pesar de que en la actualidad tienen avances considerables en estos aspectos, la inclusión de este tipo de sustancias en la normatividad regulatoria de estos países es limitada, principalmente por los costos en que su control incurre y los intereses políticos alrededor de este problema.

A finales de 2016, solo Estados Unidos y la Unión Europea ejercen vigilancia directa a nivel de estudios de impacto y desarrollo de técnicas para la cuantificación de un grupo específico de microcontaminantes persistentes farmacológico, pero no se han prohibido o establecido valores de límites permisibles como parámetros de calidad del agua en su regulación.

De todas formas, el avance en la regulación de estas sustancias en el recurso hídrico de las naciones en desarrollo, incluida Colombia, dependerá básicamente del apoyo científico y técnico que brinden los países desarrollados, entre tanto, las principales medidas que se pueden implementar son de orden pedagógico y de regulación mediante la gestión del residuo con el consumidor y con el productor bajo la responsabilidad posconsumo, mientras tanto se deberá desarrollar en cada país un plan mediante el cual se evalúe la presencia y efectos de estas sustancias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Al-Odaini, N; Zakaria, M; Yaziz, M; Surif, S. (2010). Multi-residue analytical method for human pharmaceuticals and synthetic hormones in river water and sewage effluents by solid-phase extraction and liquid chromatography–tandem mass spectrometry. *Journal of Chromatography A*, 1217, pp. 6791–6806.
- II. Bellan, N; Pinto, T; Kaneko, T; Moretto, L; Santos, N. (2012). Critical analysis of the regulations regarding the disposal of medication waste. *Brazilian Journal of Pharmaceutical Sciences*. 48. pp. 507–513.
- III. Bila, D; Dezzoti, M. (2003). Fármacos no meio ambiente. *Química Nova*, 26(4), p.523-530.
- IV. Bu, Q; Wang, B; Huang, J; Deng, S; Yu, G. (2013). Pharmaceuticals and personal care products in the aquatic environment in China: A review, *Journal of Hazardous Materials*. 262, pp. 189-211.
- V. Cai, K; Elliott, C; Phillips, D; Scippo, M; Muller, M; Connolly, L. (2012). Treatment of estrogens and androgens in dairy wastewater by a constructed wetland system. *Water research*. 46, pp. 2333–2343.
- VI. Dai, G; Wang, B; Huang, J; Dong, R; Deng, S; Yu, G. (2015). Occurrence and source apportionment of pharmaceuticals and personal care products in the Beiyun River of Beijing, China, *Chemosphere*, 119, pp. 1033-1039.
- VII. D. 1575/2007. Por el cual se establece el Sistema para la Protección y Control de la Calidad del Agua para Consumo Humano. Bogotá D.C. Ministerio de Protección Social. 2007. 15 p.
- VIII. FAO & PNUMA. (2015). Medidas de control del comercio internacional en virtud de los convenios de Basilea, Rotterdam y Estocolmo. Secretariat of the Basel, Rotterdam and Stockholm Conventions. Châtelaine GE, Switzerland, pp.8.
- IX. Evgenidou, E., Konstantinou, I., & Lambropoulou, D. (2015). Occurrence and removal of transformation products of PPCPs and illicit drugs in wastewaters: A review. *Science of The Total Environment*, 505, 905-926.
- X. Fisher, P & Scott, R. (2008). Evaluating and controlling pharmaceutical emissions from dairy farms: a critical first step in developing a preventative management approach. *Journal of Cleaner Production*. 16, pp. 1437–1446.
- XI. Gabarrón, S., Gernjak, W., Valero, F., Barceló, A., Petrovic, M., & Rodríguez, I. (2016). Evaluation of emerging contaminants in a drinking water treatment plant using electro dialysis reversal technology. *Journal of Hazardous Materials*, 309, 192-201.
- XII. Gemiliano, P. (2006). Análise comparativa de legislações relativas à Qualidade da Água para consumo Humano na América do Sul [dissertação]. [Belo Horizonte (MG)]: Programa de Pós Graduação em Saneamento, Meio ambiente e Recursos Hídricos. Universidade Federal de Minas Gerais, p. 212.
- XIII. Glassmeyer, S., Furlong, E., Kolpin, D., Batt, A., Benson, R; Boone, J; Wilson, V. (2017). Nationwide reconnaissance of contaminants of

- emerging concern in source and treated drinking waters of the United States. *Science of The Total Environment*, 581–582, 909-922.
- XIV. Guo, W; Zheng, H; Li, S; Du, J; Feng, X; Yin, R; Chang, J. (2016). Removal of cephalosporin antibiotics 7-ACA from wastewater during the cultivation of lipid-accumulating microalgae. *Bioresource Technology*, 221, 284-290.
- XV. Grill, G; Khan, U; Lehner, B; Nicell, J. & Ariwi, J. (2016). Risk assessment of down-the-drain chemicals at large spatial scales: Model development and application to contaminants originating from urban areas in the Saint Lawrence River Basin. *Science of The Total Environment*, 541, 825-838.
- XVI. INS. Instituto Nacional de Salud. (2014). Vigilancia de la calidad del agua para consumo Humano Análisis comparativo Brasil y Colombia. Bogotá, D.C., Colombia. 20p.
- XVII. Jelic´, A; Petrovic´, M. y Barcelo, D. (2012). Pharmaceuticals in Drinking Water. *The Handbook of Environmental Chemistry*. 20, pp 52.
- XVIII. Kampa, E; Dworak, T; Laaser, C y Vidaurre, R. (2010). European Regulations. Chapter 17. En: K. Kümmerer, M. Hempel (eds.), *Green and Sustainable Pharmacy*. pp. 253–277.
- XIX. Kiran, A; Chiranjeevi, P; Mohanakrishna, G; Venkata, S. (2011). Natural attenuation of endocrine-disrupting estrogens in an ecologically engineered treatment system (EETS) designed with floating, submerged and emergent macrophytes. *Ecological Engineering*. 37, p. 1555–1562.
- XX. Kleywegt, S; Pileggi, V; Yang, P; Hao, C; Zhao, X; Thach, S; Cheung, P & Whitehead, B. (2011). Pharmaceuticals, hormones and bisphenol A in untreated source and finished drinking water in Ontario, Canada — Occurrence and treatment efficiency. *Science of the Total Environment*. 409, pp. 1481–1488.
- XXI. Lacina, P; Mravcov´, L; V´avrov´, M. (2013). Application of comprehensive two-dimensional gas chromatography with mass spectrometric detection for the analysis of selected drug residues in wastewater and surface water. *Journal of Environmental Sciences*, 25(1), pp. 204–212.
- XXII. Lee, L; Carmosini, N; Sassman, S; Dion, H y Sepúlveda, M. (2009). Agricultural Contributions of Antimicrobials and Hormones on Soil and Water Quality. *Review. Advances in Agronomy*, 93, pp. 1-68.
- XXIII. Liu, S; Ying, G; Zhang, R; Zhou, L; Lai, H; Chen, Z. (2012). Fate and occurrence of steroids in swine and dairy cattle farms with different farming scales and wastes disposal systems. *Environmental Pollution*. 170, pp. 190-201.
- XXIV. L. 99/1993. Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones. Congreso de la Republica de Colombia, 59p.
- XXV. Manickum, T & John, W. (2014). Occurrence, fate and environmental risk assessment of endocrine disrupting compounds at the wastewater treatment works in Pietermaritzburg (South Africa). *Science of The Total Environment*, 468–469(0), 584-597.
- XXVI. MAVDT. (2005). Política Ambiental para la Gestión Integral de Residuos o Desechos Peligrosos. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. República de Colombia, pp 122.
- XXVII. Marsalek, J. (2008). Pharmaceuticals and Personal Care Products (PPCP) in Canadian Urban Waters: A Management Perspective. En: P. Hlavinek et al. (eds.), *Dangerous Pollutants (Xenobiotics) in Urban Water Cycle*, p. 117–130.
- XXVIII. McVey, E. (2012). Regulation of Pharmaceuticals in the Environment: The USA. *Human Pharmaceuticals in the Environment: 49 Current and Future Perspectives, Emerging Topics in Ecotoxicology* 4. pp. 49-61.
- XXIX. Norman. (2012). Network of reference laboratories for monitoring of emerging environmental pollutants—Norman. Revisado el 12 de junio de 2015. <http://www.norman-network.net>.
- XXX. PNUMA. (2014). Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su eliminación. Secretariat of the Basel Convention International Environment House, p. 126. Disponible en: <http://www.basel.int/Portals/4/Basel%20Convention/docs/text/BaselConventionTexts.pdf>. Consultado en mayo de 2015.
- XXXI. Quevauviller, P; Carere, M; Polesello, S. (2012). Chemical monitoring activity for the implementation of the Water Framework Directive. *Trends in Analytical Chemistry*. 36, pp. 1–184.

- XXXII. Rahman, M; Yanful, E; Jasim, S. (2009^a). Endocrine disrupting compounds (EDCs) and pharmaceuticals and personal care products (PPCPs) in the aquatic environment: implications for the drinking water industry and global environmental health. *Journal of Water and Health*. 07 (2), pp. 224–243.
- XXXIII. Rahman, M; Yanful, E; Jasim, S. (2009b). Occurrences of endocrine disrupting compounds and pharmaceuticals in the aquatic environment and their removal from drinking water: Challenges in the context of the developing world. *Desalination* 248, pp. 578–585.
- XXXIV. Sharma, B; Bharat, G; Tayal, S; Nizzetto, L; Larssen, T. (2014a). The legal framework to manage chemical pollution in India and the lesson from the Persistent Organic Pollutants (POPs). *Science of the Total Environment*, 490, p. 733-747.
- XXXV. Sharma, B; Bharat, G; Tayal, S; Nizzetto, L; Larssen, T; Cupr, P. (2014b). Environment and human exposure to persistent organic pollutants (POPs) in India: A systematic review of recent and historical data, *Environment International*, 66, p. 48-64.
- XXXVI. Silva, L; Lino, C; Meisel, L. & Pena, A. (2012). Ecopharmacovigilance. *Pharmaceuticals in Drinking Water*: 213–242.
- XXXVII. Silva, C; Otero, M. & Esteves, V. (2012). Processes for the elimination of estrogenic steroid hormone from water: A review. *Environmental Pollution*, 165, p. 38-58.
- XXXVIII. Straub, J. y Hutchinson, T. (2012). Environmental Risk Assessment for Human Pharmaceuticals: The Current State of International Regulations. *Human Pharmaceuticals in the Environment: 17 Current and Future Perspectives*, *Emerging Topics in Ecotoxicology*. 4, p. 17–47.
- XXXIX. Tijani, J; Fatoba, O. & Petrik, L. (2013). A Review of Pharmaceuticals and Endocrine-Disrupting Compounds: Sources, Effects, Removal, and Detections. *Water, Air, & Soil Pollution*, 224 (11), p. 1-29.
- XL. Unión Europea. (2001). Decisión No 2455/2001/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de noviembre de 2001 por la que se aprueba la lista de sustancias prioritarias en el ámbito de la política de aguas. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. L 331/1: 1-5.
- XLI. Unión Europea. (2004). Directive 2004/27/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 amending Directive 2001/83/EC on the Community code relating to medicinal products for human use. *Official Journal of the European Union*. L 136: 34–57.
- XLII. Unión Europea. (2013). Directiva 2013/39/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, por la que se modifican las Directivas 2000/60/CE y 2008/105/CE en cuanto a las sustancias prioritarias en el ámbito de la política de aguas. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. 2013; L226: p. 1-17.
- XLIII. USEPA. (2007). Method 1694: Pharmaceuticals and Personal Care Products in Water, Soil, Sediment, and Biosolids by HPLC/MS/MS. U.S. Environmental Protection Agency Office of Water Office of Science and Technology Engineering and Analysis Division (4303T) 1200 Pennsylvania, NW Washington, DC. p. 72.
- XLIV. USEPA. (2014a). Final 2012 and Preliminary 2014 Effluent Guidelines Program Plans. U.S. Environmental Protection Agency Office of Water Office of Science and Technology Engineering and Analysis Division (4303T) 1200 Pennsylvania, NW Washington, DC. p. 53.
- XLV. USEPA. (2014b). Announcement of Preliminary Regulatory Determination for Contaminants on the Third Drinking Water Contaminant Candidate List. *Federal Register*. Vol. 79, No. 202, pp. 62716.
- XLVI. USEPA. (2015). Summary of Nominations for the Fourth Contaminant Candidate List. EPA 815-R-15-001. January, 2015.
- XLVII. Verlicchi, P; Al Aukidy, M; Zambello, E. (2012). Occurrence of pharmaceutical compounds in urban wastewater: Removal, mass load and environmental risk after a secondary treatment—A review, *Science of The Total Environment*. 429, pp. 123-155.
- XLVIII. Verlicchi, P., & Zambello, E. (2015). Pharmaceuticals and personal care products in untreated and treated sewage sludge: Occurrence and environmental risk in the case of application on soil - A critical review. *Science of The Total Environment*, 538, 750-767.
- XLIX. Wennmalm, Å. & Gunnarsson, B. (2010). Chapter 16. Experiences with the Swedish Environmental Classification Scheme. En: K. Kümmerer, M. Hempel (eds.) *Green and Sustainable Pharmacy*. pp. 243–249.
- L. WHO. World Health Organization. (2012).

- Pharmaceuticals in drinking-water. WHO. Geneva, Switzerland, p. 52.
- LI. Yang, Y; Ok, Y; Kim, K; Kwon, E., & Tsang, Y. (2017). Occurrences and removal of pharmaceuticals and personal care products (PPCPs) in drinking water and water/sewage treatment plants: A review. *Science of The Total Environment*, 596–597, 303-320.
- LII. Zhang, D; Tan, S; Gersberg, R; Jern, W; Keat, S. (2014). Removal of pharmaceuticals and personal care products in aquatic plant-based systems: A review. *Environmental Pollution*. 184, p. 620-639.
- LIII. Zhang, M; Shi, Y; Lu, Y; Johnson, A., Sarvajayakesavalu, S; Liu, Z; Jin, X. (2017). The relative risk and its distribution of endocrine disrupting chemicals, pharmaceuticals and personal care products to freshwater organisms in the Bohai Rim, China. *Science of The Total Environment*, 590–591, 633-642.
- LIX. R. 631/2015. Por la cual se establecen los parámetros y los valores límites máximos permisibles en los vertimientos puntuales a cuerpos de aguas superficiales y a los sistemas de alcantarillado público y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. 23 p.
- LX. Wernersson, A; Carere, M; Maggi, C; Tusil, P; Soldan, P; James, A, Kase, R. (2015). The European technical report on aquatic effect-based monitoring tools under the water framework directive. *Environmental Sciences Europe*, 27(1), pp. 1-11.

REFERENCIAS COMPLEMENTARIAS

- LIV. Baena-Nogueras, Rosa María, González-Mazo, Eduardo, & Lara-Martín, Pablo A. (2017). Degradation kinetics of pharmaceuticals and personal care products in surface waters: photolysis vs biodegradation. *Science of The Total Environment*. 590–591, 643-654.
- LV. Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible 1076 de 2015. 653 p.
- LVI. PNUMA. (2009). Convenio de Estocolmo. Sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes. Secretariat of the Stockholm Convention. p.64. Disponible en: http://www.pops.int/documents/convtext/convtext_sp.pdf. Consultado en mayo de 2015.
- LVII. R. 0371/2009. Por la cual se establecen los elementos que deben ser considerados en los Planes de Gestión de Devolución de Productos Posconsumo de Fármacos o Medicamentos Vencidos. Bogotá D.C. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. 9 p.
- LVIII. R. 2115/2007. Por medio de la cual se señalan características, instrumentos básicos y frecuencias del sistema de control y vigilancia para la calidad del agua para consumo humano. Bogotá D.C. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. 23 p.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN



El devenir de víctima a victimario en un conflicto armado no internacional *

The victim-to-victimizer transition in a non-international armed conflict

Juan Carlos Quintero Calvache

Profesor Universidad Santiago de Cali, Colombia
juancaquin@hotmail.com

Marco Antonio Macana

Profesor Universidad Santiago de Cali, Colombia
macana2311@hotmail.com

Recibido: 04/02/17 Aprobado: 25/05/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1451>

RESUMEN

El presente artículo aborda dos problemas frente a la condición de víctima del conflicto interno armado colombiano que resultan de alguna manera problemáticos a la hora de reintegrar los miembros de los grupos subversivos al orden institucional vigente, como parte del proceso que puso fin al conflicto. El primer problema tiene que ver con la condición de excluidos que tienen quienes se subvierten al orden institucional y que en términos de la Filosofía de la liberación, adquieren la calidad de víctimas; y el segundo problema se relaciona con la búsqueda de espacios para la realización de acciones que le procuren al individuo repararse de los daños que padece producto de la exclusión y que en ciertos casos lo llevan a procurarse su reparación por fuera de un orden legal o ético.

PALABRAS CLAVE

Conflicto Interno; Exclusión; Facultad de Juicio; Inclusión; Insurgente; Reconocimiento; Resiliencia; Víctima.

ABSTRACT

This article addresses two problems faced by those known as 'victims' of the internal armed conflict in Colombia. These problems intensify when it is time to reintegrate the members of subversive groups to the current institutional order, which was part of the process that ended the conflict. The first problem is related to the social discrimination of those who tried to subvert the institutional order, and, in the terminology of Liberation Philosophy, achieve the status of victims. The second aspect relates to the spaces these victims look for in order to recover from damage caused by social exclusion, which in some instances lead them to search for these reparations outside the ethical or legal order.

KEYWORDS

Exclusion; Faculty of Judgment; Inclusion; Insurgent; Internal Conflict; Recognition; Resilience; Victim.

*El presente trabajo corresponde a un avance dentro del proyecto de investigación que está en curso en la Facultad de Derecho de la Universidad Santiago de Cali, titulado "Análisis jurídico y politológico a los mecanismos de justicia transicional y de participación en política establecidos en el Marco Jurídico para la Paz ».

INTRODUCCIÓN

A la hora de analizar las condiciones particulares de quienes en un momento histórico decidieron levantarse contra el establecimiento, se merece un debate más abierto, más incluyente y menos restrictivo. El debate debe ser más amplio al momento de definir quién es o no es una víctima, pues detrás de esa condición hay alguien que influyó con su acción u omisión para que se consolidara ese estatus.

En ese caso ¿quién responde por el hecho de que hayan surgido colectivos armados que se subvirtieron contra todo lo establecido y que durante 50 años confrontaron por la fuerza de las armas al Estado procurando instaurar un nuevo orden institucional?

Se intentará mostrar la posibilidad de rescatar, no en el combatiente pero sí en el individuo, su capacidad y facultad autoinstituyente como ser competente para elaborar juicios autónomos sobre él, sobre los otros y sobre el mundo; para enjuiciar, incluso el propio orden institucional como principio que le permita o no reconocerse en ese orden. Si se quiere, se intentará explorar un concepto de víctima mucho más amplio que abarque el análisis de las circunstancias especiales que llevaron a los subversivos a levantarse contra todo lo establecido, contra todo el orden racional y político.

Si bien es cierto que todo el orden positivo mundial en materia de tratamiento y fin del conflicto armado se encuentra enfocado en el reconocimiento, protección, defensa y garantía de justicia para las víctimas de crímenes cometidos en su contra en el desarrollo de las confrontaciones armadas, no hay que perder de vista la particularidad que tiene cada conflicto, como por ejemplo qué se procura con ello, contra quién se dirige, quiénes están vinculados, si es entre naciones que ocupan un mismo territorio o si se traspasan las fronteras imaginarias, y sobre todo, a qué responde cada conflicto armado.

No se pretende formular ni mucho menos reformular una tipología de los conflictos armados en virtud de las variables antes mencionadas, pero lo que sí se pretende es mostrar una característica específica del conflicto armado colombiano bajo los conceptos de *reconocimiento y juicio de verdad* (1), para luego mostrar que la confrontación armada en nuestro orden responde en cierta medida a una afectación que el individuo siente que ha sufrido por parte de la institucionalidad, y que su única manera de repararse de ese daño es confrontar la fuerza institucional con el recurso irregular de las armas,

apelando a la igualdad de armas frente al Estado, tanto en discurso político como en fuerza física (2). Para ello nos valdremos de algunos elementos de la Filosofía de la Liberación de Enrique Dussel (1998) y de una variable de la teoría de la resiliencia. Desde la filosofía de la liberación, se pretende mostrar la condición que ostentan los miembros de los grupos insurgentes dentro del orden institucional, y desde una variable teórica de la resiliencia, que aborda la reparación del individuo por fuera de toda normatividad institucional, queriendo mostrar cómo ciertos individuos se reparan mediante el desarrollo de acciones que se oponen al orden legal.

Bajo estos presupuestos podría, de alguna manera, considerarse como víctimas a los miembros de la insurgencia que asumieron la confrontación armada como un espacio para su resiliencia fuera de la ley por los daños institucionales y políticos padecidos –sin que esto constituya una forma de legitimación de la violencia como mecanismo de inclusión en el orden institucional–.

1. RECONOCIMIENTO COMO LEGITIMIDAD DE LAS INSTITUCIONES

El surgimiento de las instituciones ha estado sustentado bajo teorías de orden positivo que llegaron a constituirse en el seguro de vida de las instituciones políticas y sociales. El hecho de que las instituciones se pretendan ubicar por encima de los individuos, no muestra cosa distinta que la enajenación de las facultades reflexivas del individuo frente al consenso de las buenas razones o mejores argumentos de quienes tienen el control del discurso público.

La *legitimidad positiva circular* con la que se blinda la estabilidad del orden institucional y se evita que el juicio crítico de los individuos acceda a ella, permite fundamentar la legitimidad de las instituciones desde la seguridad jurídica que el mismo orden institucional ha creado, pues una norma para ser legítima solamente necesita que haya sido expedida bajo las ritualidades definidas por el orden legal vigente, y punto. En ese orden de ideas, los individuos tendrán que reconocer que esa norma es legítima porque fue expedida bajo criterios de legalidad formal y material, para este caso la forma de reconocimiento resulta arbitraria, si se tiene en cuenta que los individuos están obligados a reconocer la norma y a reconocerse en ella como único instrumento que puede definir sus intereses y necesidades.

¿Dónde está el problema de la formación institucional a la hora de buscar el reconocimiento legítimo y original de los vinculados a las instituciones? En los consensos de los

mejores argumentos a los que se llegan desde las propias instituciones, dándole la espalda al juicio común que juzga algo en general desde los propios imaginarios colectivos hasta los propios individuos. Ahí podemos encontrar una de las múltiples razones por las cuales los individuos no se reconocen en las instituciones.

Entonces ¿qué implicaciones tiene el que los individuos no se reconozcan en las instituciones a las que se encuentran sujetos? En principio se apela a Bourdieu para mostrar los efectos de la falta de reconocimiento de los individuos en las instituciones y seguidamente, de manera un tanto arbitraria, se intenta transpolar el concepto hegeliano de reconocimiento para evidenciar desde ahí los alcances de la “*lucha por el reconocimiento*” de los individuos ante las instituciones.

Un principio de legitimidad, que rompe con el formalismo positivista weberiano, se logra apreciar en Pierre Bourdieu, cuando plantea que la legitimidad de una norma no se genera por el reconocimiento universalmente acordado por los justiciables, producto de la validez que tenga la norma dentro del campo en el que se aplica la disposición o por la aceptación de una comunidad de expertos que consideren que la norma es legítima para un orden determinado; de la misma forma tampoco puede ser producto de la adhesión inevitablemente obtenida (Bourdieu, 2005, p. 202), dicho de otra forma, de la creencia coaccionada de la legitimidad.

La legitimidad, y más la de una institución, está sujeta a que los individuos se reconozcan en ella; es decir, que los individuos que terminan sujetos a una institución acepten sujetarse a esta, reconociendo en ella ese *extraórgano* en el que el individuo como ser humano, de acuerdo con Gehlen (1993), da vida a toda una serie de formas de comportamiento en el orden social de donde toma las variables y las valida en modelos de comportamiento aprobados por la sociedad, y que lo libera de los afanes de tener que adoptar decisiones en todo momento y en toda situación que se presente en el mundo social. Claro está que cuando el individuo libera su responsabilidad derivada de la toma de decisiones, no está renunciando a la validación de las decisiones que se adopten en el orden institucional, pues el liberarse de la toma de decisiones no supone en manera alguna una renuncia al reconocimiento o a un reconocimiento tácito de las decisiones adoptadas.

De tal manera que cuando el individuo se reconoce en la institución, quiere quedar sujeto a ella, sin que para ello incida la fuerza contenida en la norma que crea la institución, algo así como una especie de *conciencia*

moral de sujeción institucional; de esta forma el individuo queda sujeto a la institución y la acepta sin ningún tipo de objeción a partir de su *voluntad libre*, en cuyo caso el reconocimiento que el individuo hace de esa institución está ausente de cualquier coacción normativa que constituya la razón para su aceptación.

Lo interesante en este caso, es que Bourdieu rompe con la concepción legalista de la legitimidad que el positivismo weberiano mantenía bajo la confusión entre legalidad y legitimidad. En tal sentido, Bourdieu sostiene que el derecho como forma por excelencia del discurso legítimo, “no puede ejercer su eficacia específica sino en la medida en la que obtiene reconocimiento, en la medida en la que se desconoce la parte más o menos grande de arbitrariedad que está en el origen de su funcionamiento” (Bourdieu, 2005, p. 206).

El reconocimiento como fundamento de la legitimidad de una institución se aprecia en el deseo de los individuos por sujetarse a ésta como instancia que reconocen adecuada para atar a ella el rumbo de sus vidas, y reconocer en esa institución la instancia que interpreta y reconoce los intereses de los individuos. De hecho, esa misma forma de reconocimiento que se produce en las leyes y en las instituciones que estas crean, es para Bourdieu la máxima expresión de derecho.

En este sentido es posible afirmar que el derecho como la manifestación máxima de la legitimidad, transfiere a las instituciones que crea esa misma legitimidad; dicho de otra forma, cuando se habla de derecho se habla de que una ley es verdaderamente legítima, y en ese mismo sentido se debe aplicar para el caso de las instituciones, es decir, que una institución es legítima cuando los individuos se reconocen en esa institución y reconocen su pertinencia para la orientación de sus vidas en el mundo social. En este caso, el reconocimiento en una norma es lo que hace el derecho, y el reconocimiento en una institución es lo que legitima a la institución, en términos de Bourdieu.

Igual, si se toma la formación institucional desde el orden positivo y no desde su base psíquica que da vida a los *imaginarios sociales instituyentes*, ese orden normativo que da vida a las instituciones tiene que pasar por el mismo proceso de reconocimiento para alcanzar su legitimidad. De tal manera que la norma que a instancias del reconocimiento planteado por Bourdieu logra constituirse en verdadero derecho, transfiere esa misma legitimidad a las instituciones que crea, porque los individuos se habrán tenido que reconocer en el proceso positivo para reconocerse en las instituciones creadas y sujetarse a ellas.

Esta ruptura que plantea Bourdieu en la concepción formalista de la legitimidad weberiana sienta las bases de lo que será el tránsito de la legitimidad legalista cerrada a una legitimidad ampliada fundada en el reconocimiento voluntario. Esta perspectiva fundamenta la estructura de un concepto de legitimidad más ajustado al juicio crítico y a la facultad instituyente de unos individuos capaces de pensar en torno a los alcances y la realidad de una norma y una institución, más ligada al juicio en común de personas vinculadas a una comunidad que juzga el estado de cosas del mundo en el que viven.

Si bien el derecho, como lo sostiene Bourdieu, es la “forma por excelencia del poder simbólico de nominación que crea las cosas nombradas y, en particular, los grupos sociales” (2005, p. 198), hay que entender que esa capacidad de creación de lo nombrado sólo es posible en tanto ese derecho devenga de un acto voluntario en el que los individuos de manera autónoma y no heterónoma, se reconozcan en la ley y en las instituciones y hagan de estas, instrumentos propios para guiar y fundamentar sus acciones.

Dado lo anterior, es posible considerar que el derecho *per se* es legítimo, y que al hablar de derecho, está implicada la legitimidad, en términos de Bourdieu, siempre que se cumplan los presupuestos para ello. En este sentido una ley o una norma no podrá ser norma de derecho si le falta la legitimidad, si los individuos no se reconocen en ella; por lo tanto, una institución que surge del *consenso del mejor argumento posible* será ilegítima si a la norma que la ha creado le falta ese reconocimiento, es decir, si la norma no es norma de derecho por carencia de legitimidad, por carencia de reconocimiento. En este caso la legitimidad institucional se produce por transferencia de la norma a la institución.

Ahora bien, si los individuos no se reconocen en las instituciones y por consiguiente tales instituciones devienen ilegítimas, habrá una búsqueda de los individuos por alcanzar el reconocimiento en instituciones en las que ellos se reconozcan, o por lo menos, las instituciones existentes reconozcan en ellos la búsqueda de espacios de reconocimiento dentro de ese orden institucional. Dicho de otra forma, el reconocimiento coaccionado de la institución y el no reconocimiento de los individuos en esa institución bajo su *voluntad libre*, pone al individuo en dos situaciones: la renuncia a su *facultad crítica de juicio* frente a las instituciones en las que no se reconoce (1), y la *lucha por el reconocimiento*, en términos hegelianos, frente a las instituciones que no lo reconocen (2).

Encontramos en el Hegel de *Jena (en el joven Hegel)*, una base de reconocimiento intersubjetivo que permite apreciar de manera menos compleja el problema del no reconocimiento de los individuos en las instituciones, y su derivación en problemas de carácter político. Ese reconocimiento intersubjetivo o reconocimiento recíproco se debe producir si los sujetos se conciben desde una perspectiva normativa. Esto lo explica Axel Honneth al indicar que “la reproducción de la vida social se cumple bajo el imperativo de un reconocimiento recíproco, ya que los sujetos sólo pueden acceder a una autorrelación práctica si aprenden a concebirse a partir de la perspectiva normativa de sus compañeros de interacción, en tanto que sus destinatarios sociales” (Honneth, 1997, p. 124).

El imperativo vinculado en el proceso de reconocimiento en las dinámicas sociales, racionaliza el marco de reconocimiento e implanta una camisa de fuerza que no pueden romper los individuos en ese reconocimiento recíproco. Sin embargo, Honneth considera que Hegel logra dar el paso de un *proceso de desarrollo de la teoría del reconocimiento hacia un modelo de conflicto en modo idealista* (1997, p. 115), pero no se logran superar las limitaciones en las que quedan los sujetos por un reconocimiento que se sostiene sobre bases de carácter imperativas, donde los sujetos solamente pueden reconocerse bajo la categoría de sujetos de derecho.

La lucha no es precisamente por la seguridad de todos en relación con un tipo de sujeto violento que amenace o ponga en peligro la existencia de los individuos, por la autoconservación física, la lucha es por alcanzar un ideal ético que procure que los sujetos sean reconocidos por las instituciones y a la vez, ellos se reconozcan en las instituciones como aquellas extensiones de su propio cuerpo que actúan en nombre de los sujetos; “por consiguiente, un contrato entre los hombres no pone fin a la precaria situación de una lucha de todos contra todos, sino al contrario, dirige la lucha como un médium moral desde un estado de eticidad no desarrollada a otro más maduro de relaciones éticas” (Honneth, 1997, p. 29).

La filosofía política de Hegel no se la juega por una lucha de todos contra todos, su perspectiva se dirige hacia las formas elementales de reconocimiento social, que postula como una “eticidad natural”, “y sólo la violación de esas iniciales relaciones de reconocimiento como un estadio intermedio bajo el título de “delito”, llevan desde ahí a un estadio de integración social, que formalmente puede conceptualizarse como relación orgánica de eticidad pura” (Honneth, 1997, p. 29).

El reconocimiento en las instituciones es la búsqueda de ideales éticos que le permiten al individuo alcanzar un estadio deseado de vida social. Lo interesante de ésta postura hegeliana es el hecho de poder identificar en ella una particularidad en torno al delito, y especialmente al delito de carácter político. Y es que el origen del delito lo remite Hegel a un estado incompleto de reconocimiento; que el motivo interno del delincuente lo constituye la experiencia, que él mismo no se ha reconocido de manera satisfactoria en los estadios establecidos de reconocimiento recíproco (Honneth, 1997, pp. 32-33).

De hecho, en términos hegelianos, un individuo alcanza la plena identificación consigo mismo, alcanza su pleno reconocimiento, en la medida en que sus características, formas de pensar, acciones y carácter encuentren aceptación y respaldo de los otros en la interacción social.

Pensemos por un instante en los momentos históricos que de alguna manera dieron paso al surgimiento de los grupos guerrilleros como las FARC-EP o el ELN. Las instituciones políticas de la época, la instauración política-positiva de nuevas instituciones solamente alcanzaron el reconocimiento de aquellos individuos que terminaban favorecidos con ellas, o se reconocían en ellas a pesar de la exclusión; otros, quienes no se reconocieron en ellas, buscaron reconocerse en instituciones que procuraban instaurar otro orden institucional a través de la confrontación con lo establecido; han pasado casi 60 años de una búsqueda por el reconocimiento en nuevas instituciones y un ataque institucional contra quienes se negaron a reconocer coactivamente las instituciones vigentes, la negación del reconocimiento dio paso a la marginación mediante el discurso de la criminalización: quienes no se reconocen en las instituciones son delincuentes.

De hecho no hay otra salida; cuando los individuos no se reconocen en las instituciones, no queda más que marginarse autónomamente de ellas y quedar igualmente marginado por el orden institucional mediante la institución jurídica del delito. Así las cosas, cuando los individuos no se reconocen en las instituciones, se puede producir un ataque directo de la institución contra estos agentes en forma jurídica, la violencia institucional se despliega contra ellos y el juicio de reproche fundamenta la necesidad de castigarlos. El llamado delito político es precisamente una de esas variables.

Esta forma de marginación o de menosprecio, si se quiere llamar así, conlleva a la realización de acciones destructivas, pero como lo plantea Hegel, esos actos no son delitos mientras les falte el presupuesto social de la

libertad reconocida jurídicamente, pero una vez presente ese presupuesto la acción deviene en delito.

La reacción de quien recibe la acción violenta del delito sobre su causante, lo explica Honneth en términos hegelianos como el primer momento de la lucha, la cual se refleja en la forma como el agredido responde a la agresión, es una lucha por alcanzar el reconocimiento de pretensiones diferentes; “por un lado, la pretensión de resolución del conflicto por el irrefrenado despliegue de la propia subjetividad; por el otro, la pretensión reactiva al respeto social de los derechos de propiedad” (Honneth, 1997, p. 34).

Honneth, identifica dentro de los propósitos de Hegel, el querer mostrar los efectos destructivos de las formas de reconocimiento que tienen los actos de alienación negativa de libertad, y que la realización de dichos actos destructivos pueden dar paso a la creación de relaciones éticamente maduras de reconocimiento, bajo cuyo presupuesto puede desarrollarse después efectivamente una “comunidad de ciudadanos libres” (Honneth, 1997, p. 36).

Es evidente que esas acciones destructivas, al ser consecuencia de la marginación o el menosprecio, logran identificarse claramente en los procedimientos ejecutados por los insurgentes en el desarrollo de las confrontaciones armadas contra las instituciones vigentes, provocando la conciencia acerca de la reciprocidad de reglas específicas de reconocimiento. Aunque el Hegel posterior a Jena traslada los motivos del desarrollo del conflicto generado por el reconocimiento al interior del espíritu humano, mantiene su posición al considerar que el conflicto constituye una especie de mecanismo de colectivización social que obliga a los sujetos a reconocerse en el otro ocasional, de manera que, al final, su conciencia individual de la totalidad se delimita con la de todos los demás en una conciencia general (Honneth, 1997, p. 42).

Resulta en este orden problemático que se dé un reconocimiento intersubjetivo desde el derecho por las limitaciones que ello tiene. Digamos que no existe una conciencia moral en el individuo que lo lleve a reconocerse en esos imperativos. Si eso es así, en la *lucha por el reconocimiento* subyace una cierta afectación en el individuo cuya reparación no encuentra en otro lugar que oponiéndose al orden institucional instaurado, en el que no se reconoce, ni se reconoce en sus leyes, y que en virtud del imperativo de reconocimiento al que debe sujetarse, termina marginado y menospreciado. La búsqueda de reparación deberá encontrarla en otra

instancia, en una fuera del orden normativo: en la instancia de la insurgencia.

No es suficiente un reconocimiento jurídico de los individuos como sujetos de derechos capaces de orientarse siguiendo normas morales y con capacidad de *merecer la medida necesaria en nivel de vida* (Honneth), se necesita que los individuos sigan esas normas morales como consecuencia del proceso de identificación del individuo con esas normas morales, en el que el individuo, no solo acepta sujetarse a las normas, sino que las considera pertinentes para orientarse por ellas.

La salida institucional ante el no reconocimiento del individuo en las instituciones es la marginación y el menosprecio por vía de la propia legalidad. Desconociendo su facultad crítica de juicio frente a las instituciones, el derecho al disenso deviene en delito contra las instituciones, y el no reconocimiento en ellas convierte al individuo que se resiste sujetarse a ellas en delincuente.

El no reconocimiento del individuo en las instituciones habrá de entenderse como una posibilidad real de diferencia entre los individuos, con orientaciones éticas diferentes por las que buscan el reconocimiento, lo cual implica la necesidad de reconocimiento diferenciado, es decir, que cada individuo sea reconocido a partir de sus diferencias con plenas posibilidades de disenso. En ese orden Enrique Dussel considera que:

...debe tenerse una conciencia de que es necesario reconocer a cada participante como un sujeto ético distinto (no sólo igual), como Otro que el sistema auto referente; Otro que todo el resto, principio siempre posible de disenso. Esta posibilidad de disenso del Otro es un permitirle participar en la comunidad con el derecho a la irrupción fáctica de ese Otro como un nuevo Otro (Dussel, 1998, p. 310).

En ese sentido puede entenderse como víctima a un individuo que por no reconocerse en las instituciones que lo reemplazan en la toma de decisiones, termina marginado, condenado públicamente, y sometido a todas las formas de sufrimiento humano. La Filosofía de la Liberación que postula Dussel muestra la manera como los sistemas políticos y económicos generan gran cantidad víctimas como consecuencia de la exclusión y la dominación. Dussel precisa que “buena parte de la humanidad es víctima de profunda dominación o exclusión, encontrándose sumida en el «dolor», «infelicidad», «pobreza», «hambre», «analfabetismo», «dominación»” (Dussel, 1998, p. 310).

El sentido de la exclusión se relaciona en este caso con la imposibilidad de que el individuo pueda satisfacer sus necesidades y alcanzar su ideal ético a partir de ciertas instituciones que definen el orden social y el desarrollo individual y colectivo; es el malestar que padece cualquier individuo cuando “se encuentra en situaciones en las que no puede realizar aquello que desea y aspira para sí y para quienes estima” (Estivil, 2003, p. 13).

En esas condiciones, el individuo padece una afectación de la cual procurará repararse, y en ese orden, la búsqueda de mecanismos que le reparen de la afectación por el menosprecio y la marginación, lo llevarán, en cierta forma, a procurar su reparación fuera del orden legal institucional, buscará resiliarse por fuera de la ley.

1.1. El juicio de verdad en la búsqueda del reconocimiento mediante la confrontación de las instituciones vigentes

Uno de los problemas que atraviesa el no reconocimiento del individuo en las instituciones, es el carácter funcional de las instituciones y la imposición de las *mejores razones* o si se quiere el mejor argumento que cumple la función justificadora.

El primer problema tiene que ver con el hecho de que la definición funcional de una institución está atravesada por un mandato de orden normativo del tipo “debe” mediante el cual se determina la forma como deberá funcionar esa institución, y a su vez, la manera como deberá actuar el individuo en relación con ese papel funcional en el que se define una institución.

En ese sentido, lo que está determinado no es la manera como un individuo actuará, pues eso queda dentro de su libre albedrío en el marco de las posibilidades que tiene de actuar conforme, actuar contrario o no actuar, sino cómo *debería* actuar en términos condicionales a partir del sentido o contenido que ha captado de la norma o de la regla que ha aprobado o reconocido, siempre que haya reconocido la norma y se haya reconocido en ella para resolver la pregunta ¿cómo se es capaz de obedecer la regla?

La definición del papel funcional de la institución como un nivel en el que se identifica la fuente de la corrección normativa de los papeles funcionales de la institución, lleva consigo las intenciones de quien o quienes han definido y establecido esa institución, lo que significa que el papel funcional de una institución como nivel en el que se ubica la fuente de su corrección en términos normativos, operará fundada en las intenciones de aquél

o aquellos que fundaron la institución. Ahí encontramos de cierta forma, una explicación concreta al hecho de que un individuo no se reconozca en una norma o en un orden institucional, pues las intenciones funcionales con las que vienen inmersas las instituciones, resultan problemáticas a la hora de admitir como orientación o guía de su vida esa norma o esa institución, dado que el juicio crítico del individuo queda anulado.

Tras la anulación del juicio crítico, esto que se entiende ahora como el fundamento de las intenciones funcionales, se inscribe en la base de la racionalidad normativa que se halla en el nivel de las razones, o si se quiere, de los argumentos que sustentan las intenciones institucionales con las que se impregnan las instituciones y el orden normativo, con lo cual surge el segundo problema implicado en el no reconocimiento del individuo en las instituciones: la imposición de las *mejores razones*.

Precisamente a esa “*fuerza de las razones mejores*” Robert Brandom le atribuye un carácter de orden normativo que compromete al individuo a reconocer una creencia específica como creencia posible que le confiere legitimidad a su acción. Es una fuerza que sujeta al individuo a actuar de una manera que normativamente está aceptada y legitimada como buena acción. De tal forma que esa fuerza normativa “se refiere a la cuestión de cuáles entre las creencias que puedan seguir uno se compromete a reconocer, qué conclusiones debe sacar y a qué uno está comprometido o legitimado para decir o hacer”, de tal manera que cuando se hace referencia a razones, estas ya están presupuestas, como quiera que estas razones se refieran de manera específica a cómo deberá actuar el individuo, en términos de qué es lo que está obligado a reconocer como buena razón para actuar (Brandom, 2005, p. 54), aun cuando ello no garantice que la acción se cumpla tal y como quedo racionalizada.

Una de las mayores dificultades que trae consigo estos problemas, es el no reconocimiento del individuo como ser con capacidad de juicio *reflexionante, determinante* y crítico, es la anulación de toda posibilidad instituyente fundada en el ejercicio de su juicio crítico en torno a lo que desea hacer, y en el orden de las instituciones creadas con la *fuerza de las razones mejores*, es la anulación, si se quiere en términos democráticos, de su autonomía para definir las instituciones en las que sujetará su vida como vía para alcanzar un ideal ético.

Bajo este entendido se puede considerar que la anulación del juicio crítico de la creación institucional lleva implícita la negación de las libertades individuales para la construcción de los *imaginarios sociales*, que de acuerdo

con Castoriadis, deben estar garantizados por la sociedad como quiera que ninguna institución y menos la institución de la sociedad, puede *absorber la psique en tanto imaginación radical* (Castoriadis, 1975, p. 252), como quiera que ella asegura la posibilidad de formación y reformulación institucional a partir de la institución de imaginarios colectivos, a pesar de que es la propia institución de la sociedad, de la que procede el imaginario social, la única que puede limitar la imaginación radical de psique y dar existencia para ésta a una realidad al dar existencia a una sociedad (Castoriadis, 1975, p. 234).

El problema que representa la anulación del juicio crítico no solamente conlleva a la imposibilidad de reformular las instituciones a partir de la resignificación de los imaginarios sociales, sino que cierra la posibilidad de crear nuevas instituciones, arrebatándole a los individuos esa posibilidad creadora para asegurársela al orden institucional instituido, sustentado en los mejores argumentos como única vía posible para alcanzar los consensos institucionales.

Cuando la institución se sustenta en el tercer divino de los consensos legislativos producidos a instancias institucionales, lo que hace la institución es dar por presupuesto un acuerdo con los individuos sobre todas sus posibilidades de acción, incluso en forma invasiva sobre el orden interno de los individuos, en la que se definen sus formas de pensar y actuar a partir de la identificación que están obligados a asumir con todo el marco normativo moral incluyendo derechos y deberes que se les pone de presente; “los agentes morales y jurídicos creen y hacen creer a los participantes sociales, que estos derechos y deberes son los únicos estímulos que generan en ellos la voluntad altruista de producir su felicidad al realizar los deberes que ellos aspiran” (Poulain, 2003, p. 139).

Nos valdremos en cierta forma de la crítica al consenso normativo habermasiano que postula el filósofo francés Jacques Poulain, para mostrar dónde puede hallarse lo que origina el no reconocimiento de los individuos en las instituciones, su ilegitimidad y la ilegitimidad de las acciones que las propias instituciones definen como buenas acciones.

Hay un problema cuando se cree que las decisiones institucionales atravesadas por procesos de carácter consensual argumentativo recogen integralmente las necesidades e intereses de la colectividad, y es el hecho de que en realidad esos consensos sustentados bajo los mejores argumentos no solamente terminan limitando la participación, sino que excluye el juicio crítico de los

individuos, juzgando en nombre de cada uno la objetividad del mundo y de sus situaciones, dejando de lado el juicio de los demás; “se trata de poner el consenso en el poder, para así escapar a la arbitrariedad de las convenciones institucionales que no han sido jamás interrogadas, pero que han sido adoptadas en las sociedades arcaicas por la conciencia de lo sagrado y fijadas en los ritos legales” (Poulain, 2003, p. 204).

Como quiera que los consensos generados a instancias institucionales ocultos bajo el manto del mejor argumento posible, llevan implícitos la voluntad de terceros que juzgan en nombre de la voluntad general, chocan con la verdad de los argumentos que los individuos someten a juicio. La verdad de las normas insertas en el consenso de un tercero que juzga por los demás, trae consigo la reacción de individuos que se niegan a reconocer el fundamento consensual que sustenta el orden de la institución al cual quedan sujetos. La violencia que representa este procedimiento tiene dos posibilidades: el sometimiento al consenso o el disenso frente a sus criterios de verdad.

En este sentido, Poulain postula que

...el sentimiento metapsicológico y parapsicológico de acuerdo colectivo sentido por cada uno como exigencia incondicional (bajo la forma del Sollen) y como hecho, es decir, como consenso legislativo que adviene efectivamente, se presume que es quien juzga, en nombre de cada uno, la objetividad de las relaciones y de las experiencias sociales que allí se objetivan. Imponiendo como consenso a los demás y consigo mismo los resultados de la argumentación legisladora son impedimentos, estos resultados se imponen como creencia sin pasar por el juicio (2003, p. 186).

Mientras que el consenso argumentado en los términos antes indicados, limita el juicio crítico de los individuos y lo sujeta a las instituciones y las normas; el juicio de verdad sobre los consensos legislativos rescata la facultad crítica de juicio de los individuos y reconoce en ellos su facultad de sujetos instituyentes y autoinstituyentes dentro del orden social, en un sentido más abierto en el cual se garantiza a los individuos la libertad para la construcción de sus imaginarios sociales.

Al rescatar la facultad crítica de juicio, se rescata para el individuo el juicio de verdad que le había sustraído el consenso legislativo, de tal manera que si lo que el individuo piensa y quiere es verdad, y su facultad de juicio le permite deliberar entorno a lo que quiere, a lo que piensa y a lo que dice o dirá, sin que intervengan en ningún momento discursos normativos institucionales

sobre su facultad de juzgar para orientarlo de alguna manera, tendrá plena y absoluta libertad para definir y decidir el orden institucional en el que se pueda reconocer a partir de las posibilidades éticas que en ella encuentre, sin sujeción al juicio de terceros institucionales consignados en la norma.

La facultad de juicio referida, es específicamente la facultad de juicio que le permite al individuo, entre otras cosas, reconocerse como lo que es y como lo que no es, pero también reconocer lo que puede llegar a ser, de la misma forma como le permite reconocer a los demás en sus relaciones intersubjetivas. En ese orden “existir a través de un juicio, es identificar el único modo de ser y de acción que no haga ser más que lo que uno es y que uno reconoce ser mediante ese juicio. Es identificar igualmente el único modo de ser que evite desear ser lo que uno no puede ser y que reconoce no ser” (Poulain, 2003, p. 215).

Ahora bien, se apela a *la ley de verdad* para reafirmar el valor supremo de la dignidad humana vinculándola como principio de la dignidad humana mediante la cual se posibilita la sustitución del totemismo de los consensos legislativos en los procesos de significación instituida para dar paso a una significación colectiva. Se podrá ver que en este orden se logra reafirmar la autonomía y la autodeterminación de quienes pretenden un reconocimiento recíproco en el orden institucional, al restituirle al individuo la posibilidad de juzgar la verdad sobre las cosas.

La *ley de verdad* de Poulain se sostiene en cuatro principios: objetivación, recepción, autoidentificación y comprensión mutua. La objetivación hace referencia a la verdad de las proposiciones pensadas, en cuanto a que no se puede pensar una proposición sin pensarla verdadera; la recepción refiere al carácter de verdad que adquiere la proposición por parte de quien la recibe, es decir, que esta vez es el auditorio quien piensa que la proposición emitida por el enunciador es verdadera; la autoidentificación vincula al enunciador en dos estadios que debe asumir, como son el de enunciador y auditor al mismo tiempo, en este caso el enunciador asume la postura de auditor de sí mismo, y no puede pensar su proposición sin pensarla “idéntica a sí misma, es decir, tan verdadera como ha debido pensarla verdadera para poder pensarla, o sin pensarla como no idéntica a sí misma: es decir, tan falsa como la ha pensado verdadera para haberla podido pensar”, y la comprensión mutua o también comprensión lógica que establece para el enunciador o el auditor la imposibilidad de pensar la proposición como diferente a ella misma, en otros

términos, es imposible que el individuo piense la proposición que piensa o enuncia sin pensarla idéntica a sí misma “es decir, tan verdadera como él ha debido pensarla verdadera para poder pensarla, o sin pensarla tan falsa como él ha debido pensarla verdadera para poder pensarla y comprenderla”.

El reconocimiento recíproco que se logra a partir de los criterios de la *ley de verdad* se adquiere por el carácter de verdad que se le confiere a lo que se piensa cuando se piensa, y que se tiene que pensar como verdadero para poderlo pensar y afirmar. En este caso el pensamiento se instala en el nivel de verdad por el ejercicio del mismo, pero el contenido del pensamiento también se tiene que considerar verdadero. De tal manera que en el instante en que se piensa en reconocer algo, ese algo tiene que pensarse como verdadero, lo que se piensa tiene que ser verdadero para poderlo pensar, y en este orden, quienes están detrás de las instituciones han tenido que pensar como verdadero el que esas instituciones no estén al servicio de todos o que representen los intereses de todos para poderlas instituir. De hecho, han tenido que pensar como verdadero el que no todos se reconocerán en esas instituciones; lo mismo sucede del lado de quienes quedan sujetos al orden institucional y no se reconocen en él.

En tal caso como lo postula Poulain (2003), “es respetando esta ley que como se puede conseguir una división justa de la verdad y establecer las relaciones de justicia donde deben serlo: en las relaciones de distribución del pensamiento que regulan la felicidad social de retribución de la verdad que tanto se busca” (2003, p. 188).

De la misma forma, a partir de la *ley de verdad* se rescata el valor del reconocimiento recíproco entre los individuos y entre estos y las instituciones, no sobre criterios de igualdad, sino sobre criterios de diferencia, para evitar, conforme a Dussel, la marginación de los individuos y su victimización por los problemas que trae consigo una forma de reconocimiento igualitario.

Fuera de un análisis de carácter jurídico que poco o casi nada aporta a esta discusión, la posibilidad de subvertirse ante el orden institucional no deja de ser una alternativa para la búsqueda de reconocimiento -al que también se puede llegar por vía del disenso discursivo- como expresión del juicio crítico contra las instituciones, para que los imaginarios que pretenden instituirse al subvertir el orden institucional vigente alcancen su realidad en el orden social. La dignidad humana se logra afectar cuando

la libertad del juicio crítico instituyente se reprocha a partir de la criminalización de las posibilidades de ejercer el juicio crítico vinculado con las libertades individuales, que no buscan cosa distinta que el reconocimiento institucional.

La postura de Niklas Luhmann (2009) reconoce igualmente la dignidad humana como un derecho fundamental individual, y como tal, la dignidad trasciende de una mera condición natural a una obligación que debe ser reconocida por todos en relación con todos a una obligación concreta de corresponsabilidad. Esa condición de la dignidad humana como derecho fundamental se sostiene en los derechos de disenso que le son reconocidos al individuo, y en consecuencia su desarrollo está ligado con el ejercicio pleno de las libertades individuales, en especial la autonomía y la autodeterminación.

De tal manera que cuando la *ley de verdad* opera como principio fundamental de la dignidad humana y como instrumento reparador de la misma, cumple la función de “correa de transmisión” entre los deseos e intereses que fundan la facultad instituyente del individuo y el ejercicio de las libertades; logra así la reafirmación de la autonomía individual como ejercicio del poder instituyente en el orden de las significaciones sociales y en el orden de las instituciones que pretenden ser instituidas. De tal manera que “la identidad democrática con los demás no puede ser adquirida y reconocida como tal, sin juzgar como verdadero el compartir una forma de vida, ya que después de todo, es esto lo que trata de producirse en toda comunicación” (Poulain, 2003, p. 188).

¿Cómo salirle al paso al problema que surge del positivismo institucional, cuando el criterio de validez normativa está condicionado por un concepto de legitimidad circular positivista que se funda en la legalidad de los procedimientos legislativos y no en la facultad de juicio instituyente como base de la validez? La salida posible está en el ejercicio de la facultad de juicio del agente social. Esa es la base para intentar resolver la paradoja legalista en la que se encuentra la legitimidad normativa de las instituciones; la facultad que tienen los agentes sociales para reflexionar en torno a las instituciones y los estados de cosas instituidos convencionalmente, abre toda posibilidad para reformular lo instituido, precisamente a partir de la crítica reflexiva a la institución y sus consensos (Quintero, 2013, p. 220).

El ejercicio del juicio crítico como una dinámica propia del agente social para poner en cuestión lo instituido,

hace realidad el poder instituyente para reformular las instituciones que tienen su origen en la instancia del consenso legislativo (Quintero, 2013).

El interés por reformular las instituciones que no cargan libidinalmente al agente social, conlleva a que éste no reconozca la institución como una posibilidad para atender sus intereses y necesidades; por lo que, los individuos que no se reconocieron en el orden institucional y que resolvieron mediante el uso de la fuerza intentar la instauración de un orden institucional en el que se reconozcan, han tenido la capacidad de cuestionar el orden instituido para intentar definir a partir de su autoconciencia y autodeterminación cómo procurarse la forma de establecer un orden institucional en el que no sean marginados y humillados a través de la exclusión por el hecho de no reconocerse en sus instituciones, y de paso restaurar o restablecer su dignidad como seres humanos. “En efecto, el juicio aísla entre los deseos, esos que uno puede ser realmente y que desea serlos y satisfacerlos. El juicio filosófico no puede reconocer como acción real en toda palabra más que lo que la hace posible” (Poulain, 2003, p. 215).

De acuerdo con George Lapassade, lo único que los individuos pueden instituir en la sociedad es lo instituyente, es decir, la capacidad para evaluar sus propias instituciones¹ y dirigir el curso de estas (Lapassade, 2008, p. 24), esa capacidad que hace posible reformular el marco instituido sobre nuevos imaginarios sociales instituidos a partir del juicio público que hagan quienes no se reconocen en el orden institucional vigente (Quintero, 2013, p. 221).

Cuando se levanta la represión de la cumbre sobre la base, lo instituyente se revela en las unidades básicas. El habla social queda liberada. Se vuelve posible la creatividad colectiva. Por doquier se inventan nuevas instituciones, que ya no son, o que no llegan a serlo todavía, instituciones dominantes, signadas por la dominancia del Estado (Lapassade, 2008, p. 18).

La facultad de juicio de los agentes sociales está por encima de la presunta inmutabilidad de las instituciones, cuando se pone en cuestión la vigencia o la efectividad de una institución, o si se quiere, sobre lo que está instituido, se debilita la inflexibilidad institucional, y finalmente cede ante la puesta en cuestión que hacen quienes integran el orden institucional que sustenta lo instituido (Quintero, 2013). Así, el instituyente surge

cuando se logra levantar el mecanismo de represión que no permite reformar las instituciones, y ese es el momento en el cual el instituyente se libera y con él se vuelve posible la creatividad colectiva (Lapassade, 2008, p. 18). Lo anterior, sin perder de vista que la reformulación de lo instituido se origina en la concepción que individualmente cada uno tiene en torno a la creencia en la verdad de su propio juicio, pues el creer como verdadero lo que pensamos en torno a las instituciones y sus funciones, reafirma el principio de la imposibilidad que existe para engañarnos nosotros mismos.

Volviendo con la *ley de verdad*, es preciso puntualizar que ésta somete la norma al debate interno de los individuos y en este caso, el debate en torno a las instituciones, partiendo de una base de reconocimiento que se da cuando el individuo reconoce como verdadero lo que dice en el momento en que lo dice, haciendo posible que el individuo se reconozca en lo que dice y se identifique consigo mismo; se identifique con sus deseos, con sus concepciones y con sus juicios sobre el estado de cosas, reconociendo como verdadero lo que quiere hacer, lo que desea y lo que quiere ser; reconociendo como verdadero las condiciones que se dan en una institución para que el individuo no se reconozca en ella y termine marginado de ella sin correr el riesgo de engaño.

De tal manera que es tan verdadero el juicio de quien utiliza la fuerza para subvertir el orden institucional por una falta de reconocimiento recíproco, como el juicio de quien intenta sostener el orden institucional que se pretende sustituir.

2. LA RESILIENCIA FUERA DE LA LEY

Antes de revisar esta variable que algunos consideran como posibilidad de resiliencia, es necesario precisar que la insurgencia como forma de transgresión de la norma jurídica, tiene una particularidad frente a los otros delitos del plano penal. En la trasgresión del orden positivo hay algo que va más allá del simple deseo de conculcar la norma, y en ello está vinculado el no reconocimiento del individuo en el orden institucional vigente, el derecho al disenso, y la búsqueda de nuevas posibilidades institucionales en las que el individuo encuentre el reconocimiento recíproco que desea, ejerciendo una confrontación fáctica contra las instituciones vigentes mediante el uso de la fuerza, para sustituirlas por aquellas en las que se pueda reconocer para alcanzar su ideal ético.

1 - De los dos conceptos de institución que aborda Lapassade, el que interesa en este caso es el que se asume en el lenguaje jurídico, del cual forman parte las normas, las leyes, las constituciones y los reglamentos.

En el plano jurídico, la Corte constitucional en sentencia de constitucionalidad C-695 de 2002, delimitó conceptualmente los alcances del delito político, insistiendo en que no debe confundirse con los delitos comunes dados los propósitos altruistas de quienes se levantan contra el orden institucional vigente para instaurar lo que ellos consideran un orden justo para el logro de sus ideales éticos.

Ya desde 1995, en sentencia de constitucionalidad C-009 con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, la Corte Constitucional había delimitado los alcances del delito político para diferenciarlo del delito común, precisando que

(...) El delito político es aquél que, inspirado en un ideal de justicia, lleva a sus autores o partícipes a actitudes proscritas del orden constitucional y legal, como medio para realizar el fin que se persigue. Si bien es cierto el fin no justifica los medios, no puede darse el mismo a trato a quienes actúan movidos por el bien común, así escojan unos mecanismos errados o desproporcionados, a quienes promueven el desorden con fines intrínsecamente perversos y egoístas. Debe, pues, hacerse una distinción legal con fundamento en el acto de justicia, que otorga a cada cual lo que merece, según su acto y su intención² (CConst, C-009, 1995).

Pensemos que los insurgentes de hoy, y antes de recurrir a la fuerza en procura de sustituir el orden institucional vigente, alcanzaron la categoría de víctimas. Ya había sido mencionado anteriormente, pero no bajo esta categorización. Ellos fueron víctimas del marginamiento, el desprecio y el no reconocimiento institucional como ese otro igual pero con diferencias, simplemente por el hecho de no reconocerse en las instituciones vigentes en un momento histórico. De hecho, Dussel considera que la imperfección de los sistemas, los actos institucionales y las normas, constituyen factores fundamentales en la victimización de los individuos;

... Como esto es imposible, hay inevitablemente «víctimas», que son las que sufren las imperfecciones, los errores, las exclusiones, las dominaciones, las injusticias, etc., de las instituciones empíricas no perfectas, finitas, de los sistemas existentes. Es decir, el «hecho» de que haya víctimas en todo sistema empírico es categórico, y por ella la crítica es igualmente siempre necesaria” (Dussel, 1998, p. 369).

Dussel (1998) advierte que la crítica formulada por los individuos sobre los sistemas que dificultan el desarrollo de la vida, es lo que permite mostrar su constitución en víctimas.

En primer lugar, abstracta y universalmente, el criterio de criticidad o crítico (teórico, práctico, pulsional, etc.) de toda norma, acto, micro estructura, institución o sistema de eticidad parte de la existencia real de «víctimas», sean por ahora las que fueren. Es «criticable» lo que no permite vivir. Por su parte la víctima es inevitable. Su inevitabilidad deriva del hecho de que es imposible empíricamente que una norma, acto, institución o sistema de eticidad sean perfectos en su vigencia y consecuencias (1998, p. 369).

Alcanzando la categoría de víctimas, aquellos que por no reconocerse en las instituciones vigentes terminaron marginados de ellas, una posibilidad de reparación como la que se postula -una resiliencia fuera de la ley-, debe tomarse con mucha cautela, pues ello no supone que cualquier tipo de trasgresión normativa en la que se afecten terceros, suponga una justificante de las acciones reparatorias del individuo.

Esta forma específica de resiliencia por fuera de la ley, la delimitó en el orden del delito político bajo las consideraciones antes mencionadas, con el ánimo de evitar eventuales confusiones.

La resiliencia entendida como la aptitud que tiene una persona o un colectivo para continuar desempeñándose en su vida luego de haber padecido una fuerte conmoción por dificultades capaces de generar traumatismos importantes, o como la capacidad de superar el evento traumático y adaptarse a entornos complejos (Cyrulnik, 2002, p. 373), es lo que en últimas posibilita la superación de los efectos dañinos dejados por la marginación derivada del no reconocimiento en el orden institucional vigente.

Por lo tanto, las víctimas con aptitud resiliente comienzan a funcionar en el mundo social para aprender a vivir de una manera diferente a la que tenían antes del evento traumático, es decir, aprenden a modificar los patrones de vida y a adaptarse a las nuevas condiciones que ha generado la desgracia; Así las cosas, la resiliencia “no es algo que hay que buscar, solamente en el interior de la

2- Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia definió el concepto y los atributos del delito político, señalando que "...El delito político tiene un objetivo final invariable que le es consustancial, se prospecta buscando una reparación efectiva y se realiza con supuesta justificación social y política. Si estas son las notas características de este tipo de delito, cabe precisar: 1) Que envuelve siempre un ataque a la organización política institucional del Estado; 2) Que se ejecuta buscando el máximo de trascendencia social y de impacto político; 3) Que se efectúa en nombre y representación real o aparente de un grupo social o político; 4) Que se inspira en principios filosóficos, políticos y sociales determinables; y 5) Que se comete con fines reales o presuntos de reivindicación socio-política...." (CSJ, 26 de junio 1982. Calderón Botero, Fabio).

persona, ni en su entorno, sino entre los dos, porque anuda sin cesar un proceso íntimo con el proceso social” (Cyrulnik, 2001, p. 192).

Pero ese entorno, en el caso al que se hace referencia, no es el entorno social de lo instituido vigente, de las instituciones que marginaron al individuo; es el entorno concordante con otros que se reconocen en su no reconocimiento institucional; es el entorno que crearon quienes fueron marginados del orden institucional vigente; es el entorno de quienes están en la búsqueda de instituciones en las que se puedan reconocer en el marco de un ideal ético, sin que puedan ser marginados de ellas.

La resiliencia debe considerarse dentro de un marco en el que las posibilidades de que el individuo puede sobreponerse a las adversidades no afecten la integridad y la vida de otros individuos. Pensar en una resiliencia por fuera de la ley es proponer la autoreparación de un daño con la comisión de otro daño, lo cual lleva a pensar en un proceso inacabado de resilientes y perjudicados al considerar el delito como una forma de autoreparación. Si es así, entonces valdría la pena preguntarse si las familias víctimas de la violencia paramilitar y guerrillera se pueden reparar asesinando a cuanto guerrillero y paramilitar se les cruce en el camino, y entonces ¿eso sería legítimo en aras de la autoreparación de las víctimas? Bien, cuando se plantea la resiliencia fuera de la ley, se hace en el orden del delito político –esta vez apelando a una tipología determinada por la propia institución que se confronta-, es la lucha por el reconocimiento entre individuos e instituciones vigentes, es el reconocimiento de lo real en lo imaginario, es la búsqueda de la concordancia entre ese extraórgano del ser humano que son las instituciones y eso que será parte él, eso que se encargará de tomar las decisiones en nombre de él, eso que lo liberará de la constante toma de decisiones y la responsabilidad que eso implica.

Alguien podría objetar esta variable resiliente bajo la consideración de que una resiliencia fuera de la ley es el resultado de la imposibilidad del sujeto de superar las circunstancias en las que ocurrió el evento o la circunstancia causante del daño, y si es así, no podría llamarse resiliente un acto que no trasciende tales circunstancias y se manifieste en actos al margen de la ley. O también, podría objetarse esta variable en tanto que las acciones resilientes deben estar atravesadas por una eticidad que implique el respeto del orden moral en el que funciona el individuo resiliente.

Para María Eugenia Colmenares, el sujeto resiliente no puede estar ajeno a sus preferencias éticas con respecto

a sentimientos de obligatoriedad de la salvaguarda de sí mismo y la certeza de su legitimidad de ser en relación con la identidad humana (Colmenares, 2002, pp. 59-69).

Hay dos preguntas que se ponen en juego mientras se habla de resiliencia fuera de la ley. La primera tiene que ver con el hecho de saber si la capacidad de recuperación del daño debe necesariamente suponer la existencia de una convención que defina el marco racional de acción, resolviendo el problema de lo que se entiende como acción reprochable y mal; y la segunda, es saber hasta dónde una resiliencia de este orden responde a un ideal ético del individuo como búsqueda de una vida buena que le permita superar el daño padecido.

En principio, una base del proceso resiliente fuera de la ley en relación al llamado delito político, es la legitimidad que el individuo reconoce en su acto, en tanto se reconoce ese acto como una posibilidad de alcanzar su ideal ético, ese telos que no le posibilitan las instituciones vigentes y legalmente instituidas, lo cual más adelante se podrá ver con mejor claridad a través de la *Ley de verdad* de J. Poulain.

Esto podría de alguna manera poner en duda la condición de delincuentes que la ley le atribuye a aquellos que usan la fuerza contra las instituciones como forma de alcanzar la resiliencia de la marginación que sufren por no ser reconocidos por el orden institucional legalmente establecido, y que en razón de ello no se reconocen en esas instituciones ni reconocen la legitimidad de éste. Si realmente son delincuentes, la resiliencia sería en ese mismo orden una justificante de las acciones delictivas en el orden interno de los individuos, más no en el orden de la moral externa. En este sentido, la insurgencia será el medio que tiene el individuo marginado para procurar repararse de las lesiones o del daño que padece con ocasión de la marginación que sufre por cuenta de las instituciones vigentes en las que no se reconoce y las cuales no reconocieron en él su diferencia y su posibilidad de disentir en medio de la uniformidad. En este orden el insurgente será un sujeto que busca resiliarse de la marginación institucional, procurando la búsqueda de instituciones en las que se pueda reconocer.

Los estudios de Fréchette M. y Le Blanc M. (1998), enfocados en la variable de la resiliencia fuera de la ley de los jóvenes que toman parte en actividades delictivas, muestran que en la mayoría de los casos, la participación de los jóvenes en el crimen está motivada por un interés en desafiar las leyes institucionales, y el deseo de explorar la trasgresión de la norma como un puesta a prueba del orden normativo.

En esta variante de la resiliencia el individuo no desprecia las disposiciones normativas, y por el contrario las reconoce como algo que le da sentido a su vida en tanto pueda transgredirla para obtener una descarga de emociones que le permite alcanzar la experimentación de la infracción, en este caso, la búsqueda es más de orden emocional que de orden ético.

Otras corrientes sostienen que la acción delictiva está asociada más con la búsqueda de placer que con la exploración de la trasgresión, es precisamente el placer que les causa evadir la ley, y evadir ser capturados en el acto. Sin embargo, para Fréchette y Le Blanc (1998), estos actos están atravesados por factores de riesgo que aumentan las posibilidades de que el joven cometa actos criminales.

Precisamente esos factores de riesgo implicados en la trasgresión del orden institucional legal es lo que interesa en este punto transpolar de la teoría de Fréchette y Le Blanc a la resiliencia fuera de la ley, para el caso de quien incurre en el delito político, porque es lo que permite ver cuáles son las condiciones necesarias que hacen que el individuo no se reconozca en el orden institucional vigente, sea marginado y busque repararse pretendiendo sustituir el orden institucional que lo excluye para instaurar otras instituciones en las que se pueda reconocer dentro de su ideal ético.

Los factores de riesgo se ubican fundamentalmente con las conductas y el entorno en el que se desarrollan las personas, de hecho, el estilo de vida, y la manera en que sus actitudes, acciones y comportamientos se exponen a los peligros o la forma como el individuo se autoprotege para evitar daños, reduce las posibilidades de que se presenten los problemas de trasgresión normativa.

Los factores de riesgo constituyen especiales situaciones del entorno familiar y social en el que se desenvuelve el individuo que lo ponen en perspectiva de una acción o un comportamiento acorde con esas situaciones, es decir, con altas posibilidades de que el individuo realice las acciones características de su entorno, sin que ello constituya un determinismo conductual. Dicho de otra manera, un factor de riesgo no es nada distinto a las circunstancias sociales y familiares que pueden perjudicar el desarrollo psicosocial del individuo, como sería el caso de quien crece dentro de una familia que abusa de las drogas y realiza constantemente acciones delictivas. De igual manera, podría ser el caso de un individuo que crece en medio de condiciones de pobreza o de miseria extrema, discriminación de género, étnica, social, económica, religiosa o marginación, pero en este

caso sus acciones estarían orientadas a subvertir el orden institucional en busca de condiciones de justicia social, o enfocadas a trasgredir el orden normativo en procura de superar las condiciones que lo sitúan en condiciones de marginación.

Si llevamos esos factores de riesgo al problema del reconocimiento institucional, es posible apreciar de cierta forma las razones por las cuales los individuos no se reconocen en el orden institucional vigente que deviene en ilegitimidad institucional, en tanto y en cuanto resultan excluidos de ese orden.

En este caso los *factores de riesgo* aumentan las posibilidades de que los individuos asuman acciones orientadas a subvertir el orden institucional en procura de lograr sustituirlos por instituciones que anulen los factores de riesgo y puedan autónomamente reconocerse en ellas, reconocerse en instituciones que devengan legítimas por la misma legitimidad del derecho que fluye de las decisiones de los propios individuos.

En este orden de ideas, la resiliencia implica la realización de acciones que procuran una reparación sin mal a terceras personas, evitando así la circularidad entre reparación y desgracia. En términos de la delincuencia común, de crímenes de lesa humanidad, crímenes de Estado y de especiales formas de delincuencia juvenil, valdría la pena, por el momento, no entrar en la discusión sobre su relación con formas de reparación por fuera de la ley, porque su confrontación está en el orden de la trasgresión normativa y no en la subversión contra el orden institucional y legal; por eso valdría la pena preguntarse ¿hasta dónde esa negación de la resiliencia por fuera de la ley se puede considerar para el delito político, cuando la trasgresión de la norma no procura el placer por la trasgresión, sino la búsqueda de instituciones en las que el individuo se reconozca ante la marginación que sufre por no ser reconocido por el orden institucional vigente?

CONCLUSIONES

Se apela al recurso que proporciona la incidencia de los factores de riesgo en la realización de una acción fuera del orden legal que se ha señalado, para mostrar que ante factores de riesgo de un tipo específico como se indica seguidamente, se desencadenan acciones orientadas a subvertir el orden institucional vigente, por lo que, no menos cierto es que, para que el individuo apele al delito político como una forma de procurar repararse de los daños que le genera la marginación a la que fue

condenado por la institucionalidad, se tienen que revisar los factores de riesgo que están implicados en las acciones subversivas, y en especial en la búsqueda de espacios que permitan reparar los daños ocasionados por la marginación y superar los factores de riesgos que inciden en las acciones contra la institucionalidad vigente.

Los factores de riesgo implicados en las acciones subversivas de los individuos que no se reconocen en el orden institucional vigente, como son la pobreza extrema, todas las formas de discriminación por factores de género, étnicos, religiosos, políticos, económicos o sociales, políticas de favorecimiento para sectores económicamente fuertes y políticas que restringen el acceso a la propiedad sobre la tierra, para establecer cuál o cuáles podrían incidir en acciones contra la institucionalidad que resulten resilientes fuera del orden institucional.

En este orden, la negación del pluralismo político, la restricción del acceso a la propiedad de la tierra y el favorecimiento a sectores económicamente fuertes, como factores de riesgo para incurrir en acciones contra el orden institucional en términos de subversión, están implicados de manera directa, por un lado en el hecho de que muchos ciudadanos no se hayan reconocido en las instituciones vigentes y en ese orden devienen para ellos en instituciones ilegítimas, y por otro lado, hayan sido marginados con ocasión de su no reconocimiento en ellas.

Ahora bien, ese marginamiento ya lo había señalado como constitutivo de un daño para quienes quedaron fuera del orden institucional y sujetos a la persecución criminal como agentes trasgresores de la norma jurídica que prohíbe el levantamiento contra el orden institucional, y en consecuencia, será sobre ese daño específico que el individuo desarrollará acciones que le procuren resiliarse y a la vez procurar el establecimiento de nuevas instituciones que respondan a su necesidad de reconocimiento para el logro de un ideal ético.

En ese orden, y asumiendo el criterio de que no existe una única línea de resiliencia sino múltiples líneas, no resulta descabellado considerar el delito político como una forma de resiliencia de quienes no se reconocen en el orden institucional vigente, y apelan a una forma de acción fuera del orden jurídico para procurar su reparación mediante la búsqueda de posibilidades, por vía de la fuerza, que le permitan sustituir el orden institucional, por uno en el que ellos se reconozcan y lo reconozcan como legítimo.

El sentido ético de las acciones insurgentes está delimitado por propósitos de carácter político y altruista. En relación con el primero, está implicada la sustitución de las instituciones vigentes por otras que representen un modelo que responda al ideal de vida buena de quienes se enfrentan al establecimiento, y el segundo, alcanzar mejores condiciones de vida para aquellos que se encuentran dentro de las condiciones propias de los factores de riesgo. En este sentido, una resiliencia fuera de la ley en cuanto al delito político tendría sentido ético, otra discusión es el procedimiento o el método de la confrontación armada que se utiliza para ello.

Así las cosas, puede llegar a considerarse como víctimas a los miembros de la insurgencia que asumieron la confrontación armada como un espacio para su resiliencia fuera de la ley por los daños institucionales y políticos padecidos, sin que ello implique necesariamente que una acción criminal cualquiera sea constitutiva de una terapia reparadora para quien no puede resiliarse dentro del marco institucional y el orden legal vigente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Alape, A. (2004). *Las vidas de Pedero Antonio Marín, Manuel Marulanda Vélez, Tirofijo*. Bogotá, Colombia: Planeta.
- II. Ambos, K. (05 de 11 de 2014). *www.semana.com*. Recuperado el 05 de 02 de 2016, de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/kai-ambos-la-corte-penal-internacional-no-puede-vetar-los-acuerdos-de-la-habana/408130-3>
- III. Born, M., & Boët, S. (2005). *Le réalisme de l'espérance*. Paris: Fondation pour l'Enfance.
- IV. Bourdieu, P. (2005). Elementos para una sociología del campo jurídico. En P. Bourdieu, & G. Teubner, *La fuerza del derecho* (pág. 202). Bogotá, Colombia: Universidad de Los Andes.
- V. Bandom, R. (2005). *Hacerlo explícito*. Barcelona: Herder.
- VI. Castoriadis, C. (1975). *La institución imaginaria de la sociedad*. Barcelona: Seuil.
- VII. Colmenares, M. E., Cyrulnik, B., Manciaux, M., Sánchez, E., Balegno, L., & Olaya, M. M. (2002). *Desvictimizar a la víctima*. Cali: Rafue.
- VIII. CConst, C-009/95, C-009/95 (Corte Constitucional 17 de enero de 1995). Recuperado el 15 de 09 de 2016, de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-009-95.htm>
- IX. Cyrulnik, B. (2001). *La maravilla del dolor. El sentido de la resiliencia*. (G. González-Zafra, Trad.) Barcelona, España: Granica.

- X. Cyrulnik, B., Manciaux, M., Sánchez, E., Colmenares, M. E., Balegno, L., & Olaya, M. M. (2002). *La resiliencia. desvictimizar a la víctima*. Cali, Colombia: Rafue.
- XI. Derrida, J. (2002). *Política y perdón*. En *Cultura política y perdón*. Bogotá, Colombia: Centro editorial Universidad del Rosario.
- XII. Dussel, E. (1998). *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*. Madrid: Trotta.
- XIII. Estivil, J. (2003). *Panorama de la lucha contra la exclusión social, conceptos y estrategias*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- XIV. Frechette, M., & Le Blanc, M. (1998). *Délinquances et délinquants* (Vol. 8ª ed). Québec, Canadá: Gaëtan Morin.
- XV. Gehlen, A. (1993). *Antropología filosófica. Del encuentro y descubrimiento del hombre por sí mismo*. Barcelona, España: Paidós.
- XVI. Honneth, A. (1997). *La lucha por el reconocimiento*. Barcelona: Crítica Grijalbo.
- XVII. Lapassade, G. (2008). *Grupos, organizaciones e instituciones*. Barcelona, España: Gedisa.
- XVIII. Luhmann, N. (2009). *El Derecho de la sociedad*. México D.F., México: Herder.
- XIX. Melo, J. O. (2002). *Perdón y procesos de reconciliación*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- XX. Poulain, J. (2003 A). *La apuesta por la verdad. Crítica de la razón pragmática*. (W. González, Ed., & W. González, Trad.) Cali, Colombia: Extremo Occidente.
- XXI. Quintero, J. C. (enero-junio de 2013). *Legitimidad fuera del poder instituyente: límites de la validez en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras*. (W. Álvarez, Ed.) *Praxis filosófica*(36), 203-224.
- XXII. Quintero, J. C. (2016). *La dignidad humana en la justicia transicional. Más allá de una garantía constitucional*. En J. A. Gómez (Ed.), *Estudios de derecho constitucional contemporáneo* (págs. 399-415). Bogotá, Colombia: Ibáñez.
- XXIII. Séneca, L. A. (1988). *Sobre la clemencia*. España: Tecnos.
- XXIV. Vargas, A. (2002). *Reflexiones acerca del perdón y la amnistía en conflictos internos armados*. En *Cultura, Política y Perdón*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN



Constitución e imperio de la ley en Colombia*

The Constitution and Rule of Law in Colombia

Mary Luz Sandoval Robayo
Universidad de Caldas, Colombia
maryluz.sandoval@ucaldas.edu.co

Recibido: 03/03/17 Aprobado: 08/05/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1452>

RESUMEN

Existe generalmente una brecha entre la norma constitucional y la práctica social. En Colombia, esta brecha presenta particularidades aun cuando tenga elementos comunes con otros países latinoamericanos: vive un conflicto armado interno desde mediados de los sesenta, pero igual que otros países del área, carece de instituciones fuertes, coexiste una tradición civilista y democrática formal con una proclividad en la práctica hacia la violación de normas, reglas y derechos. A comienzos de los noventa cristalizaron varios factores internos y externos que dieron lugar a una nueva constitución (1991) con la misión de cimentar un proceso de paz. Este trabajo está enmarcado en la discusión desde la ciencia política y la sociología sobre la *capacidad performativa* de la norma, basada en el concepto de *rule of law* y su relación con el de *debilidad institucional* (Barros 2003; Levitsky y Murillo 2009). Se describen los factores internacionales que contextualizaron el cambio constitucional colombiano y los aspectos domésticos que dieron lugar a dicho cambio. Se exponen los procesos de exacerbación de la violencia de los últimos cinco gobiernos (antes del presente) como un *patrón de dependencia* que contrarrestó la *capacidad performativa* de la nueva constitución. Por último se discute la relación entre derecho y prácticas sociales en medio del conflicto y cómo ello ha influido sobre la democracia.

PALABRAS CLAVE

Capacidad Performativa; Colombia; Conflicto; Constitución; Imperio de la Ley.

ABSTRACT

There is generally a gap between constitutional law and social practice, and in Colombia, there are peculiarities despite similarities and common elements with other Latin American countries. Colombia has experienced an internal armed conflict since the mid-sixties, but like other countries in the region, lacks strong State institutions. There is a coexistence between formal civilian and democratic tradition with a tendency in practice to violate norms, rules and rights. In the early nineties, several internal and external factors were crystallized, which led to a new constitution (1991) with a mission to form a peace process. This work is framed in a political science and sociology discussion on the *performative capacity of the law*, based on the concept of *rule of law* and its relation to the institutional weaknesses (Barros 2003; Levitsky and Murillo 2009). This report describes domestic and international factors that contextualize the Colombian constitutional change. Processes of exacerbation of violence of the past five governments are exposed (current administration excluded) as a *pattern of dependence*, which offsets the *performative capacity* of the new constitution. Finally, there is an exploration of the relationship between law and social practices in the conflict, discussing how they have influenced democracy in Colombia.

KEYWORDS

Colombia; Conflict; Constitution; Performative Capacity; Rule of Law.

* Artículo de investigación.

INTRODUCCIÓN

Distinto a los casos de terrorismo de facción en Europa y alejado de los casos de terrorismo de Estado como Argentina, Chile y Uruguay, en Colombia ha existido un conflicto armado interno durante más de cinco décadas. Pese a que durante los sesenta y los setenta, las acciones de enfrentamiento armado fueron directas, la degradación del conflicto terminó por generar acciones de terror contra la sociedad civil por parte de todos los actores armados (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, FARC, Ejército de Liberación Nacional, ELN, paramilitares, mafias y ejército). En ese enfrentamiento el Estado ha sido juez y parte. La culminación de la deslegitimación del Estado y de la desestabilización institucional se da con el surgimiento de un nuevo actor violento en la década de los ochenta: los carteles de la droga, cuyo objetivo fue evitar a toda costa la extradición y responder a cualquier conato de desenmascaramiento por parte de sectores políticos democráticos de izquierda y derecha, mediante acciones terroristas o la corrupción.

El proceso de deslegitimación y de desorden social, las transformaciones del contexto internacional y la oportunidad de la coyuntura, llevaron a un sector de la élite en el poder a proponer una nueva carta constitucional que pudiera dirigir el destino del país hacia una etapa de inclusión, reconciliación y paz. Hasta dónde la nueva constitución fue un marco eficaz para alcanzar esas metas, tiene que ver con las funciones que le son inherentes a las constituciones en general y con los alcances específicos de la *capacidad performativa* de la constitución colombiana del 91 en particular.

La Constitución colombiana de 1991 tuvo antecedentes en extremo violentos y por lo tanto el enorme reto era superar el ejercicio de la violencia extrema y la crisis de legitimidad. Se esperaba de ella que constituyera un marco normativo general para superar la violencia causada por el conflicto armado interno, fundamento para alcanzar las funciones conexas a las constituciones en general.

Se asume que la dimensión por excelencia de la *capacidad performativa* de la constitución se fundamenta en la idea según la cual la norma tiene la posibilidad de dar forma o moldear el comportamiento práctico de los agentes. El concepto de "rule of law"¹ (Levitsky y Murillo, 2009), es el proceso mediante el cual la norma que pertenece al reino del deber ser se convierte en acción y

ésta a su vez logra transformar la realidad. El factor clave para captar dicha *capacidad performativa* es el cumplimiento de las normas (Negretto, 2013, p. 120; Levitsky y Murillo, 2009, p. 2). Pero este concepto tiene raíces profundas en la sociología clásica y contemporánea en los conceptos de acción social en Max Weber y acción normativa en Jürgen Habermas. En los conceptos de acción racional con arreglo a fines y acción racional con arreglo a valores de Weber (1977, p. 5-21) y el concepto de acción normativa de Habermas, quien interpreta que los individuos llevan a cabo acciones reguladas por normas en sus interrelaciones, esa regulación es un esquema objetivo de referencia. El sujeto se comporta de manera *subjetivamente correcta*, mantiene una rectitud normativa, pues cree en la justeza de esa norma (Habermas, 1986, p. 83).

¿Por qué el actor que considera una norma válida y justa, sin embargo, la viola? ¿La norma se viola porque en realidad no se la considera justa y válida o porque el actor no encuentra otra vía para conseguir sus fines? Un contexto de conflicto armado es propenso al rompimiento de las normas, las acciones de los actores en conflicto pueden obedecer a una "causa" de orden ideológico, político, ético o normativo que los trasciende o sus actuaciones pueden estar animadas por consideraciones de poder, individuales, económicas, o geoestratégicas. Las violaciones a los derechos se hacen en nombre de una causa y tienen un sustento que es la lógica de la guerra para lo cual se usa el terror y la violencia.

El cumplimiento de las normas por parte de la sociedad es lo que hace posible establecer si existe o no legitimidad de un régimen, ese cumplimiento por parte de la sociedad y de las elites en el poder, es lo que efectiviza el orden social y otorga la posibilidad de ejercer los derechos básicos, viabiliza la separación de poderes y su sometimiento al catálogo de las normas inderogables, pero es sobre todo el puente entre el mundo del derecho y el ámbito de la práctica social. Por ello se le dará un lugar central a este aspecto sociológico con el fin de entender la base de la desinstitucionalización que llevó al cambio constitucional en Colombia. Esta no es una perspectiva autoritaria ni acrítica, una herencia política proclive al rompimiento permanente de las normas y a la violación de los derechos como la colombiana; es una razón para entender el cumplimiento de la norma, no como la imposición de una dominación arbitraria, sino como un mecanismo de *confianza y calculabilidad* necesarios para la convivencia social; la autopercepción de una tradición civilista y

1- Rule of law se refiere a un principio moral y hace alusión al gobierno de las leyes y no de los hombres.

democrática en lo formal como pasa en la sociedad colombiana, es insuficiente para lograr este objetivo.

1. CAMBIOS DE CONSTITUCIÓN EN AMÉRICA LATINA

En sus inicios las constituciones fueron una garantía de las burguesías frente a los regímenes absolutistas. Recientemente han sido conceptualizadas a través de funciones como la legitimidad y el orden social, como una institución que garantiza los derechos básicos, la separación de poderes, sometiendo al ejecutivo y al legislativo a procedimientos para el cumplimiento de las normas inderogables (Thornhill, 2011, p. 3 y 4).

Según Negretto, muchos politólogos plantean que las constituciones y sus diseños son variables claves que explican asuntos políticos y económicos como la estabilidad de la democracia, el desempeño económico y la llamada tasa de cambio político mediante los regímenes políticos, por ello las constituciones se han vuelto claves para la investigación en la política comparada (Negretto, 2013, p. 117).

Pero las constituciones no son tan estables en países que sufren transiciones de régimen; allí son a menudo revisadas o reemplazadas, lo cual transforma las reglas del régimen político. En estos casos, no sólo es importante explicar las consecuencias de las constituciones sino sus orígenes ¿qué factores inciden en su permanencia pese a los cambios sociales y cuáles provocan su desaparición? (Negretto, 2013, p. 118).

En América Latina desde finales de los 70, ha habido procesos frecuentes de cambio o enmiendas a las constituciones. Esto ha permitido transformar las reglas por parte de los diseñadores de las constituciones, han cambiado los ciclos de elecciones, los poderes de los presidentes, las relaciones entre los gobiernos nacionales y locales, las funciones del poder judicial, de los bancos centrales, etc. (Negretto, 2013, p. 118).

Algunas veces las reformas promovidas por partidos pluralistas mediante decisiones de consenso, coexisten con diseños correspondientes a reformas previas donde se restringe la competencia entre partidos y se promueve la concentración del poder en el ejecutivo (Negretto, 2013, p. 118).

Recientemente varios gobiernos latinoamericanos han introducido reglas más inclusivas para elegir presidentes y legisladores, mejores controles sobre los gabinetes, mecanismos de fortalecimiento de la independencia

del poder judicial, etc., pero al tiempo se llevan a cabo acciones contrarias. Entre 1978 y 1993, la mayoría de las constituciones mantenían restricciones sobre la reelección; sin embargo, muchas han sido reformadas para aprobarla. Durante los últimos treinta años los diseñadores de constituciones en América Latina han aumentado el poder de legislar del presidente y su poder de promover cambios legislativos.

Negretto plantea que la elección constitucional es endógena al desempeño de las estructuras constitucionales pre existentes a los intereses partidarios y al poder relativo de los reformadores. Las tendencias del diseño constitucional que han prevalecido en América Latina desde 1978, son manifestación de problemas de gobernabilidad que deben enfrentar las nuevas democracias y son producto de los intereses heterogéneos de los actores que han tenido influencia sobre la elección institucional (Negretto, 2013, p. 118).

En consecuencia, las instituciones creadas no obtienen los resultados que tenían en mente sus creadores, sus efectos dependen de las condiciones en las cuales deben funcionar, no son sólo producto de las preferencias de los agentes, también constriñen la propia construcción de las nuevas constituciones. Ninguna institución se construye sobre una *tabula rasa*, las nuevas instituciones incorporan remanentes de su pasado (Negretto 2013, p. 120). En últimas, la capacidad de las instituciones de estructurar la vida social y política es una variable y no una constante (Negretto, 2013, p. 120, Levitsky y Murillo, 2009, p. 2).

El entendimiento de los orígenes institucionales ayuda a determinar en qué casos las instituciones juegan un rol causal en la explicación de resultados claves, también pueden explicar bajo qué condiciones las instituciones se adaptan al cambio del contexto a través de simples revisiones en contraste con las condiciones bajo las cuales las estructuras básicas institucionales son reemplazadas de cara a cambios del contexto (Negretto, 2013, p. 121).

Las constituciones permiten la gobernabilidad y coordinación entre actores para la realización de resultados cooperativos, pero también son instrumentos de poder que los políticos usan para obtener ventajas y satisfacer intereses partidarios de corto plazo. Una de las hipótesis acerca de los cambios de las constituciones es la que establece que quienes hacen las constituciones tienden a seguir a la precedente; desde esta perspectiva, los cambios son marginales mientras las reglas básicas permanecen (Negretto, 2013, p. 121), esto no ocurrió en el caso que nos ocupa. Por el contrario, fue una

transformación bastante profunda en varias de sus dimensiones (Galvis, 2001; Romero, 2001).²

Es un hecho que la estabilidad y los diseños de las constituciones cambian en el tiempo y en el espacio y que el cambio constitucional es el cambio más importante del nivel institucional. Ello genera importantes preguntas: ¿por qué los políticos deciden realizar cambios de constitución en ciertos momentos específicos? Y en el caso colombiano ¿por qué 1991 fue el momento en que ciertos grupos en Colombia aceptaron un cambio constitucional? pregunta que se intenta responder en los apartados sobre la contextualización.

2. FACTORES INTERNACIONALES

El año de 1991 es una coyuntura crítica en el contexto internacional. Es insoslayable hacer alusión a los hechos que favorecieron el cambio constitucional en Colombia durante esa coyuntura. Éste es el año en que se declara la disolución de la Unión Soviética, dos años antes había caído el Muro de Berlín y con estos dos hechos se da por terminada la carrera del socialismo en esa parte del mundo y en América Latina; fue el símbolo de la terminación del llamado socialismo real, de la victoria de Occidente y del capitalismo a nivel global. Fue el año de la Guerra del Golfo Pérsico desatada por la invasión de Irak a Kuwait, cuya respuesta militar inicia el 16 de enero con la participación de 34 países liderados por Estados Unidos. En marzo se disuelve el Pacto de Varsovia, Bosnia Herzegovina se independiza de Yugoslavia, Georgia hace lo propio de la Unión Soviética a la que le siguieron otras repúblicas; fue también el año en que el parlamento surafricano suprime el Apartheid en ese país, es un periodo de efervescencia democrática por la caída reciente de las dictaduras en América Latina.

A nivel económico se abre la perspectiva a los neoliberales de expandir su pensamiento por el mundo mediante la reivindicación del individualismo, la propiedad privada y el mercado. La lógica económica victoriosa en Inglaterra, Estados Unidos y Chile, se extrapola al terreno de la política y del Estado (Múnera, 2003, p. 44, 57). El fantasma del comunismo se considera cuasi extinto con algunas excepciones (Cuba, Irán) y la agenda estadounidense cambia hacia la lucha contra el narcotráfico, antes de virar nuevamente en el 2001 hacia la lucha contra el terrorismo.

3. FACTORES NACIONALES CONDICIONANTES

Los hechos que rodearon el proceso de la constituyente para la promulgación de la nueva constitución, están relacionados con la violencia desatada por los carteles de la droga, los cuales retaron al Estado colombiano e intentaron su desestabilización, como también retaron a las fuerzas políticas más democráticas y progresistas del país que no hacían parte del Estado. Esta violencia se superpuso a la ejercida por los grupos paramilitares contra los partidos de izquierda legal, especialmente el Partido Comunista de Colombia (PCC) y la Unión Patriótica (UP), por sus supuestos nexos con las guerrillas de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP).

En enero de 1991 se entrega el narcotraficante Jorge Luis Ochoa al Estado por medio de una negociación. A finales de enero de ese mismo año es asesinada la periodista Diana Turbay hija del ex presidente liberal Julio César Turbay Ayala, por parte del cartel de Medellín liderado por Pablo Escobar. En febrero se instala la Asamblea Nacional Constituyente con el fin de promulgar la nueva constitución. A mediados de este año se entrega a la justicia Pablo Escobar una vez se conoció la tendencia general de los constituyentes hacia la no extradición por considerarla atentatoria de la soberanía nacional (Alarcón Núñez, 2011, p. 87-97).

Desde varios años atrás, la institucionalidad del país había estado amenazada: en 1985 el grupo guerrillero M-19 se tomó el Palacio de Justicia cuya retoma por parte del ejército dejó cientos de víctimas entre los propios magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Jaime Pardo Leal, candidato a la presidencia por el partido de izquierda Unión Patriótica, es asesinado en 1987 por denunciar las alianzas de la clase política con el narcotráfico y el paramilitarismo. Bernardo Jaramillo Ossa, su sucesor, fue asesinado en marzo de 1990.

El 18 de agosto de 1989, Luis Carlos Galán, el candidato presidencial más oprimido por parte del liberalismo, es asesinado por las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC), el 26 de abril de 1990 es asesinado también por las AUC el candidato a la presidencia Carlos Pizarro Leongómez, líder del anterior Movimiento M-19 recientemente amnistiado cuyo nombre cambio por Alianza Democrática M-19. En un lapso de tres años fueron asesinados cuatro líderes políticos de primera

2 - Programa radial de evaluación de la constitución "A los diez años de la constitución de 1991" transmitido el 20 de julio (día de la independencia) del 2001 en el programa UN Análisis, de la Universidad Nacional de Colombia en el que participaron varios analistas profesores de dicha universidad.

importancia y miles de militantes de la Unión Patriótica (UP).

El hecho puntual que dio origen a la creación de la constituyente para el cambio constitucional, fue el llamado “movimiento por la séptima papeleta” creado por estudiantes de distintas universidades, surgido luego del asesinato del líder liberal Luis Carlos Galán, cuyo fin era generar un nuevo pacto social. La principal motivación de la constituyente fue la preocupación por dar salida al conflicto armado interno y al conflicto creado por el narcoterrorismo del Cartel de Medellín liderado por Pablo Escobar, el movimiento consideraba que la Constitución de 1886 ya era obsoleta para enfrentar el desafío de la paz, aunque ese momento también fue aprovechado para dar un marco normativo a la apertura económica y posteriormente desarrollar políticas de liberalización (Kalmanovitz, 2001, p. 111)³.

¿Por qué se esperaba que la nueva constitución tuviera la capacidad efectiva de abrir las condiciones para superar el estado de violencia y alcanzar la pacificación de la sociedad y cuáles fueron sus verdaderos resultados? Pese a la cantidad de hechos violentos, la capacidad del Estado en Colombia no fue arrasada como en los casos africanos de “estados fallidos”, en cambio, puede figurar como un caso especial de convivencia entre conflicto armado y democracia⁴.

De acuerdo con los hechos que hacen parte de los antecedentes de la Constitución de 1991, el tipo de violencia en Colombia iría más allá de la mera necesidad del imperio de la ley (Barros, 2003; Helmke y Rosenbluth, 2009), pero la superación de la anomia alcanzada por esta sociedad implica el establecimiento de mecanismos básicos que garanticen dicho imperio de la ley. El concepto “The rule of law” en ciencia política se refiere a una concepción instrumental y formal que analiza las características de índole formal que la ley debe tener en un sistema legal para proveer un marco general no arbitrario alrededor del cual los sujetos se pueden formar expectativas y vivir sus vidas bajo cierta *calculabilidad*, es el mecanismo de mediación entre las autoridades del Estado y los actores sociales (Barros, 2003, p. 188).

Aunque en Colombia no haya habido un régimen autocrático o dictatorial, sus resultados en términos de represión o de omisión por parte del Estado son los mismos: desaparición forzada, asesinato selectivo y

genocidio político, además de desplazamiento forzado, uso de la violación como arma de guerra y varios otros tipos de crímenes propios de las guerras fratricidas y de las formas que adopta la destrucción del enemigo para atemorizar a la población civil (uso de minas antipersonales, tanques de gas, entre otras). Es decir, que aún sin la existencia de un régimen formalmente autocrático, en Colombia se han cometido no sólo los mismos tipos de crímenes por acción o por omisión por parte del Estado (Naciones Unidas, 2009; WOLA, 2013), sino que la carencia de fuerza por parte de las instituciones, ha permitido la elevación cuantitativa y la degradación cualitativa del conflicto hasta la comisión de crímenes de *lesa humanidad* y de guerra que no sólo igualan sino que superan los casos de otros países latinoamericanos durante las dictaduras y algunos casos africanos, sin por ello recibir sanciones de la comunidad internacional (Sandoval, 2009: p. 245-247).

Barros señala que incluso bajo la dictadura, la forma de “rule of law” es posible. En el caso colombiano, bajo el régimen democrático, la forma de “rule of law” es débil en alto grado (Centeno, 2002, p. 8) e inexistente en las regiones del país más azotadas por el conflicto. Smulovitz, en cambio, señala que tanto dictaduras como democracias pueden ser regidas por el ‘rule by law’, mientras el ‘rule of law’ existe solamente en los regímenes democráticos (Smulovitz, 2010, p. 730).

La doctrina del “rule of law” se centra en los aspectos formales y procedimentales que debe tener la ley misma cuando ella no es fuente de injusticia y es diseñada para minimizar el daño creado por la propia ley, con el fin de eliminar la arbitrariedad del poder que se produciría si la propia ley crea incertidumbre e imprevisibilidad respecto a cuáles actos son legales en un momento dado o cómo se harían cumplir las leyes (Barros, 2003, p. 189).

Un sistema legal que genere el imperio de la ley, permite a los actores sujetarse a sus términos, desarrollar expectativas y actuar de acuerdo a ellas, respecto de los contenidos sustantivos de las reglas que guían o constriñen dichas acciones (Barros, 2003, p. 189). El “rule of law” nos puede proveer un marco de expectativas que permitan a los agentes cierto grado de seguridad cuando se actúa de forma diversa luego del hecho ilícito o, cuando se está sujeto a normas secretas o imprecisas o cuando se renuncia a las normas conocidas (Barros, 2003, p. 189).

3 - El ejercicio consistió en la inclusión de una séptima papeleta en las elecciones del 20 de marzo de 1990 en la cual se le preguntaba al constituyente primario si estaba de acuerdo con la reforma constitucional mediante la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. Dos millones de votos a favor obligaron al Estado a legalizar esta situación de hecho y a contabilizar los votos.

4 - En Colombia existen elecciones frecuentes, relativamente limpias y libres.

Uno de los factores que elimina la confianza en las instituciones ocurre cuando las reglas dejan de ser eficaces para proveer una guía de acción. Por ejemplo, cuando los jueces aplican la ley de manera inconsistente o cuando las fuerzas de seguridad del Estado (policía, ejército) aplican la ley a ciertos grupos y no a otros. En Colombia, este desarrollo teórico puede aplicarse cuando, por ejemplo, se aplica a guerrillas y no a paramilitares, a guerrillas y a paramilitares y no al ejército, etc. También afecta dicha confianza cuando estas autoridades actúan más allá de los límites del poder legalmente autorizado como en este caso, la creación de autodefensas y redes campesinas por parte de los gobiernos; en estos contextos los agentes no tienen certeza o seguridad respecto de lo que les es demandado por la ley (Barros, 2003, p. 190). De manera que el imperio de la ley no puede abstraerse del conflicto y la violencia desatada por éste.

4. CONSTITUCIÓN Y DEBILIDAD INSTITUCIONAL (CONSTITUCIÓN Y PRÁCTICAS SOCIALES)

Los análisis institucionalistas de las ciencias sociales en América Latina, señalan a menudo la debilidad institucional de estos países, ya fuere heredada de la colonia o asumida como consecuencia de las acciones de las élites políticas (Acemoglu y Robinson, 2001; Gerschenkron, 1968; Levitsky y Murillo, 2007; Centeno, 2002).

Se asume que una democracia estable deberá estar respaldada por instituciones fuertes, las cuales vistas como reglas, limitan o habilitan el comportamiento y deben apoyarse en la obediencia de los agentes con el fin de lograr la previsibilidad necesaria para que una sociedad funcione mediante la confianza y alcance cierta estabilidad y paz, concepción que hace parte de lo que se entiende como imperio de la ley (Levitsky y Murillo, 2007). La debilidad institucional es un fenómeno común en América Latina, se manifiesta de formas y en grados diversos en cada uno de los países (Centeno, 2002, p. 8). Es conocida la divisa de Weber según la cual los actores obedecen la ley en tanto obedecerla les conviene más que desobedecerla (Weber, 1977 p. 5-21, 30). Este planteamiento sirve de inicio para la discusión sobre esa problemática relación entre la ley y las acciones prácticas de los agentes.

La mera existencia de reglas formales no es garantía de su obediencia (Levitsky y Murillo, 2007). En América Latina las reglas formales se cumplen poco o no se cumplen; instituciones y regímenes son inestables comparados con los países industrializados donde las

instituciones son fuertes dado que son estables en el tiempo y tienen la capacidad de hacer cumplir las reglas (Levitsky y Murillo, 2007, p. 173, 174). Las reglas del juego de la vida política en América Latina son informales, tampoco se puede dar por sentado que las reglas escritas se cumplan (Helmke y Levitsky, 2003; Levitsky y Murillo, 2007).

Las teorías institucionalistas suponen que las reglas se cumplen siempre y que son tan estables como para que los agentes generen expectativas compartidas basadas en experiencias pasadas; dan por sentado que las instituciones formales son fuertes (Levitsky y Murillo, 2007, p. 174). En cambio, en América Latina las reglas cambian frecuentemente. Durante el siglo XIX debido a las guerras civiles prolongadas y golpes de Estado, las constituciones fueron dejadas de lado, desechadas o cambiadas (Levitsky y Murillo, 2007, p. 175).

La especificidad en el caso colombiano respecto de los países a los que se refieren los autores, es que pese a que la primera parte sobre la inaplicación de las reglas o su incumplimiento sea cierta y que también se cumpla la frecuencia de cambios constitucionales en el siglo XIX por luchas intestinas, esto no se cumple en el siglo XX. Colombia adoptó la constitución de 1991 luego de sostener por cien años la anterior constitución que data de 1886, pese a haber atravesado distintos estadios de violencia.

Levitsky y Murillo proponen cuatro dimensiones de la fuerza institucional:

1. Estabilidad alta/capacidad de hacer cumplir las reglas alta: instituciones formales fuertes.
2. Estabilidad baja/capacidad de hacer cumplir las reglas alta: instituciones formales inestables (pero que hacen cumplir las reglas).
3. Estabilidad alta/capacidad para hacer cumplir las reglas baja: instituciones formales estables pero con poca capacidad para hacer cumplir las reglas.
4. Estabilidad baja/capacidad para hacer cumplir las reglas baja: instituciones formales débiles.

El caso colombiano se acopla a la tercera dimensión, las reglas escritas existen, pero los actores no son representados por ellas ni tampoco son moldeadas sus expectativas, esto es, la *capacidad performativa* de las reglas es mínima. Los autores no hacen diferenciación entre regla y norma, dos conceptos sociológicamente distintos, dado que asumen que las instituciones son conjuntos de reglas, sin embargo, su análisis es válido para el caso que nos ocupa (Thelen, 1999, p. 377)⁵.

5 - Kathleen Thelen señala que muchos teóricos del *rational choice* siguen a North D.C. según el cual las normas constituyen instituciones informales, es decir, son conjunto de reglas que crean incentivos o constreñimientos al comportamiento.

El nivel de variabilidad de la fortaleza institucional incide sobre el funcionamiento de las instituciones y afecta las expectativas de los actores. Cuando existen instituciones fuertes que son obedecidas, la *calculabilidad* lleva a los agentes a actuar según tales reglas y a esperar que éstas tengan duración en un horizonte de futuro que pueden prever. Los cambios institucionales son previstos y se presentan dentro de procedimientos definidos de forma clara. Si las reglas perduran se desarrollan expectativas estables sobre el comportamiento de los otros, lo cual facilita la vida social cooperativa y la fiabilidad. Ello permite que los agentes se tomen las reglas en serio, por lo que invertirán tiempo y energía en el diseño institucional y una vez ellas estén establecidas, invertirán en alcanzar sus metas a través suyo (Levitsky y Murillo, 2007, p. 180).

La debilidad institucional genera modelos de expectativas y conductas problemáticos, dado que los actores no pueden suponer que los otros obedecerán las reglas o que éstas persistirán (Levitsky y Murillo, 2007, p. 181). Las reglas pueden cambiar en cualquier momento, lo que incrementa la discreción de los agentes; pueden escoger entre obedecer las instituciones o no, lo cual genera aún mayor incertidumbre, bajo grado de confianza y cooperación. Si las instituciones son débiles, los actores no se las toman en serio y los políticos no invertirán en ellas (Levitsky y Murillo, 2007, p. 181).

Bajo esta perspectiva, los políticos crean instituciones para obtener ganancias de corto plazo. La debilidad institucional genera consecuencias de largo plazo y es cada vez más difícil revertir este proceso⁶. Si los agentes no tienen la expectativa de que las instituciones perduren o hagan cumplir las reglas, no invierten en ellas. La debilidad institucional crea problemas graves de coordinación entre los agentes (Levitsky y Murillo, 2007, p. 185).

La incertidumbre frente a las reglas por parte de los agentes y la certeza de que pueden desertar sin sanciones, afecta no sólo la cooperación sino la confianza en la que se basa la vida social en su totalidad, lo que ha hecho poco eficiente el cambio constitucional en Colombia. Estos problemas de coordinación tienen efectos nocivos a nivel político y económico, impidiendo acuerdos de largo alcance.

La debilidad institucional crea incentivos para que los agentes adopten políticas rígidas con el fin de superar problemas de credibilidad producto de fracasos institucio-

nales anteriores. Dichas reglas pueden resultar complicadas de desmontar. Sin embargo, la inestabilidad institucional favorece el cambio, mientras las instituciones estables amparan el *status quo* y anulan aquellos cambios que sean radicales. Este tipo de instituciones son abiertas a cambios rápidos y de largo aliento, pero también los agentes pueden elegir opciones que violen las reglas con más facilidad. Las instituciones estables por su parte permiten un número limitado de alternativas y la selección podría ser errónea en tiempos de crisis (Levitsky y Murillo, 2007, p. 188). La debilidad institucional genera incentivos para que los agentes políticos busquen sus metas mediante canales informales, éstos sirven de guía para comportarse en un contexto de reglas formales que no se cumplen (Levitsky y Murillo, 2007, p. 189).

Esta teoría es útil para interpretar el caso colombiano y entender el significado que tienen las constituciones como instituciones. No obstante, el conflicto armado es un fenómeno que puede ser visto como un evento que va más allá de la simple consecuencia de la desobediencia a las reglas, su eficacia y la capacidad institucional para hacerlas cumplir, pero es un punto de referencia para entender la crisis de convivencia y desconfianza reinante en la sociedad colombiana. Sin embargo, el cumplimiento o no de las reglas o su nivel de eficacia depende de fenómenos sociológicos y antropológicos como la cultura y la historia política, campo que trasciende el puramente normativo.

5. CONSTITUCIÓN VERSUS VIOLENCIA

La capacidad performativa de la Constitución del 91 para superar el estado de violencia y alcanzar la pacificación de la sociedad puede ser vista en perspectiva luego de veintiseis años de haber sido promulgada, de la misma manera que los obstáculos que lo impidieron.

La respuesta a la pregunta acerca de por qué la constitución no logró la pacificación del país, trasciende el análisis de coyuntura. La dimensión universalista de la constitución que tiene que ver con su capacidad de asumir los conflictos y la controversia en forma democrática es un aspecto de la cuestión. Por otro lado, la dimensión histórica permite ver el *aftermath* o *consecuencia* y el *legado* de los conflictos previos a su degradación (Collier y Collier, 1991). Coyunturalmente, el año de 1991 favorecía una propuesta de negociación con los distintos grupos que retaron al Estado. La posibilidad de un proceso de paz en el caso colombiano era lo que hacía viable el cambio constitucional como acuerdo político. Sin embargo, ello no fue así.

6 - Se enmarcaría en lo que los científicos políticos llaman *path dependence* (Mahoney 2000).

Durante el periodo del presidente César Gaviria (1990-1994) se diseñó una política de seguridad en el marco del proceso de redacción de la nueva Constitución, que facultó a las instituciones civiles dentro del gobierno para el manejo del orden público, pero persistió la violencia de la subversión armada y la delincuencia común organizada del narcotráfico, lo que llevó a respuestas de fuerza (Leal, 2002, P. 74-94). Simultáneamente se elevan a rango constitucional los derechos humanos afines al moderno constitucionalismo democrático y se consagran mecanismos que permiten la suspensión de buena parte de esas garantías mediante la constitucionalización del estado de sitio (Uprimny, 1991, p. 150).

El año 1991 pasó como uno de los más violentos y cruentos contra las Fuerzas Armadas. La Coordinadora Guerrillera compuesta por las FARC y el ELN, contraatacó en todo el territorio nacional lo cual contribuyó para calificar a las guerrillas como terroristas. Mientras el gobierno parecía estar ganando la batalla contra el narcotráfico, las FARC arrojaron su ofensiva después de la promulgación de la nueva Constitución. Esta situación fue la puerta de entrada al tratamiento normativo indiscriminado a guerrillas y narcotráfico. El narcotráfico y las guerrillas fueron tratados de la misma manera en la Ley de *convención interior* sustitutiva del antiguo estado de sitio. Así se militarizó la política y se criminalizó la guerra (Leal, 2002, p. 74-94).

Con el fin de la guerra fría, la ideología comunista dejó de ser el enemigo internacional; lo sería para los noventa el narcotráfico y una década después el terrorismo. En 1994, de forma inesperada, las Fuerzas Armadas solicitan al presidente Gaviria la aprobación del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 sobre el respeto al Derecho Internacional Humanitario (DIH), al tiempo que el gobierno desaprueba la ley sobre desaparición forzada como delito (Leal, 2002, p. 100).

La Constitución de 1991 rompió el bipartidismo, reconoció derechos y contrarrestó las tesis de la subversión, beneficiando los razonamientos de las Fuerzas Militares en el sentido según el cual los argumentos políticos desaparecían y por tanto, la contención de la guerrilla debería hacerse por otros medios. El discurso del gobierno empieza a calificar a las guerrillas como delincuencia común (Sandoval, 2007, p. 137 y 138).

Durante el gobierno del presidente Ernesto Samper (1994-1998), Fernando Botero Zea, ministro de Defensa, crea las Cooperativas de Seguridad Rural, Convivir, base de la expansión del paramilitarismo en todo el país⁷; creció el presupuesto para la defensa, se promulgaron decretos para la creación de las llamadas zonas especiales de orden público y se permitió la participación de las Fuerzas Armadas en el proyecto que eliminaría la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares, cuya función era parar los excesos militares en el manejo del orden público (Leal, 2002, p. 116; Dube y Naidu, 2015).

Hubo nuevos embates tanto de guerrillas como de paramilitares; éstos últimos empezaron a reclamar estatus político. Samper apuntala la militarización de la lucha contra el narcotráfico y la indiferenciación entre el combate antisubversivo y la lucha contra los cárteles de la droga.

La estrategia de la lucha en contra del narcotráfico fracasó, la violencia se diversificó y la economía entró en crisis. La inadecuada organización interna del ejército, sujeta a los vaivenes de la confrontación diaria, ha sido, desde el punto de vista de Leal Buitrago, una de las principales razones por las cuales ese estamento ha recurrido cada vez más a la ilegalidad (Leal, 2002, p. 128).

En 1995 se aprobó el Convenio para prevenir y castigar actos de terrorismo y extorsión conexa, suscrito en el marco de la OEA en 1971. Al tiempo, se aprobó que en el Código Penal se eximiera a los militares de los delitos de desaparición forzada (Leal, 2002, p. 133). Guerrillas y paramilitares recurrieron a la violación de los DDHH y del Derecho Internacional Humanitario. La militarización de la política y la politización de la guerra es una tesis sostenida por varios analistas (Nieto y Robledo, 2002; Pizarro Leongómez, 2004). La conceptualización según la cual el conflicto colombiano se basa en una guerra contra la sociedad civil, al estilo de las nuevas guerras (Kaldor, 2001) hace parte de los análisis de nuevo cuño (Pécaut, 2006, p. 517; Lair, 2000).

Durante el gobierno de Andrés Pastrana (1998-2002) los paramilitares continuaron buscando reconocimiento político. Las acciones brutales de paramilitares y guerrillas inclinaron la balanza de la opinión pública hacia una negociación. La coyuntura era favorable a los planes de paz del nuevo gobierno. Mientras Pastrana no contó con

7 - Las Convivir nacieron con el Decreto 356 de 1994. La primera asociación se creó el 27 de abril de ese año en Antioquia, al final de año existían 414 Convivir en el país, con 3531 integrantes. Los grupos de autodefensa nacieron con la Ley 48 de 1968 durante el gobierno de Guillermo León Valencia. Surgieron debates alrededor de esa medida por parte de quienes buscaban preservar y resguardar los preceptos de la Constitución de 1991.

la anuencia de las Fuerzas Militares ni con la sociedad civil para despejar la zona de distensión para las conversaciones de paz, las FARC buscaron acercarse a las comunidades para ganar la legitimidad perdida⁸. Sin embargo, las FARC y el ELN llevaron a cabo diversos atentados y tomas, los más brutales fueron protagonizados por el ELN en Machuca (1998)⁹ y por las FARC en Mitú (1998).

Paramilitares y guerrillas cometieron atrocidades. El rechazo de la presidencia de sancionar los delitos de genocidio, desaparición forzada, desplazamiento forzado y tortura con el argumento de que limitaba las funciones de la Fuerza Pública, generó diversas críticas de los defensores de los DDHH. El apoyo militar de Estados Unidos tuvo mayor peso durante 1999 y el año 2000 a través del Plan Colombia (Leal, 2002, p. 172, 173 y 178); éste dio vía libre a que los más de dos mil asesores militares norteamericanos presentes en el país, constituyeran un mando paralelo y que incluso la labor de inteligencia haya sido controlada por tales asesores (Molano, 2000, p. 112).

El gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2006, 2006-2010) implantó la política denominada *Estado Comunitario*: un tipo de modelo político corporativo a nivel de seguridad, que buscaba identificar los intereses de la sociedad civil con los del Estado. La privatización de la violencia al recurrir a la creación de soldados campesinos y redes de informantes para el mantenimiento del orden aunque se haya impuesto como legítima, termina reproduciendo procesos de socialización violenta. La agudización de los problemas del orden público, la búsqueda de alternativas que pusieran término al conflicto armado y las frustradas expectativas frente a la política de paz del gobierno, fueron algunos factores que llevaron a Uribe Vélez al poder (El Tiempo, 9/2/2003)¹⁰. Dado el aplastante apoyo popular a su elección, la reforma constitucional pasó a ser uno de los componentes centrales de su política denominada de

*seguridad democrática*¹¹ con el fin de reprimir los grupos guerrilleros tildados de terroristas, lo cual estaba en sintonía con la política antiterrorista de los Estados Unidos luego de los atentados del 9/11.

Un proyecto fallido de Estatuto Antiterrorista tuvo opositores que señalaron que su aplicación tendría consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las libertades públicas y violaría los tratados y acuerdos internacionales firmados por el país (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ONGs internacionales de derechos humanos, representantes de la Unión Europea, organismos nacionales que promueven los derechos humanos). Se argumentó que podrían presentarse excesos por parte de las autoridades que pondrían en peligro la seguridad e integridad de los ciudadanos. Libertades y derechos fueron limitados, la política de *seguridad democrática* terminó por propiciar el asesinato de líderes sindicalistas, líderes indígenas, miembros de comunidades afrodescendientes, periodistas y trabajadores por los derechos humanos¹².

6. CONSTITUCIÓN Y DEMOCRACIA

El derecho tiene efectos sobre la vida y los agentes sociales; cuenta con una fuerza que puede ser violenta y no sólo persuasiva, que puede ejercerse para crear nuevas prácticas sociales o fortalecer prácticas pasadas, por ello es eficaz, pero esa eficacia depende de otros factores. El derecho no es la razón exclusiva de las prácticas sociales. La práctica social formada por la cultura y la historia nacional, implica la interpretación y reinterpretación de la regla y la regla es lo que la práctica hace de ella. El reconocimiento que se hace universalmente, según el cual la norma asegura beneficios a quienes se supeditan a ella, tiene excepciones.

El concepto de la racionalidad del miedo, se basa en la premisa según la cual cuando los ciudadanos o grupos están siendo amenazados, toman medidas para defen-

8 - A través de la Ley 418 de 1997 de orden público, se decretó el despeje de un área de 42.000 kilómetros cuadrados por 90 días. Las recomendaciones de las Fuerzas Armadas de acordar por escrito el término del despeje, no aceptar la desmilitarización de los cascos urbanos, no despejar San Vicente del Caguán y conservar las autoridades civiles tampoco fueron tenidas en cuenta por el gobierno (Leal, 2002, p. 151)

9 - Véase Sentencia No 23825 República de Colombia, Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

10 - Donde se informa sobre los hechos ocurridos durante los últimos seis meses anteriores, todos ellos atribuidos a las FARC.

11 - Política según la cual era necesario subsanar los vacíos de seguridad y legalidad en todo el país, usando todos los medios, tanto del Estado como a la propia sociedad. La responsabilidad de la protección y la seguridad no es sólo de la Fuerza Pública sino en la administración de justicia, fiscales y ciudadanía en general.

12 - Véase: Boletín informativo "Derechos Humanos, 2004", Programa Presidencial de los Derechos Humanos y DIH, República de Colombia, Dirección de Derechos Humanos y DIH, Ministerio de Relaciones Exteriores, mayo 2004. También Gustavo Gallón Giraldo. "Derechos Humanos y Lucha Antiterrorista en Colombia". Revista Número No 39, diciembre 2003 – febrero de 2004, (separata IV) y los informes anuales de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, OACNUDH, de 2004 hasta el presente.

derse ellos mismos incluso marginándose del propio régimen (Weingast, 2002, p. 680). Este modelo de *rational choice* (Weingast, 2002) sugiere para la consolidación democrática que las constituciones que limitan el poder, tienden a sobrevivir por más tiempo. Las constituciones que son ampliamente aceptadas e imponen limitaciones sustantivas y procedimentales, limitan los poderes de los gobiernos y bajan los riesgos para la realización de elecciones competitivas con lo cual tienden a favorecer la sobrevivencia de la democracia (Weingast, 2002, p. 681). La consolidación democrática requiere que la democracia sea autoreforzada en el sentido de que todos los actores tengan incentivos para adherirse a las reglas (Weingast, 2002, p. 679)¹³.

El principio de que es más fácil conformarse que oponerse a la ley, no sólo no se cumple en Colombia sino que su lógica es inaplicable en ciertos lugares de la geografía nacional donde el conflicto armado o la corrupción son más intensos.

Si los agentes sociales sólo obedecen a la *regla* cuando el interés en obedecerla está por encima del interés en desobedecerla, entonces la regla no es *eficaz per se*; debe estar acompañada de mecanismos modeladores de prácticas ya fueren coercitivos o socializadores. Pero para hacer a las reglas eficaces, el mecanismo socializador es insuficiente, las situaciones imprevistas de violencia provocan permanente indeterminación e incertidumbre propias de situaciones peligrosas como en los conflictos armados; en ese contexto las reglas y las normas son menos observadas o no lo son en absoluto o se hace lo contrario, porque su observación podría incluso atentar contra la integridad física misma de los agentes. La ley producida en estos contextos es producto de las relaciones de fuerza. No obstante, la Constitución de 1991 favoreció para que agentes distintos a los detentadores del poder político defendieran los derechos y garantías del Estado de derecho.

La democracia y el Estado de derecho se convierten en una práctica política preferible a otras como el autoritarismo y su restricción de las libertades, aunque algunas otras veces la restricción de las libertades es vista también como una manera de obtener democracia en estas circunstancias. La Constitución de 1991 es un referente, la defensa de sus principios representa la ortodoxia o el *status quo* para los que buscan reformar sus garantías, en cambio, los defensores de la excepcionalidad (estados de excepción) representan la tradición autoritaria y la ortodoxia para quienes defienden sus principios.

13 - Es necesario tener en cuenta que en la ciencia política no se hace la diferenciación que sí existe en sociología entre *regla* y *norma*, por tanto, se asume que cuando éstos hablan de reglas está subsumida la noción de norma en ella.

En Colombia por un lado, las acciones terroristas de los paramilitares estuvieron vinculadas al narcotráfico y a los monopolizadores de la tierra, por otro, la alianza entre guerrilla y narcotráfico generó la eliminación de la conexidad del delito político y la represión del Estado terminó aumentando la criminalidad. La amalgama entre delito común, delito político y terrorismo, inclinó la balanza hacia un sistema con rasgos marcadamente autoritarios más que democráticos (Salamanca, 1991). La *capacidad performativa* de la constitución fue contrarrestada por el *path dependence* (Mahoney, 2000) de la violencia.

CONCLUSIONES

Entre las funciones principales de las constituciones de Thornhill, una de las más importantes en el caso de la Constitución colombiana de 1991 queda fuera: la función de inclusión. El carácter pluriétnico y multicultural de la carta, significó el reconocimiento de derechos a las minorías indígenas y afrocolombianas. Pero esta inclusión formal no representó la legitimidad misma; fue creadora de orden social, pero no representó el orden propiamente; reconoció derechos pero no contó con fuerza suficiente para hacerlos respetar en una realidad signada por el conflicto armado. Los actores armados utilizaron el conflicto para deshacer por medio de la violencia los derechos consignados en la constitución; violencia usada también por los agentes en el poder del Estado ya no para someter los poderes ejecutivo y legislativo a la norma, sino para rehacer y reformar la propia constitución según sus intereses.

Las conclusiones teóricas se desprenden de la controversia entre las apreciaciones respecto del concepto de "rule of law". Por un lado, la inaplicabilidad en Colombia de los principios del "rule of law" está directamente relacionada con la existencia de un conflicto armado. Pero por otro, esa inaplicabilidad tendría otra razón y a este respecto son interesantes las hipótesis de Holmes en *Lineages of the Rule of Law* (2003) quien trata de establecer por qué los actores políticos se resisten o, por el contrario, abrazan los principios del "rule of law". Holmes con mayor realismo que Murillo y Levitsky (2007) y siguiendo la teoría weberiana, sostiene que son los cálculos estratégicos de los actores políticos más poderosos y sus razones auto interesadas las que tienen que ver con una u otra decisión.

Frente a la pregunta de por qué los gobiernos teniendo todos los medios de represión en sus manos, pueden llevar a cabo un comportamiento predecible, el autor

plantea que los gobiernos tienden a comportarse como si estuvieran sujetos a la ley y no sólo la usan de forma impredecible para disciplinar a sus poblaciones y evitar rebeliones, sino para alcanzar sus propias metas (Holmes, 2003, p. 19). El autor supone que el gobernante político es internamente coherente, capaz de actuar mediante cálculos racionales y en control de todos los medios de represión, se somete a los constreñimientos de la ley cuando percibe los beneficios de hacerlo.

El “rule of law” puede surgir o no, puede ser fortalecido o debilitado, extendido o contraído, de acuerdo con las metas y prioridades de los gobernantes políticos y los parámetros de sus cálculos. Existe un auto reforzamiento entre el sistema constitucional y los gobernantes políticos, en la medida en que éste otorga poderes a los segundos, los que tienen el incentivo para mantener el *status quo*. Siguiendo a Maquiavelo, Holmes afirma que los gobernantes usan métodos inconstitucionales cuando anticipan que el retorno de hacer su comportamiento predecible es menor que el retorno de hacerlo impredecible. Las élites represivas y codiciosas son poco proclives al “rule of law” si sospechan que ello los podría sacar del poder. Los matones y los saqueadores no podrían florecer si las reglas del juego fueran cristalinas, ni serán reforzadas esas reglas si se espera que la dominación sea alcanzable de mejor forma, bajo un estado de naturaleza (Holmes, 2003, p. 20 y 21). Es una posible hipótesis a ser demostrada para el caso del conflicto armado interno en Colombia.

La *capacidad performativa* de la constitución fue sumamente débil frente a la capacidad de retroalimentación (*path dependence*) de la violencia, la recurrencia de un patrón particular que fue generado en el pasado y que tiende a reproducirse hacia el futuro. Según Pierson y Skocpol existen fuertes bases teóricas para establecer que los procesos que se retroalimentan, tienden a ser prevalentes en la vida política (Pearson y Skocpol, 2002, p. 13) esta afirmación no sólo se refiere al conflicto armado hoy en proceso de negociación, sino a la violencia en general que continúa en todas las regiones del país.

Las constituciones pueden estar diseñadas para protegerse a sí mismas, pero no siempre son efectivas a ese respecto. La Constitución de 1991 en Colombia ha sufrido diversas reformas y duros embates por parte de los actores políticos en el poder que han encontrado en ella obstáculos a sus intereses, sin embargo, constituyó una base institucional para ayudar a construir autoconsciencia de los derechos en ciertos grupos de la sociedad (Weingast, 2002, p. 685).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Alarcón Núñez, Oscar. (2011). La cara oculta de la constitución del 91. Temas de hoy, Colombia: Editorial Planeta.
- II. Barros, Robert. (2003). Dictatorship and the Rule of Law: Rules and Military Power in Pinochet's Chile?. En Przeworski, Adam., y Maravall, José María. (Eds.), Democracy and the Rule of Law, pp. 188-219. New York, USA: Cambridge University Press.
- III. Centeno, Pablo. (2002). Blood and Depth. War and the Nation-State in Latin America. USA: The Pennsylvania State University.
- IV. Collier, Ruth Berins., y Collier, David. (1991). Shapping the Political Arena. Critical Junctures, the Labor Movement and Regime Dynamics in Latin America. USA: Princenton University Press.
- V. Daron, Acemoglu., Johnson, Simon., y Robinson, James A. (2001). The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation. American Economic Review, (Volume 91), pp. 1369-1401.
- VI. Dube, Oeindrila., y Suresh, Naidu. (2015). Bases, Bullets, and Ballots: The Effect o US Military Aid on Political Conflict in Colombia. The Journal of Politics, (Chicago: Chicago Journals, Southern Political Science Association) pp 249-267
- VII. Gerschenkron, Alexander. (1968). Continuity in History and Other Essays. USA: Harvard University Press.
- VIII. Habermas, Jürgen. (1986). La lógica de las ciencias sociales. Madrid: Tecnos.
- IX. Helmke, Gretchen., y Rosenbluth, Frances. (2009). Regimes and the Rule of Law; Judicial Independence in Comparative Perspective. The Annual Review of Political Science, (Volume 12), pp. 345-366.
- X. Helmke, Gretchen., y Levitsky, Steven. (2003). “Informal Institutions and Comparative Politics: A Research Agenda”. Working Paper No 307. USA: The Helen Kellogg Institute for International Studies.
- XI. Holmes, Stephen (2003). Lineages of the Rule of Law. En Przeworski y Maravall José María (Eds.), Democracy and the Rule of Law, pp. 19-61. New York, USA: Cambridge University Press.
- XII. Kaldor, Mary. (2001). Las nuevas guerras, violencia organizada en la era global. Barcelona: Tusquets Editores.

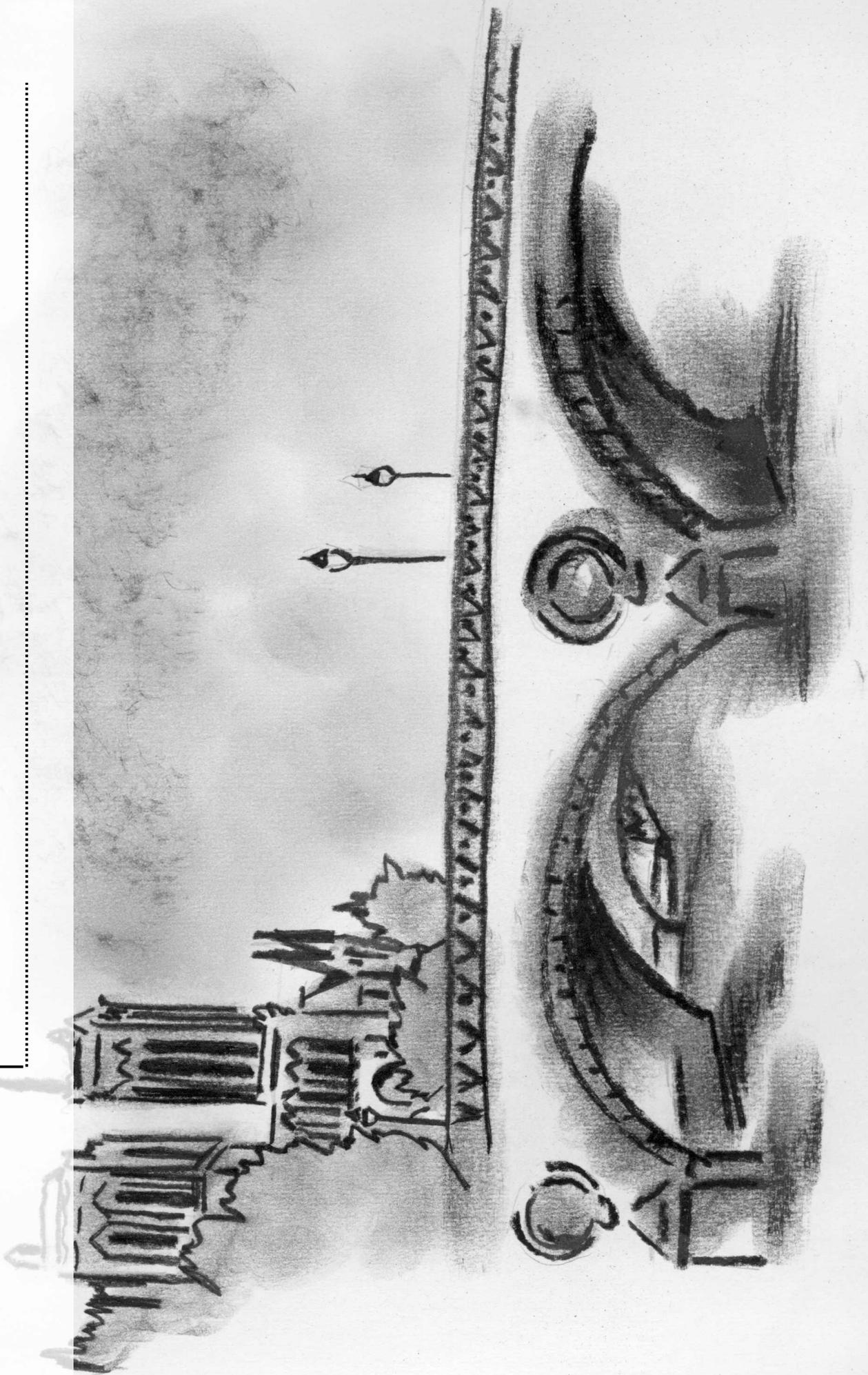
- XIII. Kalmanovitz, Salomón. (2001). Constitución y modelo económico En: 1991-2001 Diez años de la constitución colombiana. Seminario de evaluación. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Rectoría General, Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales; ILSA, apoyo de Diakonía, Suecia y Embajada de Suiza en Bogotá.
- XIV. Leal, Buitrago, Francisco. (2002). La seguridad a la deriva. Del Frente Nacional a la postguerra fría. Bogotá, Colombia: Alfaomega, FLACSO, CESO, Universidad de Los Andes.
- XV. Lair, Erik. (2000). Colombia: una guerra contra los civiles. *Revista Colombia Internacional* (No 49-50), pp. 135-147.
- XVI. Levitsky, Steven y Murillo, Victoria. (2007). Teorías sobre instituciones débiles: lecciones del caso argentino. En: Emiliozzi, Sergio., Pecheny, Mario y Unzué, Martín (Comp.), *La dinámica de la democracia: representación, instituciones y ciudadanía en Argentina*. pp. 173-199. Buenos Aires: Prometeo Libros, PP. 173-199
- XVII. Levitsky, Steven y Murillo, Victoria. (2012). *Building Institutions on Weak Foundations: Lessons from Latin America*. Paper presented at the Conference "Guillermo O'Donnell and the Study of Democracy". Buenos Aires, March 26-27, 2012. Recuperado de <http://kellogg.nd.edu/odonnell/papers/LevitskyMurillo.pdf>
- XVIII. Mahoney, James. (2000). Path Dependence in Historical Sociology. *Theory and Society*, (Volume 29, No 4), pp. 507-548.
- XIX. Molano, Alfredo. (2000). La paz en su laberinto. En: Ahumada, Consuelo et. al. *¿Qué está pasando en Colombia?, anatomía de un país en crisis*. Bogotá: Áncora Editores.
- XX. Múnera, Leopoldo. (2003). Estado, política y democracia en el neoliberalismo. En: Restrepo, Darío I. (Ed.). *La falacia neoliberal. Crítica y alternativas*. Colombia: Universidad Nacional de Colombia, Vicerrectoría Académica, sede Bogotá.
- XXI. Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2009). Madrid Malo Mario y Céspedes Silgado Juan Carlos (Comp). *Recomendaciones de Órganos Internacionales de Derechos Humanos al Estado Colombiano 2000-2008*. Bogotá: OACNUDH.
- XXII. Negretto, Gabriel L. (2013). *Making Constitutions. Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*. Division of Political Studies. Centro de Investigación y Docencia Económicas. New York, USA: Cambridge, University Press.
- XXIII. Nieto, Jaime Rafaél., y Robledo, Luis Javier (2002). *Guerra y Paz en Colombia 1998-2001*. Colombia: Universidad Autónoma Latinoamericana.
- XXIV. Pécaut, Daniel. (2006). *Crónica de cuatro décadas de política colombiana*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.
- XXV. Pearson, Paul., Skocpol, Theda. (2002). *Historical Institutionalism in Contemporary Political Science*. En: Katznelson, Ira., y Milner, Helen V. (Eds.), *Political Science: The State of the Discipline*. New York: Columbia University, W.W. Norton and Company, American Political Science Association.
- XXVI. Pizarro Leongómez, Eduardo. (2004). *Colombia una democracia asediada. Balance y Perspectivas del Conflicto Armado*. Bogotá: Grupo Editorial Norma
- XXVII. Sandoval Robayo, Mary Luz. (2007). *Diacrítica del terror. Terrorismo y antiterrorismo a la luz del pensamiento de Pierre Bourdieu*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.
- XXVIII. Sandoval Robayo, Mary Luz. (2009). Memoria y olvido en el contexto de degradación del conflicto colombiano, variaciones teórico-normativas. *Revista Virajes*, (Año No 11, 11), pp. 75-124.
- XXIX. Salamanca Correa, Adolfo. (1991). *La legislación penal antiterrorista en Colombia*. En: Valencia Restrepo, Darío. et al. (Ed.). *Derecho penal, terrorismo y legislación*. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales.
- XXX. Smulovitz, Catalina. (2010). *Law and Courts on Development and Democratization*. En: Cane, Peter., y Kritzer Herbert, (Ed.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*. Oxford: Oxford University Press.
- XXXI. Thelen, Katheen. (1999). *Historical Institutionalism in Comparative Politics*. *Annu Rev. Political Science*. (Volume 2), pp. 369-404.
- XXXII. Thornhill, Chris. (2011). *A sociology of Constitutions. Constitutions and State Legitimacy in Historical - Sociological Perspective*. New York: Cambridge University Press.
- XXXIII. Uprimny, Rodrigo. (1991). *Criminología crítica, derechos humanos y reforma penal en*

- Colombia. En: Valencia Restrepo, Darío et., al. (Ed.). Derecho penal, terrorismo y legislación. Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- XXXIV. Weber, Max. (1977). Economía y sociedad, esbozo de sociología comprensiva. En: Medina Echavarría, José (Trad.), Tomo 1, pp. 5-21. México: Fondo de Cultura Económica.
- XXXV. Weingast, Barry R. (2002). Rational-Choice Institutionalism. En: Katznelson, Ira., y Milner, Helen V. (Eds), Political Science: The State of the Discipline. New York: Columbia University, W.W. Norton and Company, American Political Science Association.
- XLIII. Humanos y Lucha Antiterrorista en Colombia. Revista Número, (No 39), separata IV. Informes anuales de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, OACNUDH, de 2004, 2005, 2006 (hasta el presente). WOLA. (2013). Recuperado de: <http://www.wola.org/es/node/4137>

REFERENCIAS COMPLEMENTARIAS

- XXXVI. Programa radial de evaluación de la constitución “A los diez años de la constitución de 1991” transmitido desde el 20 de julio (día de la independencia) hasta el 25 de julio del 2001 en el programa UN Análisis, de la Universidad Nacional de Colombia en el que participaron varios analistas profesores de dicha universidad (Marco Romero, Ligia Galvis, entre varios otros).
- XXXVII. Informe del Comité Internacional de la Cruz Roja 2013 “Colombia situación humanitaria. Comité Internacional de la Cruz Roja Acción 2013 y Perspectivas 2014”. Recuperado de <http://www.icrc.org/spa/assets/files/2014/04-09-colombia-annual-report-2013-full-version.pdf>
- XXXVIII. Peace Brigades para Colombia, informes sobre violación de derechos humanos. Recuperado de <http://www.pbi-colombia.org/los-proyectos/pbi-colombia/publicaciones/?L=1%3FL%3D0>
- XXXIX. Peace Brigades para Colombia, Informes. Recuperado de http://www.pbi-colombia.org/fileadmin/user_files/projects/colombia/files/colomPBla/boletin15_espanol.pdf
- XL. El Tiempo (9 de febrero de 2003), p. 1-6 “Cadena de atentados”. Recuperado de <http://www.eltiempo.com>
- XLI. Boletín informativo “Derechos Humanos, (2004). Programa Presidencial de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, República de Colombia, Dirección de Derechos Humanos y DIH, Ministerio de Relaciones Exteriores.
- XLII. Gallón Giraldo, Gustavo. (2004). Derechos

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN



Activismo constitucional en América Latina: la jurisdicción normativa*

Constitutional activism in Latin America: normative jurisdiction

Orlando Pardo Martínez
Universidad Industrial de Santander, Colombia
opardo@uis.edu.co

Recibido: 16/12/16 Aprobado: 23/02/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1453>

RESUMEN

A finales del siglo XIX se inició un proceso de cambio en el criterio de entender el sistema jurídico como un complejo normativo jerarquizado, en el cual todos los dispensadores jurídicos (empezando por el legislativo) se subordinarían a la Constitución y comenzó el tránsito del *Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derecho*. Empero, debido a la inactividad total o parcial (omisión normativa) de los dispensadores jurídicos, el desarrollo de las Cartas Políticas no ha sido armónico, lo cual se ha consolidado como una práctica recurrente que ha llevado a que los Tribunales Constitucionales deban asumir tal situación por medio del control constitucional, siendo precisamente esta situación de control por omisión normativa el objeto del presente escrito.

PALABRAS CLAVE

Activismo Judicial; Control de Constitucionalidad; Control de Convencionalidad; Omisión Normativa y/o Legislativa.

ABSTRACT

At the end of the 19th century a process of change in the understanding of the legal system as a complex hierarchical normative began, in which all law-producing entities (beginning with the legislative branch) were subordinated to the Constitution. The transition from the *Rule of Law to the Constitutional Rule of Law* started. However, due to the total or partial inactivity (normative omission) of these entities, the development of Political Charters has not been harmonious. This, in turn, has led the Constitutional Courts to attempt to resolve this situation through constitutional control. This situation of control by normative omission is precisely the investigation of the present paper.

KEYWORDS

Constitutional Control; Conventional Control; Judicial Activism; Normative and/or Legislative Omission.

* El presente trabajo constituye un producto derivado de la investigación titulada “el control constitucional en Colombia 1810-1910: la agenda del poder judicial en Colombia”, financiado por la Vicerrectoría de Investigación y Extensión de la Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

INTRODUCCIÓN

La aparición de los Estados de Derecho en América Latina desde el siglo XIX tanto en su desarrollo socio-político como *Estado-nación* y en su estructuración o formulación jurídico-política como *Estado de derecho*, trajo consigo inicialmente la consolidación del modelo de Estado legiscéntrico, en el cual el legislador se abrogó la potestad de expedir normas como intérprete único de la Carta Política legitimado en la soberanía nacional. Ahora bien, dicho modelo a finales del siglo XIX inició un proceso de cambio en el criterio de entender el sistema jurídico como un complejo normativo jerarquizado en el cual todos los dispensadores jurídicos –empezando por el legislativo- se subordinarían a la Constitución, empezando así el tránsito hacia el *Estado Constitucional de derecho*.

Pero en general, no se ha podido llevar a cabalidad un proceso armónico en el desarrollo de las Cartas Políticas, debido a la inactividad total o parcial –omisión normativa- de los dispensadores jurídicos, situación que se ha consolidado como una práctica recurrente, que ha llevado a que los Tribunales Constitucionales deban asumir tal situación por medio del control constitucional y convencional, siendo precisamente esta situación de control por omisión normativa el objeto de análisis del presente escrito.

Por tanto se pretende examinar la incidencia de dicho instituto en el panorama latinoamericano como un factor que preserva, dinamiza y soporta el modelo de Estado Constitucional de Derecho hoy entendido mejor como un Estado Constitucional y Convencional de Derecho, en el que las jurisdicciones constitucionales y supranacionales resolverían la misma y eventual inacción de los creadores de normas, particularmente frente a las omisiones legislativas, con lo cual entraría el constitucionalismo en una nueva fase de control efectivo e integral de las Cartas Políticas, como control de constitucionalidad en bloque de convencionalidad.

1. EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE DERECHO Y DERECHOS

El constitucionalismo moderno como modelo de dominación legal y legítima –fundamento político-jurídico moderno- de la cultura occidental, no ha cesado de fortalecerse y de ser evolucionario y, por tanto, pro-activo

frente a las nuevas realidades, pues gracias a su propia fórmula de constituirse en un modelo auto-fundante¹ esto es que cabalga sobre sí mismo, dando respuesta a las nuevas problemáticas así como a las nuevas o remozadas tendencias ideológicas; así pues, su génesis y desarrollo determinó la moderna configuración jurídica del orden político que hoy seguimos, bajo la institucionalización inicial de esa nueva forma de dominación histórica, esto es, del Estado de Derecho al modelo actual como Estado Constitucional y Convencional de Derecho y Derechos.

La pretensión del actual modelo estatal es hacer del derecho una práctica real, garantizada no solo desde la Carta Política sino, también, garantizada mediante su efectividad en sedes jurisdiccionales supranacionales, con una nueva manera de materializarlos a partir de los operadores judiciales con “jurisdicción normativa” y no como en el caso del Estado liberal clásico a voluntad del legislador, transitando así del *Estado de derecho al Estado constitucional y convencional de derecho y derechos*. Entonces, la Constitución ahora es concebida no como norma programática, sino como norma vinculante, y su garante y medio de concreción serían los aparatos de justicia internos y externos. Se observa, entonces, que no surge un nuevo modelo de constitucionalismo sino una etapa más, resultado del mismo proceso de evolución, buscando la materialización efectiva de su esencia ideológica y constitucional moderna, que lejos de reducir el rol de los poderes públicos lo que hace es buscar que estos de manera eficiente y real salvaguarden los derechos y deberes consagrados jurídicamente.

El constitucionalismo actual, en consecuencia, reivindica el acceso directo a los mandatos normo-constitucionales por parte de cualquier sujeto, gracias a los eficaces mecanismos jurídicos de protección de derechos fundamentales y, por otro lado, como dijimos, su fuerza imperativa radica, tanto en la aplicación de justicia como en la producción normativa por parte de las diversas instancias estatales.

De tal forma, los asuntos por resolver desde la concepción no del clásico Estado de derecho, sino desde el modelo actual en su desarrollo como de *Estado constitucional y convencional de derecho y derechos*, serían, entre otros: la acción o inacción de los dispensadores jurídicos; el desarrollo de la democracia participativa; la efectividad de los postulados y fines constitucionales; la concepción de

1 - Una denominación apropiada al modelo es la dada por José Asensi como “La época constitucional”, en la que presenta el desarrollo del constitucionalismo como un proceso continuo de avances y rupturas sin solución de continuidad, mediante el cual la humanidad, particularmente en occidente, ha fincado un modelo que ha dado respuestas a las diferentes problemáticas sociales y, a su vez, ha modelado su ser cultural, Ver en: Asensi, J. (1998). *La época Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch. P. 399

constitución y su interpretación; el rol de los jueces; el lugar de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico; la proyección de los derechos y alcances entre particulares y los derechos sociales; el cumplimiento de los pactos y convenciones, además de afrontar el impacto de la globalización o mundialización sobre el constitucionalismo, tópicos asumidos en sede judicial vía control de constitucionalidad o de convencionalidad.

En tal orden, la hermenéutica jurídica en el nuevo desarrollo del constitucionalismo implica cambios en:

a. Los medios de defensa de las Cartas Políticas, ahora como control de constitucionalidad y de convencionalidad realizado por los diferentes niveles de órganos jurisdiccionales. En ese sentido, cada sistema constitucional en relación con la interpretación constitucional determina al sujeto competente para la interpretación, control y aplicación de los diferentes corpus normativos.

b. La administración de justicia y los efectos peculiares de las sentencias –nacionales y supranacionales–, lo cual tiene relación con los corolarios derivados de la aplicación del texto constitucional o convencional en las sentencia. Ello marcará su relevancia y trascendencia socio-política, sobre todo en las decisiones de los Tribunales constitucionales y de la Justicia supranacional.

c. La hermenéutica jurídica: al analizarse la especificidad de la interpretación del sistema constitucional en bloque de convencionalidad, mediante diversos métodos y técnicas interpretativas y argumentativas, acordes con el actual modelo estatal. Por ello su interpretación no puede prescindir de juicios morales y políticos por parte del intérprete, ya que este modelo supera el modelo clásico ius-positivista de tratar de subsumir el caso a la norma o la norma al caso, pues se requiere una valoración y una articulación argumentativa para resolverlo –ponderación–. De tal forma, este paradigma interpretativo supera el concepto de Constitución como mero instrumento limitador u organizador del poder político para establecerlo, también, como un instrumento modelador de relaciones sociopolíticas, socioculturales etc., como hemos indicado, de un *Estado de derecho* a un *Estado constitucional y convencional de derecho* que busca ser social y democrático de derecho y derechos.

En dicho entorno estatal, la Carta resulta fortalecida como un referente normativo –imperativo–, directo de los jueces, convirtiendo la labor del operador judicial más que en un contrapeso del poder legislativo se instituyen en garantes y/o dinamizadores de la función dispensadora de normas, buscando la eficacia material del texto

constitucional, pues la denominada democracia constitucional que abrió el modelo en estudio, tiene que ser reexaminada sobre los sujetos que desarrollan la Carta dada la naturaleza del juez y del legislador en el sentido de precisarse quién o quienes están legitimados para desarrollar o variar normas o principios constitucionales, lo cual involucraría un cambio en la misma concepción y referencia frente a la función jurisdiccional. Lo anterior, entre varios asuntos, pone de relieve el principio de separación de poderes, de garantías e independencia y, desde luego, frente al peso específico para cada uno en relación con su legitimidad, naturaleza y objeto, pues el poder jurisdiccional devenido ahora con *poder o jurisdicción normativa* tendería hacia una supremacía de la hermenéutica constitucional y convencional, en el que la interpretación sería la garantía para el derecho en el sentido que de manera asertiva y directa buscaría hacer efectivos los principios y valores constitucionales, ese es el riesgo que, se considera, implica asumir el modelo, máxime con la cada vez más recurrida demandas ante las instancias supranacionales.

Se resalta entonces que el actual Estado en su estatus filosófico-político, esto es, como Estado social y democrático de derecho y derechos, se separó claramente del modelo liberal clásico, el cual pretendía hacer una distinción tajante entre política y derecho, entre crear y aplicar la norma. En este orden de ideas los tribunales constitucionales asumen un rol adicional que involucra un juicio político-jurídico sobre los hechos y actuaciones de las autoridades públicas en relación con lo estipulado en la Carta Política, a efectos de hacer primar y valer sus criterios, principios y normas, por ello los tribunales constitucionales y supranacionales hoy, teniendo en cuenta el constitucionalismo evolucionario, tienen estatus jurídico-político devenido de su propio origen y función, pues fundan su legitimidad en lo que podríamos denominar el *principio de representación democrática indirecto* toda vez que la configuración de sus miembros deviene de un ejercicio de democracia representativa.

Ahora bien, pese a que, desde sus orígenes y en su modelo básico, el legislativo se constituyó en la institución política por antonomasia, pues fue concebido como el espacio político que definiría lo jurídico –la ley–, independientemente de la concepción democrática en que se desarrollara o ejerciera la soberanía. Así podemos examinar cómo, en los regímenes constitucionales occidentales a pesar de radicarse la titularidad de la soberanía en el pueblo, su ejercicio se hace vía representativa en el órgano legislador, quién es el que realmente toma las decisiones pese a los imaginarios populares de reivindicar el ejercicio de la soberanía en el

pueblo, ésta se constituye más bien en un mecanismo simbólico de legitimidad política de los órganos públicos representativos con autoridad, esto es, con la capacidad de creación jurídica, que un ejercicio de democracia directa. Por ello los que están llamados a asumir ese rol promotor de los postulados constitucionales y convencionales son los tribunales constitucionales y los órganos jurisdiccionales internacionales ante la inactividad consciente o inconsciente del legislador, rebasando, en consecuencia, el ámbito clásico del concepto de jurisdicción en sentido lato ahora, también, como “jurisdicción normativa”.

En el marco anterior, uno de los análisis a realizar es el comportamiento de los legislativos en el contexto del Estado Social y Democrático de Derecho y Derechos, en el que su compromiso ineludible es el apego y desarrollo no sólo de la Constitución sino, también, de los compromisos internacionales, pues su labor, en el mejor de los casos, es tratar de desarrollar sus propuestas políticas afrontando las problemáticas actuales bajo el referente normo-constitucional y convencional; ahora bien, el problema surge cuando no asumen ni lo uno ni lo otro, cayendo en una dinámica legislativa al ralentí, tratando con ello de evitar la deslegitimidad política de decidir asuntos o temáticas que representan altos costos para la población en coyunturas específicas, en otras palabras, el desarrollo legislativo va de la mano de los réditos democráticos –políticos- a obtener. Es por ello que la respuesta teórica jurídica ante dicha situación de omisión legislativa y/o normativa, independientemente de su origen, es el instituto jurídico de la inconstitucionalidad por omisión legislativa y/o normativa, con la cual se pretende dar continuidad y eficacia a los mandatos de la Carta-vía control de constitucionalidad o convencionalidad- ante situaciones que no dan espera, dado los derechos en juego.

2. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA OMISIÓN NORMATIVA

Fernández Rodríguez (1998) sostiene que las omisiones legislativas y/o normativas, surgen del incumplimiento del mandato constitucional o convencional de desarrollar sus enunciados político-sociales mediante normas por parte de quien tiene el deber de hacerlo, esto es y principalmente, del órgano legislativo, con lo cual se impide la eficaz aplicación de la Carta. (p. 88 y ss). De tal forma, en la omisión legislativa y/o normativa se presenta o se descubre la voluntad del legislador de no actuar o decidir, a diferencia de las lagunas normativas, las cuales son tratables mediante una labor interpretativa. Su abordaje se ve justificado dado que si en el sistema

jurídico existen mecanismos –acciones- para eliminar las normas inconstitucionales, suena lógico que exista una acción para evitar la omisión del desarrollo de los preceptos constitucionales o convencionales por parte de los órganos dispensadores de normas, pues se vulneran en palabras de Ramírez Cleves (2006) la “exigibilidad y la eficacia” de los postulados jurídicos, tal como lo han consagrado diversos sistemas constitucionales.

En tal orden, la defensa de la Constitución y del entorno normativo internacional fue fortalecida por los desarrollos democráticos que reivindicaron la aplicación efectiva de las Cartas políticas y de los tratados; por ello se proveyó de una serie de recursos jurídico-políticos para la eficacia y la aplicabilidad del sistema jurídico sin necesidad, en principio, de una legislación que la desarrollara. El soporte se dio por vía doctrinal y jurisprudencial, inicialmente en Alemania e Italia y, posteriormente, los demás países, que la relacionarían directamente con la omisión y vulneración de derechos fundamentales, razón por la cual abogaron por la implementación normativa de acciones de inconstitucionalidad positivizadas, además de la posibilidad jurídica de hacer los exhortos a los legisladores para que desarrollaran determinada materia normativamente. Es así como, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional italiana al diferenciar las categorías dogmáticas de disposición y norma, logra la clasificación de las sentencias que definen el tema en *interpretativas, de recomendación y aditivas y sustitutivas*.

En relación con el control de constitucionalidad por omisión normativa en Iberoamérica se tiene: Portugal y Brasil, constituyen referentes icónicos al haber consagrado constitucionalmente este instituto como una acción directa de inconstitucionalidad por omisión, tanto del legislador como de la potestad reglamentaria de un órgano administrativo.

Costa Rica dispone expresamente y de forma directa e integral de un control de la omisión legislativa mediante la acción de inconstitucionalidad, la cual procede frente a leyes y otras normas u omisiones de autoridades e incluso de actores privados, que atenten por acción u omisión alguna disposición constitucional, sustentada en los principios de prudencia y auto-integración:

Cabría la acción de inconstitucionalidad: a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional. b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando

infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo... f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas” (Ley 7135 de 1989. Art 73).

Por lo anterior, la Sala Constitucional de dicho Estado puede otorgar plazos razonables al legislador –Asamblea Legislativa- para que emita o subsane la ley respectiva (CConst, S-05-005649/2006, J. Lobo).

Por su parte México no prevé expresamente el control de las omisiones legislativas en el articulado de la Carta Federal; empero lo ha venido desarrollando vía jurisprudencial al desatar controversias constitucionales o por acciones de inconstitucionalidad. De tal forma la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisó que éste control procede contra omisiones, y mientras se mantenga el término para su impugnación. Dicho Tribunal considera que si bien la acción de inconstitucionalidad es improcedente contra las omisiones absolutas, sí prospera frente a aquellas que sean resultado de una deficiente regulación de mandatos jurídicos, esto es, cuando se trate de omisiones parciales por la deficiente labor legislativa. Así por ejemplo podemos observar una Sentencia que declaró:

Conminar al Congreso del Estado de Nuevo León, para que a más tardar en su siguiente período ordinario de sesiones, contemplado en el artículo 55 de la Constitución Política local, emita la Ley Reglamentaria del Artículo 95 del propio ordenamiento, a fin de subsanar la omisión legislativa que se le atribuyó (SCJ, Controv.Const-74-2011/ 2013, O. Sánchez).

En Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo ha venido ejerciendo una “jurisdicción normativa” frente a la omisión legislativa de la Asamblea Nacional, al declarar y dar plazo para la expedición de la norma no desarrollada. Tal como lo ha reiterado en sentencias que ratifican la competencia para declararla. (TS, S-05-080/ 2006, Pon. Conjunta).

En Argentina vía desarrollo jurisprudencial, la Corte ha venido ampliando sus competencias al asumir “el conocimiento de omisiones normativas y, sin invadir la esfera competencial del legislativo o de otros órganos, busca salidas consensuadas con el fin de preservar los mandatos constitucionales” (Varcalle, s.f).

Ecuador de manera explícita contempla la competencia de la Corte Constitucional para dictar, de manera provisional- la norma omitida o ejecute el acto omitido, en el evento en que si vencido el término otorgado por dicho

Tribunal no se expide o no se cumple, por tanto considera:

Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley (CConst, S-Interp, 0001-09-SIC/2010, E. Zárate).

Bolivia no contempla la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa en su sistema jurídico, pero el Tribunal Constitucional de Bolivia, vía desarrollo jurisprudencial se refirió al concepto y efectos de la inconstitucionalidad por omisión en los siguientes términos:

Se alude a la inconstitucionalidad por omisión cuando el comportamiento inconstitucional no se traduce por actos, sino por abstención de conducta (...), todo texto constitucional se ve en la imposibilidad de agotar todas las materias que son objeto de tratamiento, no solo por razones fácticas o de conveniencia política, sino, y especialmente, por motivos de orden técnico relativos a la función de la CEP y a la metodología de su elaboración. (...) La aludida imposibilidad fáctica y las exigencias de técnica legislativa dan lugar a que el legislador ordinario asuma la necesidad de desarrollar determinados preceptos del texto fundamental para, de esa manera, asegurar la eficacia del proyecto constitucional y la concreción del mismo. El primer efecto de esta situación es la aparición en el articulado de la Ley Fundamental, de una serie de normas que generan la concreta obligación de ser desarrolladas por el legislador ordinario para tender a la eficacia plena. (...), no todos los preceptos que integran el texto básico poseen el mismo carácter, la misma naturaleza, ni tienen que ser necesariamente desarrollados por el legislador ordinario, dado que algunas de ellas deben ser aplicadas en forma inmediata sin disposición inferior que las reglamente, regule o desarrolle (CConst, S-0032/ 2006, E. Iñiguez).

De tal manera, el Tribunal Constitucional de Bolivia vía desarrollo jurisprudencial asume atribuciones para enjuiciar las omisiones constitucionales y así disponer su cumplimiento, pues el legislador está sujeto a las normas, principios y valores de la Constitución.

En Perú, el Tribunal Constitucional ha asumido el desarrollo de la Carta Política como norma vinculante al abordar vía jurisprudencial su desarrollo frente a las omisiones del legislador; ahora bien, para que dicho Tribunal declare la omisión normativa se requiere que tal omisión se materialice en verdaderos actos inconstitucionales, vinculados a violaciones graves y

manifiestas de derechos fundamentales, sea por falta de norma que permita su ejercicio efectivo o por la negación absoluta de la norma al no desarrollarla o contemplarla. De tal forma sus sentencias ordenan al órgano renuente a emitir la norma correspondiente o exhortan al Congreso de la República a cumplir su competencia legislativa, pues el mismo Tribunal ha reiterado que:

Es verdad que la Constitución peruana de 1993 no contempla de manera expresa la posibilidad del control de las omisiones legislativas [...], no obstante, para el caso nuestro, el fundamento del control de las omisiones legislativas debe ubicarse no sólo en el efecto normativo y, por tanto, vinculante de las normas constitucionales, sino en la misma práctica del control de constitucionalidad que se ha venido desarrollando en los últimos años y en el que el rol del Tribunal Constitucional ha sido de permanente colaboración con la actividad legislativa en un esfuerzo por sentar las bases del Estado Constitucional en nuestro país. Esta colaboración ha permitido no sólo declarar la incompatibilidad de leyes dictadas por el Parlamento, sino también, con frecuencia, a través de las sentencias interpretativas y exhortativas, este Colegiado, sin declarar la inconstitucionalidad de una norma sometida a control, ha podido alertar al legislador a efectos de promover su actuación en determinado sentido a efectos de no incurrir en supuestos de evidente inconstitucionalidad (TConst, S-05427-2009/2010, M. Ramírez).

Por su parte, Colombia en el artículo 241 de la Carta Política le asigna a la Corte Constitucional "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución", por lo tanto le corresponde también examinar las acciones que demuestren la pasividad del legislador frente a los mandatos de la Constitución, a efecto que éstos no sean sólo enunciados semánticos, y gocen de plena aplicabilidad en contextos reales o materiales de exigibilidad. En tal escenario el Tribunal Constitucional colombiano se declara competente para conocer sólo de las omisiones legislativas relativas; así, pues, el concepto de omisión legislativa ha sido objeto tanto de tratamiento doctrinal como jurisprudencial, pues todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución; dichas omisiones se identifican de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina se entiende por omisión legislativa

Todo tipo de abstención del legislador de disponer lo prescrito por la Constitución. Dichas omisiones, entonces, se identifican con la "no acción" o falta de actividad del legislador en el cumplimiento de la obligación de legislar que le impone expresamente el Constituyente. Para que se pueda hablar de omisión legislativa, es requisito indispensable que en la Carta exista una norma expresa que contemple el deber de expedir la ley que desarrolle las

normas constitucionales y el legislador lo incumpla, pues sin deber no puede haber omisión. En consecuencia, la omisión legislativa no se puede derivar de la ausencia de leyes por incumplimiento del Congreso del deber general de legislar (CConst, C-543/1996, C. Gaviria).

En resumen, se afirma que existe una omisión legislativa, cuando el legislador no cumple un deber de acción expresamente señalado por el Constituyente. En síntesis, afirma la Corte que sólo existe omisión legislativa cuando el legislador incumple un deber de acción –expedir una ley-, estando expresamente señalado en la Constitución.

De tal forma, en Colombia, siguiendo la técnica legislativa, y como muchas de sus normas constitucionales expresan, respecto del contenido de la misma, "...la ley lo regulará, determinará, etc.", no existiendo discusión frente al mandato de provisión normativa impuesta desde la Carta al legislador; empero ¿qué sucede cuando surgen problemáticas sociales que requieran ser resueltas y no existe ley o norma aplicable, pero pueden ser inferidas soluciones desde los enunciados jurídicos, trátense de valores y/o principios consagrados en la Constitución o en Convenciones Internacionales, que requieren un desarrollo normativo?. Entonces, aquí la "norma" inexistente está en ciernes, pues se da un supuesto fáctico probado que la requiere y que se enlaza con el enunciado constitucional o convencional, por tanto necesita un desarrollo normativo devenido del operador judicial. Al respecto, la Corte Constitucional (1996) estima que el legislador incurre en omisión legislativa ella en los siguientes escenarios:

1. Cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución;
2. Cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros;
3. Cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto. (y)
4. ... cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. v.gr.: si al regular un procedimiento, se pretermite el derecho de defensa (CConst, C-543/1996, C. Gaviria).

Ahora bien, el primer caso corresponde a la denominada *omisión legislativa absoluta*, pues no existe norma alguna que desarrolle el mandato constitucional, mientras que los

casos restantes configuran la *omisión legislativa relativa*, teniendo en cuenta que si bien es cierto ha habido disposición normativa del legislador, ésta es incompleta frente a los actores, supuestos o relaciones que ha de cubrir según los postulados de la Carta, configurándose en consecuencia una violación del principio de la igualdad. De tal suerte que, en la *omisión absoluta*, es clara la falta al deber de emitir una ley según el canon constitucional, mientras que en la *omisión relativa* el texto normativo fue producido pero de manera incompleta o deficiente.

En relación con tales vacíos normativos ha habido desarrollos jurisprudenciales por parte de los Tribunales constitucionales, como es el caso del español el cual acude a comunicaciones exhortativas al legislador para que emita la correspondiente ley, esto es, desarrollando los enunciados constitucionales; asimismo, están las llamadas sentencias “aditivas”, mediante las cuales el Tribunal proyecta las conjeturas que debía contemplar la norma objeto de control constitucional, para el caso, desde luego, de las omisiones relativas. Frente a lo cual, la Corte Constitucional (1996) ha seguido los anteriores desarrollos, y ha sido reiterativa y uniforme en admitir su competencia sólo para abordar demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa relativa, al determinar que “...frente a los vacíos legislativos ha hecho exhortaciones al Congreso de la República para que expida la ley que desarrolle un determinado canon constitucional. Recomendación que obviamente no constituye una imposición sino una admonición para que se cumpla la directiva constitucional”, tal como lo ha reiterado dicha corporación en las sentencias C-90/92, C-24/94, C-473/94, C-285/96, entre otras.

El mismo Tribunal ante las demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta, en su primer pronunciamiento en la sentencia C-543/96, respondió a la demanda que solicitaba la declaración de omisión del legislador colombiano al no expedir la ley que determinaría el procedimiento a seguir para hacer efectiva la “acción de cumplimiento”. Para ello, fundamentó su falta de competencia para pronunciarse sobre las omisiones legislativas absolutas basado en lo consagrado en el art.241 de la C.N, el cual expresa que a ella “...se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo” y, por tanto, le delimitó de manera taxativa las actuaciones o situaciones que serían objeto de examen constitucional pues:

Se encuentra restringida y limitada por lo dispuesto en el precepto citado, de manera que no le es permitido extender su competencia a asuntos no señalados allí expresamente.

Al analizar cada una de las funciones consagradas en el artículo 241 de la Constitución, advierte la Corte que ninguna de ellas la autoriza para fiscalizar o controlar la actividad legislativa por fuera de los términos señalados en la norma precitada. En efecto, la acción pública de inconstitucionalidad si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza el ejercicio de lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales (CConst, C-543/1996, C. Gaviria).

Empero, dicho órgano ratificó la competencia para examinar las actuaciones del legislador en las que de manera incompleta o imperfecta desarrolle los postulados de la Carta, esto es de las llamadas omisiones relativas o parciales.

Al respecto se debe señalar que, si bien es cierto, el control constitucional versa sobre normas positivas y el efecto de las omisiones legislativas absolutas es normativo, pues se acude a otras disposiciones, sería posible abordar el control sobre las omisiones legislativas absolutas examinando la norma o disposiciones que son aplicadas en lugar de la “ley debida” por efecto de la omisión legislativa, regulaciones que pueden ser contrarias a la Carta, como, en efecto lo consagran algunas Cartas Iberoamericanas.

3. ACTIVISMO JURISDICCIONAL CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL COMO REIVINDICACIÓN POLÍTICA DE LO JURÍDICO

El control de constitucionalidad y de convencionalidad se realiza, en principio, sobre un soporte formal, es decir, sobre un texto legal que debe desarrollar los postulados normativos, pero recordemos que podemos diferenciar cómo los enunciados normo-constitucionales y convencionales están para desarrollarse, por lo que pueden estar o no contemplados en textos normativos, así que es posible contemplar eventos en que se requiere declarar la pertinencia del deber de desarrollar el enunciado constitucional o convencional, cuando en sede de control constitucional o convencional se infiere que existe omisión normativa para atender el caso o situación y así hacer efectivos los postulados de la Constitución o de las convenciones o pactos internacionales.

De tal manera la omisión normativa –relativa o absoluta– no significa inexistencia de regulación sino la consideración de una regulación diversa a consecuencia de la omisión, que requiere definirse frente a los postulados de la Carta o de Pactos Internacionales, entonces, resulta claro que en los ordenamientos jurídicos no existen lagunas normativas, pues precisamente el aparato

judicial está para ello, es decir, para determinar y analizar los efectos normativos derivados de las omisiones normativas, razón por la cual el operador judicial debe proclamar su desarrollo al tenor tanto de la Constitución como de las Convenciones Internacionales suscritas por el respectivo Estado.

En Colombia, la Corte Constitucional (1996) lo ha reiterado al precisar el alcance del modelo societal, es decir, como Estado social de derecho y derechos (CP arts. 1º y 4º), pues en un ordenamiento de esta naturaleza, las autoridades no sólo tienen deberes negativos o de abstención, como en el Estado liberal, sino que tienen obligaciones positivas o de hacer, las cuales son, en muchas ocasiones, la contrapartida de los derechos prestacionales de las personas. Por consiguiente, las autoridades, incluido obviamente el Legislador, pueden violar la Carta o las convenciones si no cumplen esas obligaciones, lo cual implica un cierto cambio de la función del control constitucional.

En consecuencia, nos resulta claro que todas las disposiciones constitucionales y convencionales están para ser desarrolladas o aplicadas, el asunto clave es determinar la prontitud o la velocidad para hacerlo, asunto que, en principio, le correspondería al legislativo, pero que también sería asunto de impulso, en el actual modelo de Estado constitucional y convencional de derecho, le corresponde no solo a los Tribunales constitucionales sino, también, a la Justicia supranacional, limitándose a declarar o verificar la omisión normativa y, como se anotó, sin llegar a establecerla de forma definitiva, pues en situaciones excepcionales y fundados en principios y valores jurídicos que pueden estar en riesgo, tales jurisdicciones podrían establecer -para dichos casos- regulaciones o directrices transitorias mientras el órgano natural la dispense, module o desarrolle.

4. FUNDAMENTOS PARA EL CONTROL DE LA OMISIÓN NORMATIVA

A continuación se examina los criterios y presupuestos trazados tanto doctrinariamente como jurisprudencialmente para sustentar la competencia para conocer las demandas de inconstitucionalidad o de control de convencionalidad, y los eventos en que en sede jurisdiccional se declare la omisión normativa:

- La viabilidad de la acción de inconstitucionalidad por omisión tiene respaldo en la concepción de soberanía popular, mediante la cual se concede a la ciudadanía

- como constituyente y titular primario del poder-, el derecho a participar, también, en el ejercicio y control del poder político delegado a los legisladores vía democracia representativa, por incumplimiento de mandatos jurídicos, no solo por acción, sino como en el presente caso, por dejar de desarrollar los enunciados constitucionales, así mismo el compromiso adquirido por los Estados de responder ante jurisdicciones internacionales.

- El cambio en la concepción garantista de los derechos al entender la Carta con fuerza normativa vinculante -esto es, no sólo como un texto programático- y reforzada mediante su aplicación sistémica en bloque de convencionalidad. De tal forma, se fortalece la acción pública de inconstitucionalidad como garantía para hacer efectiva la supremacía de la Constitución Política articulada a preceptos convencionales, en términos de poder provocar su materialización como desarrollo natural o cuando la situación lo amerite.

- En el caso del procedimiento constitucional de exigir -para declarar la omisión normativa- el señalar o precisar la norma acusada, no se aplicaría en el caso de la omisión, pues el mismo requisito sería inconstitucional -por imposibilidad natural de cumplimiento-, al denegar u obstruir el acceso a la sede de control jurisdiccional.

- La congruencia de abordar la omisión normativa como objeto de control constitucional o convencional, también, en resolver el choque entre la *Constitución formal* -dada para ser desarrollada- y la *Constitución material*, en el que un factor real de poder lo constituye la inactividad del legislador o de cualquier otra autoridad que produce un efecto inmediato, cual es la inaplicación del Estatuto Fundamental o de normas internacionales, permitiendo con ello que otros factores, criterios o actores copen su espacio político-jurídico.

-La guarda de la Constitución y de los Tratados o Convenciones sobre derechos sería incompleta si se aplica únicamente frente a las actuaciones positivas de los dispensadores jurídicos, teniendo en cuenta que tales fuentes de derecho están para desarrollarse y/o materializarse y la omisión lo impide o lo incumple, situación que se presenta cuando se encuentran situaciones fácticas que lo ameritan, por violar disposiciones jurídicas superiores, por tanto se amerita el control constitucional y convencional.

CONCLUSIONES

Al igual que el Estado de derecho como modelo estructural y auto-fundante de dominación legal y legítima que ha venido evolucionando en su concepción y configuración también ha sido propio de sus instituciones como es el caso de la función de la jurisdicción constitucional, cuyo origen no fue inicialmente para restaurar el orden constitucional frente a una omisión, sino solamente para inaplicar normas inconstitucionales ("Marbury vs. Madison"). Luego, bajo el modelo Kelseniano, los Tribunales constitucionales se tornaron, también, como legisladores negativos, al poder derogar las normas inconstitucionales. Posteriormente, y de manera tímida, se encaminaron como legisladores positivos, al impulsar la expedición de normas mediante las sentencias exhortativas, para luego afrontar la inconstitucionalidad por omisión en la producción de normas como imperativos constitucionales o convencionales, bajo el modelo de Estado Constitucional y convencional de Derecho.

El constitucionalismo actual se percibe entonces como un sistema jurídico con una estructura jerárquica, una especie de iuspositivismo constitucional, que concibe la validez normativa articulada a su aplicación real, tomando como fundamento la existencia de una Constitución rígida, con la respectiva constitucionalización de la ley, garantizada mediante un control constitucional fuerte, al establecerse un sistema jurídico con acceso directo a los postulados normo-constitucionales y convencionales, en el cual se establece una fuerte restricción del ejercicio potestativo al legislador. De tal forma una de las problemáticas del constitucionalismo contemporáneo es la inactividad del legislativo frente a cuestiones que requieren un inmediato desarrollo normativo, al ser frecuente la falta al deber de legislar razón por la cual tanto la ciudadanía como los operadores judiciales demandan y encuentran, vía control de constitucionalidad o convencionalidad, las "omisiones normativas", buscando y logrando con ello la eficacia y materialización de las Cartas políticas y convenciones; así, pues, los Tribunales constitucionales nacionales y la jurisdicción internacional despliegan lo que podríamos denominar un *activismo constitucional o convencional* –judicial- mediante el ejercicio de la "jurisdicción normativa", resolviendo las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad en pro de la eficacia de los postulados jurídicos en procura de salvaguardar derechos.

Las omisiones normativas devienen del incumplimiento del mandato constitucional, legal o convencional de

desarrollar sus enunciados político-sociales mediante normas por parte de quien tiene el deber de hacerlo, principalmente, del órgano legislativo, con lo cual se impide la eficaz aplicación de la Carta. De tal forma, en la omisión se presenta o se descubre la voluntad del órgano competente de no actuar o decidir, a diferencia de las lagunas normativas, las cuales son tratables mediante una labor interpretativa. Así, pues, en el caso de la omisión legislativa -relativa o absoluta- no significa inexistencia de regulación sino la consideración de una regulación diversa aplicada a consecuencia de la omisión del legislador, que requiere definirse conforme a los postulados de la Carta, tipificándose la figura de la *inconstitucionalidad por omisión*, con lo cual se pretende dar continuidad y eficacia a los mandatos de la Carta -vía control de constitucionalidad- ante situaciones que no dan espera, cuyas salidas o soluciones en sede jurisdiccional las podemos sintetizar así: delatar ante un órgano superior, exhortar o recomendar su expedición o desarrollo, comunicar o llamar la atención de la omisión, resarcir o cubrir el derecho, expedir o desarrollar una norma.

La inconstitucionalidad por omisión soporta un control al legislativo o a la autoridad renuente en relación con la producción de normas generales y para casos especiales, por falta de sanción, acción u omisión. En eventos, como cuando ha transcurrido un periodo razonable y el legislativo no ha emitido la norma exigida desde la constitución, o cuando existe un mandato claro sobre la obligación de legislar, o cuando se configura la posibilidad de integración, por parte del órgano jurisdiccional en casos específicos, frente a la pasividad del legislador y, por tanto, pueda ser superada con la actuación del operador jurisdiccional; ahora bien, la inconstitucionalidad por omisión plantea un conflicto competencial aparente, pues parecería que desdibujara el equilibrio competencial de los órganos o ramas del poder público, lo cual se dilucida al justificarse la intervención competencial del Tribunal constitucional en procura de la supremacía y por autoridad de la Carta Política. Teniendo en cuenta que éstos tienen un claro estatus político-jurídico bien definido, devenido de su propio origen y función, pues como en la gran mayoría de los sistemas constitucionales, funda su legitimidad en el denominado *principio de representación democrática indirecta* toda vez que la configuración de sus miembros deviene de un ejercicio de democracia representativa por el legislativo, por el ejecutivo o por ambos, erigiendo a dicho Tribunal o Corte en la máxima conciencia político-jurídica nacional, con su rol de activista constitucional en bloque de convencionalidad.

En consecuencia no se trata de que los Tribunales o Cortes constitucionales busquen desplazar al legislador, sino, por el contrario, de garantizar la fuerza normativa de la Constitución y de los tratados mediante su desarrollo normativo. Ahora bien, si bien es cierto que el legislador, como operador y dispensador normativo, es el primer intérprete de la Carta Política y el encargado de su desarrollo jurídico como titular del ejercicio delegado de la soberanía, empero, también es verdad que al incumplir dicho mandato puede violar la juridicidad, lo cual es intolerable en un Estado Constitucional de Derecho. Entonces, lo que se busca es hacer efectiva la regulación que la Carta o que las convenciones traen para resolver las problemáticas presentadas; así, el examen versaría sobre lo sustancial y no solo, como condición de procedibilidad, sobre su determinación formal de inexistencia como norma positiva, pues es justamente lo que no existe. Otra cosa es que generalmente el control se realiza sobre precisas normas positivas. Es así como se configura un deber del operador judicial, cuando en sede de control constitucional o convencional se infiere que existe omisión legislativa absoluta o relativa para atender el caso o situación y así hacer efectivos los postulados jurídicos –activismo judicial-. Lo anterior es palpable, también, al verificarse cómo la mayoría de reglas generales o principios constitucionales no se encuentran desarrollados pero no por ello dejan de ser disposiciones vinculantes tanto para el despliegue normativos como para su aplicación por parte de los operadores juris-diccionales. La inconstitucionalidad por omisión ubica a un legislador pasivo, sujeto a control constitucional, que requiere ser dinamizado o conminado mediante la competencia jurisdiccional, convertida ahora en “Jurisdicción normativa”.

Portugal, Brasil, Costa Rica, Ecuador y Venezuela, consagran la inconstitucionalidad por omisión legislativa en forma concreta, en los demás Estados latinoamericanos se viene desarrollando de forma cada vez más decidida y vigorosa, vía jurisprudencial y en relación, en principio, con las omisiones relativas, sustentadas en los contenidos de varios preceptos constitucionales que prohíben su violación material y cobijados por el modelo del Estado Constitucional y Convencional de Derecho. Situación que cobra más fuerza y vigencia teniendo en cuenta las recurrentes acciones ante las jurisdicciones supranacionales que demandan o denuncian el inactivismo estatal –por parte cualquier órgano, incluido el jurisdiccional-, de no dar cumplimiento a los pactos o convenciones, lo que configuraría otra especie de omisión respecto de tales normas.

Finalmente, los efectos de una declaración de inconstitucionalidad por omisión normativa tiene un peso político muy significativo en la arena política para los dispensadores jurídicos, en efecto, el publicitar la inconstitucionalidad en que ha incurrido el legislador u otra autoridad, acarrea su deslegitimidad, lo cual lo incita o provoca nuevas dinámicas internas o de actores políticos externos. Lo cual es evidente hoy, pues son los tribunales constitucionales y los internacionales quienes mantienen viva la legitimidad del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho y Derechos, tanto por ser garantes del mismo como por ser impulsores de su desarrollo, “destronando” en esa labor a quien por antonomasia como deber le correspondería es decir, a los órganos legislativos, quienes en el mejor de los casos no lo hacen por factores de desconocimiento, riesgo político o de gestión. Por ello, generalmente, las temáticas políticas en sede legislativa conciernen a los asuntos relevantes para las mayorías mientras que les ha correspondido a las Cortes constitucionales y Tribunales internacionales abocar asuntos fundamentales de minorías o de grupos vulnerables. Situación que se ve hoy entrando en una nueva fase con el rol de la Jurisdicción supranacional –Convencional- que coadyuvaría a definir y reforzar aún más la validez y eficacia de dicho instituto de control de constitucional por omisión normativa otro de control por omisión convencional de los operadores político-jurídicos estatales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Asensi, J. (1998). La época Constitucional. Valencia: Tirant lo Blanch.
- II. Corte Constitucional de Costa Rica. Ponente, Jinesta. Lobo Ley 7135 de 1989. Artículo 73. Disponible en: <http://www.tse.go.cr/pdf/normativa/leydejurisdiccion.pdf>. Consultado el 27 de septiembre de 2017
- III. Controversia Constitucional 74-2011 de 2013. Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana. Ministra Ponente Olga Sánchez Cordero. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=129407&SeguimientoID=568&CAP=omision%20legislativa&Promoventes=&ActoReclamado> Consultado el 28 de septiembre de 2017
- IV. Corte Constitucional, sentencia N° 0001-09-SIC, de 2010. Juez sustanciador Edgar Zárate. Disponible en: http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2009/001-09-SIC-CC/REL_SEN_TENCIA_001-09-SIC-CC.pdf

- Consultado el 27 de septiembre de 2017
- V. Constitución política de Colombia de 1991.
- VI. CConst, C-543/1996, C. Gaviria.
- VII. CConst, C-1064/2001, J. Cepeda y J. Córdoba.
- VIII. Del Tribunal Supremo. Ponencia Conjunta. Consultado en 27 de septiembre de septiembre de 2017. Disponible en: https://vlexvenezuela.com/vid/decidir-declaratoria-inconstitucionalidad-omision-38741283?_ga=2.91059167.43120612.1506563516835699359.1506563516. Consultado septiembre 27 de septiembre de 2017
- IX. Fernández Rodríguez, J. J. (1998). La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado, El caso español. Madrid: Civitas.
- X. Sentencia Constitucional N° 0032/2006), Mg. Relatora Elizabeth Iñiguez de Salinas. Disponible en: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1045/1/T669-MDE-Palénque-La%20inconstitucionalidad%20por%20omisi%C3%B3n%20legislativa.pdf> Consultado el 28 de septiembre de 2017.
- XI. Tribunal Constitucional Magistrado Ponente. Mesía Ramírez. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05427-2009-AC.pdf>. Consultado el 28 de septiembre de 2017.
- XII. Tarapués Sandino, D. (2008) "Una aproximación histórica a la institucionalización del Tribunal Constitucional en América del Sur, en la revista Elementos de Juicio" Revista de Temas Constitucionales No. 9, Bogotá: Editorial José Gregorio Hernández Galindo Publicaciones. Págs. 141-159.
- XIII. Tarapués Sandino, D. (2008) La naturaleza institucional del Tribunal Constitucional en América del Sur, Cali: Editorial USC y José Gregorio Hernández Galindo publicaciones.
- XIV. Biscaretti Di Rufia, P. (1996) Introducción al Derecho Constitucional Comparado. FCE: México.
- XV. Cruz Villalón, P. (1987) La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- XVI. Díaz Vásquez, R. (2015). El activismo judicial de la jurisdicción constitucional en el marco de la democracia. Justicia Juris, 11(2), 50-57. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.15665/rj.v11i2.763>. Consultado julio de 2016
- XVII. Favoreu, L. (1994) Los Tribunales constitucionales, Ariel: Barcelona.
- XVIII. Fernández Segado, F. (coord). (1992) Los sistemas constitucionales Iberoamericanos, Madrid: Dikynson.
- XIX. García Pelayo, M. (1987) Derecho constitucional comparado, Alianza: Madrid.
- XX. Ibagón, M. Liliana. "Control jurisdiccional de las omisiones legislativas en Colombia". Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/344/16.pdf>. Consultado octubre de 2015.
- XXI. Lanchester, F. (1993) "El método en el Derecho Constitucional comparado: Luigi Rossi y sus sucesores" en Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol n° 4 p. 5-37.
- XXII. Loewenstein, K. (1970) Teoría de la Constitución, Barcelona: Editorial Ariel.
- XXIII. López Ulla, J. M. (1999) Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes, Madrid: Editorial Tecnos.
- XXIV. Lösing, N. (2002) La Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica, Madrid: Konrad Adenauer Stiftung.
- XXV. Maraniello, Patricio. "El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional" Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf>. Consultado julio de 2016
- XXVI. Palomino Manchego, J. (1993) Los Orígenes de los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica, Lima: Editora Jurídica Grijley.
- XXVII. Pizzorusso, A. (1987) Curso de Derecho Comparado, Ariel, Barcelona.
- XXVIII. Ramírez, Gonzalo. "El control constitucional de las omisiones legislativas en Colombia". Disponible en: <http://icr.uexternado.edu.co/Documentos/ponencia1.pdf>. Consultado octubre de 2015.
- XXIX. Sánchez Agesta, L. (1973) Curso de Derecho Constitucional Comparado, Madrid: FDUC.
- XXX. Sartori, G. (2001) Ingeniería Constitucional Comparada, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- XXXI. Tarapués Sandino, D. (2010) "Reflexiones en torno al titular de la acción en el marco del proceso de inconstitucionalidad de las leyes: una revisión comparativa" en Aequitas.

REFERENCIAS COMPLEMENTARIAS

- XIV. Biscaretti Di Rufia, P. (1996) Introducción al Derecho Constitucional Comparado. FCE: México.
- XV. Cruz Villalón, P. (1987) La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- XVI. Díaz Vásquez, R. (2015). El activismo judicial de la jurisdicción constitucional en el marco de

- Publicación de la Maestría en Derecho”, Cali: Universidad Santiago de Cali (en prensa).
- XXXII. Valcarce, M. D. (S.f.) Ponencia: Control de constitucionalidad de omisiones legislativas: el activismo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- XXXIII. Vergottini, G. (1983) Derecho Constitucional Comparado, Madrid: Espasa.

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN



Aplicación de la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia sobre el Estado Civil en la Unión Marital de Hecho*

Implementation of jurisprudential precedence ordered by the Supreme Court of Justice in regards to Marital Status in common law marriage

Luis Guillermo Salas Vargas

Juez Civil de Circuito, Medellín, Colombia

lgsalasv@gmail.com

Recibido: 11/10/16 Aprobado: 10/02/17
DOI: <http://dx.doi.org/10.25054/16576799.1456>

RESUMEN

La “Aplicación de la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia sobre el Estado Civil en la Unión Marital de Hecho”, es una respuesta al vacío legislativo existente para establecer si se instituye dicho atributo de la personalidad en esta forma de constituir familia. Siendo el registro del estado civil de las personas del resorte de los notarios, resulta pertinente resolver el siguiente interrogante: ¿aplican los notarios el precedente judicial que reconoce el estado civil de compañero o compañera permanente, como consecuencia de la declaratoria de la unión marital de hecho?.

Para el cumplimiento del objetivo de la investigación, acudiendo a las fuentes primarias, se tomó como muestra el Circulo Notarial de Medellín. El trabajo de campo se desarrolló con un instrumento, consistente en un cuestionario autoadministrado, que permitió recaudar la información, para luego interpretar las diferentes variables desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo. Igualmente se hizo uso de las fuentes secundarias en procura de ilustración sobre las figuras jurídicas que comprende el tema de la investigación.

El análisis efectuado llevó a establecer que efectivamente no existe vacío legislativo, pues en su gran mayoría, los funcionarios encuestados aplican el precedente de la Corte, y consideran que el registro de varios es prueba suficiente del estado civil de compañero o compañera permanente.

PALABRAS CLAVE

Doctrina Probable; Estado Civil; Precedente Judicial; Registro Civil; Unión Marital.

ABSTRACT

The “Implementation of a jurisprudential precedence ordered by the Supreme Court of Justice in regards to Marital Status in common law marriage” is an answer to the concerns about the legislative gap that constitutes marital status as an attribute of a family. As the civil registration notaries' purview, it is appropriate to resolve the question: Do the notaries apply the doctrine and judicial precedent that recognizes the marital status of permanent companions due to the declaration of common law marriage?.

For meeting the goal of the investigation, using as primary sources a sample taken from the notarial circle of Medellín. The fieldwork was collected using a self-administrated questionnaire, and interpreted through qualitative and quantitative variables. Furthermore, doctrine, jurisprudence and law were used as secondary sources. This allowed for the illustration of legal figures that comprised the subject of research.

The analysis establishes that there is not a legislative gap because most of the respondent officials apply the judicial precedent of the Court, and they consider the registration of common law marriage as evidence enough for the status of permanent companion.

KEYWORDS

Civil Registration; Judicial Precedent; Marital Status; Marital Union; Probable Doctrine.

* Artículo de investigación, resultado del Trabajo de Grado para optar al título de Magíster en Derecho de Familia de la Universidad Antonio Nariño, el cual fue dirigido por la Dra. Jinyola Blanco Rodríguez.

INTRODUCCIÓN

Expedida la Ley 54 de 1990, y con motivo de la admisión del recurso extraordinario de casación contra las sentencias de segundo grado dictadas por las Salas de Familia de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, referentes a la declaratoria de existencia de la unión marital de hecho entre compañeros permanentes, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia tuvo la necesidad de pronunciarse sobre el estado civil en esta nueva forma de constituir familia, negando inicialmente la posibilidad de su existencia, línea jurisprudencial que corresponde a los autos del 21 de noviembre de 2001, 10 de noviembre de 2004, 9 de agosto de 2005, 30 de enero de 2006, y 21 de marzo de 2006, mediante los cuales, en los en los términos del artículo 366 del otrora Código de Procedimiento Civil, declaró improcedente dicho recurso por no acreditarse el requisito de cuantía de interés para recurrir.

Consideró el alto Tribunal en la providencia fundadora de la línea (López, D. 2006, p. 164), auto del 21 de noviembre de 2001, que si bien el artículo 42 de la Constitución Política refiere a la familia constituida por vínculos naturales, tal reconocimiento por sí no generaba un estado civil, más aún cuando para su consagración, la misma norma remite a la ley, y la Ley 54 de 1990 no llena ese vacío, puesto que su propósito fue crear una sociedad patrimonial, y los elementos que integran la figura de la unión marital de hecho no se encontraban en la definición de estado civil prevista en artículo 1° del Decreto 1260 de 1970. Además, la unión marital exige hechos materiales constitutivos, como comunidad de vida (convivencia, ayuda, socorro mutuo, relaciones sexuales)¹, permanente (duración, constancia, perseverancia, estabilidad de la comunidad de vida), y singular (solo, único, contrario a plural)², los cuales no se podían comprobar mediante la declaración de existencia de la unión marital de hecho en el instrumento notarial.

Luego, en providencia modificadora (Blanco, J. 2011, p. 201), auto del 18 junio de 2008, la Corte corrigió su posición afirmando que la unión marital de hecho constituía estado civil, al estimar que si bien no se había dictado la ley para el efecto, normativamente se introdujeron cambios que tendían a darle a la convivencia de hecho un tratamiento jurídico equiparable o semejante al del matrimonio y a todo lo que gira alrededor de esas

situaciones; ello permitía subsumirla en la definición de estado civil prevista en el artículo 1° del Decreto 1260 de 1970. Agregó que el artículo 42 de la Constitución debía entenderse con vocación de equidad e igualdad, razón por la cual la unión marital y el matrimonio debían recibir el mismo trato, luego, así como el matrimonio generaba el estado civil de casado, la unión marital de hecho originaba el de compañero o compañera permanente.

Como la aplicación de la doctrina probable consignada en el artículo 4° de la Ley 169 de 1896, y el acatamiento del precedente judicial establecido en el artículo 7° de la Ley 1564 de 2012 está dirigido a los operadores judiciales y "el legislador, por medio del Decreto-Ley 960 de 1970, artículo 3°, numeral 13, le asignó a los notarios, llevar el registro civil de las personas" (Garcés, F. 2015, p. 117), la cual no es una labor judicial, éstos no están obligados a acatar el mandato de la Corte Suprema de Justicia de inscribir dicho registro.

Tomando como fundamento que el precedente judicial relacionado con la función del registro civil no es obligatorio para los notarios, surgió la necesidad de determinar si tales funcionarios, encargados de llevar el registro civil de las personas, aplican dicha doctrina probable.

Así, es de interés para la comunidad jurídica establecer en qué medida los notarios acogen el pronunciamiento de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, escogiéndose del universo de notarios del país, como muestra representativa, el Circulo Notarial de Medellín, Colombia, que por ser el segundo en el país en su composición y número de registro de uniones maritales le hecho³, puede representar la conducta del universo, y por ende, generalizar las conclusiones para el conjunto del notariado nacional; además por propender por los principios de conveniencia, oportunidad y disponibilidad que se predicen en el muestreo, en razón a que la ciudad de Medellín es el domicilio del investigador.

Igualmente, es oportuno constatar la ocurrencia de la inscripción en el registro de varios, previsto en el artículo 1° del Decreto 2158 de 1970, de la declaratoria de unión marital de hecho como fuente de estado civil de compañero o compañera permanente, y evaluar si dicho registro constituye prueba de tal estado.

1 - CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de diciembre de 2001

2 - CSJ, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 de septiembre de 2000

3 - Estadística de la Superintendencia de Notariado y Registro, citada en las fuentes

1. METODOLOGÍA

Con el propósito de cumplir con los objetivos de la investigación, se recurrió al tipo de investigación descriptiva (Blanco, J. 2013, p. 68), con enfoque mixto, acudiendo en consecuencia tanto a fuentes primarias como secundarias. Apoyado en las primeras, se obtuvo la opinión de los funcionarios encargados de llevar el registro del estado civil de las personas, acerca de cómo se manifiesta en el registro el fenómeno del estado civil producido por la declaratoria de la unión marital de hecho, de acuerdo con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia. Fincado en las segundas, se buscó elementos teóricos y jurídicos relacionados con el estado civil, la unión marital de hecho y el precedente judicial.

Para recaudar la información primaria se diseñó un cuestionario autoadministrado, sometido a validación de contenido⁴, valorando por un lado, la pertinencia, conducencia, idoneidad y objetividad del instrumento; y por otro, los ítems relacionados con la aplicación de la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia acerca del estado civil, los espacios temporales en los cuales se solicita la inscripción de la declaratoria de la convivencia marital, y el documento en el que ha de inscribirse el estado civil de compañero o compañera permanente.

Formalizados los ajustes sugeridos por la validadora, se aplicó en prueba piloto al 20% de la muestra, y como prueba definitiva se realizó a los treinta y un notarios del Circulo Notarial de Medellín, durante el mes de abril de 2016.

A partir de los antecedentes recogidos en el estado del arte, se categorizó los tópicos sobresalientes para ser investigados y consultados en terreno, como: regulación específica del estado civil en la convivencia marital, autoridades obligadas a acatar el precedente judicial, doctrina probable derivada en autos de la Corte, registro del estado civil de las personas, registro de la declaratoria de unión marital de hecho, y la concurrencia de inscripciones en el registro de varios y en el registro de nacimiento.

En la investigación se usaron como criterios cuantitativos la recolección y análisis de los datos extraídos de los diferentes interrogantes formulados en el cuestionario autoadministrado a cada uno de notarios del Circulo Notarial de Medellín, con el fin de dar respuesta a la pregunta de investigación basada en medición numérica

de las respectivas respuestas, y como criterios cualitativos, la identificación de la naturaleza del estado civil en la unión marital de hecho, mediante la recolección de información sobre este atributo de la personalidad, las posiciones de la Corte Suprema de Justicia relacionadas con el estado civil del conviviente, la legislación que regula registro del estado civil, y los criterios doctrinales sobre la existencia del estado civil en la unión marital de hecho.

Las variables relacionadas con el aspecto cualitativo se fijaron en relación con la adopción de la posición de la Corte Suprema de Justicia, la prueba del estado civil de conviviente, y cuantitativamente en lo concerniente a la frecuencia con que se registra el acto de declaratoria de unión marital de hecho, y el registro del estado civil en que se inscribe.

Los resultados obtenidos de la aplicación de instrumento fueron procesados sobre la base de una matriz elaborada para tal fin, que permitió la elaboración de los gráficos de análisis de la información.

Mediante las fuentes secundarias se procuró la búsqueda de elementos teóricos y jurídicos relacionados con el estado civil, la unión marital de hecho y el precedente judicial, con el fin de obtener explicaciones en el nivel cognoscitivo de dichas figuras. En tal sentido, se revisaron las fuentes jurídicas, legislación y jurisprudencia nacional, y doctrina nacional e internacional relevante sobre el tema de investigación.

2. UNIÓN MARITAL DE HECHO COMO FUENTE DEL ESTADO CIVIL

En el derecho romano, el estado civil estaba integrado por tres elementos fundamentales: Libertad, ciudad y familia. "El *status libertatis* indicaba si la persona era libre o esclava; el *status civitatis* servía para establecer si era o no ciudadano romano; y el *status familiae* si era o no jefe de familia" (Valencia, A. & Ortiz, A. 1994, p. 315), los cuales constituían la personalidad jurídica, de tal manera que la ausencia de uno de ellos implicaba la pérdida de la personalidad.

"La concesión de la libertad y la personalidad a todos los seres humanos, ha quitado en nuestros días toda significación teórica y práctica, a un concepto jurídico que se originaba en la oposición entre los hombres libres y los esclavos" (Josserand, L. 1993, p. 223), "empero

4 - A través de evaluadora designada por la Dirección de la Maestría de Derecho de Familia de la Universidad Antonio Nariño, doctora Clara Carolina Cardozo Roa.

subsistieron el *status civitatis* y el *status familiae*" (Parra, J. & Álvarez 2008, p. 100). Luego, en la Edad Media, como lo expresan Ferriol, Gete-Alonso & Hualdes (2001), aparecieron otros estados que clasificaban a las personas de acuerdo con su cualidad, posición religiosa o social, como hombre o mujer, cristiano, moro o judío, hidalgo, noble o siervo, los cuales dejaron de tener sentido con el advenimiento de la igualdad entre los hombres proclamada en la revolución francesa; sin embargo, se establecieron situaciones de desigualdad justificadas para adecuar la ley a la condición natural de la persona, como la edad, la situación de casado o de soltero, la enfermedad, la filiación legítima e ilegítima, etc. (p. 134).

Dice Abelanda, C. (1980), en Argentina, que en la actualidad el *status civitatis* ha perdido importancia por haberse esfumado sensiblemente las diferencias entre nacionales y extranjeros a los fines de discernir la personalidad jurídica, que hoy se reconoce a los miembros humanos por igual, conservando solamente el *status familiae* en el derecho moderno gran parte de la importancia que se le atribuía en el derecho de Roma, pues sin constituir un presupuesto en la personalidad jurídica, incide notablemente en la capacidad de derecho y en la capacidad negocial de la persona (p. 407).

Borda (1993), en el mismo país, rechaza la anterior delimitación, al expresar:

Por nuestra parte disintimos de esta opinión, pues si se acepta que el estado civil está dado por el conjunto de calidades que fijan los derechos y deberes de una persona, no es posible limitar el concepto a las relaciones de familia, ya que también las calidades propias de una persona considerada en sí misma y las que se vinculan a la sociedad, influyen en los derechos y deberes de los individuos (p. 30).

Similar posición asume Larroumet, C. (2006), en Francia, quien concibe el estado civil como una generalidad constituida por todos los elementos que permiten una identificación jurídica de la persona, como el de su filiación o el matrimonio, de ser nacional de un país, a su apellido (p. 306).

Barbero, D. (1967), en Italia, se inclina por considerar que aún concurren en el estado civil, el *status civitatis* y el *status familiae*:

Es una característica proveniente de un sujeto de su posición en el seno de la comunidad social. Esta posición puede ser considerada desde varios puntos de vista. ¿Se considera la pertenencia a una determinada comunidad

estatal? De ello nace el estado de "ciudadano". ¿Se considera la posición en una determinada familia o en la jerarquía de la Iglesia? De ello nacen los estados de "cónyuge", "hijo", "progenitor" o de "eclesiástico" (p. 185).

Rojina, R. (2001), en México, adopta igual enfoque, cuando manifiesta que el estado civil se divide en estado de familia y estado político:

[El primero] se descompone en las distintas calidades de hijo, padre, esposo o pariente por consanguinidad, por afinidad o por adopción. En el segundo caso, el estado se denomina político y precisa la situación del individuo o de la persona moral respecto a la Nación o al Estado a que pertenezca, para determinar las calidades de nacional o extranjero (p. 169).

En Colombia, Betancourt, M. (1996), se inclina por la primera de las posiciones al considerar que en la actualidad tiende a desaparecer la influencia del estado político sobre los derechos privados, fundamentos del estado familiar, puesto que los efectos del estado político tocan sobre todos los derechos públicos, con lo cual se puede precisar lo que se entiende por estado civil (p. 158).

En efecto, la Constitución Política de Colombia, al incluir el estado civil en el artículo 42, le atribuye un carácter de derecho de naturaleza familiar, zanjando cualquier discusión en torno a si es político o familiar, precepto que además le asigna a la ley su regulación.

A propósito, el Decreto 1260 de 1970 es la norma que regula el estado civil de la persona, y lo define en el artículo 1° como la: "situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible, y su asignación corresponde a la ley".

Ahora, el hecho de que en la definición se indique que el estado civil determina la capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, ha generado también críticas, como en su momento las tuvo el derogado artículo 346 del Código Civil, puesto "que parecía definir, más que el estado civil, la capacidad jurídica de las personas naturales. El legislador del Código confundió dos nociones bien distintas: la de estado, que implica cualidad o posición, y la de capacidad, que comprende la idea de aptitud" (Suárez, R. 2014, p. 322), o, "era como el eco de la identificación que antiguamente se hacía entre la capacidad jurídica y el estado civil para discriminar los seres humanos, según se les reconociera su *status civitatis* como aptitud para adquirir derechos o contraer obligaciones o se le negara aunque tuviera el *status familiae*" (Angarita, J. 1994, p. 112).

En verdad, que la capacidad forme parte del estado civil de las personas es un tema de permanente discusión doctrinal. Para Bonnacase, J. (1995), la distinción debe ser radical en virtud a que en el estado de las personas solo se atiende a la relación que guardan con la familia, el Estado o la Nación, es decir respecto a grupos determinados, sin tomar en cuenta la aptitud de la misma para adquirir o ejercitar derechos y obligaciones (pág. 140).

Por su parte, Josserand, L. (1993), advierte que no se deben confundir el estado civil con la capacidad, pues como a continuación se refiere, son conceptos diversos:

1°. Como lo veremos, el estado manda en la capacidad, pero la recíproca no es cierta.

2°. Toda persona tiene un estado, mientras que existan individuos que no son absolutamente incapaces, en el sentido por lo menos de que no puedan ejercer sus derechos: los niños, por ejemplo.

3°. Hay acontecimientos que influyen sobre la capacidad de las personas, pero que en nada interesan a su estado: la debilidad mental, la locura; una persona no cambia de estado por razón de que sus facultades mentales se hayan alterado; la situación en la familia continúa siendo la misma (Josserand, L. 1993, p. 224).

A su turno, Alessandri, Somarriva & Vodanovic (1998), expresan que el estado civil influye en la capacidad, pero ésta muchas veces no media en aquella, ya que la capacidad depende del individuo considerado en sí mismo; para mirar si es capaz o incapaz se debe mirar solo a su persona, es innecesario mirar si es casado o hijo legítimo o ilegítimo. El estado civil es un vínculo del individuo con la familia, en tanto que la capacidad es simplemente una aptitud para adquirir y ejercer derechos; es una noción que no supone vínculo alguno (p. 434).

Siguiendo el mismo lineamiento, Naranjo (1999), manifiesta:

El estado civil manda sobre la capacidad, pero ésta no tiene ninguna influencia sobre aquél. Toda persona tiene un estado civil, pero puede no tener una capacidad de ejercicio (infante, por ejemplo); hay hechos que influyen en la capacidad y no en el estado civil (demencia) (Naranjo, F. 1999, p. 170).

Por el contrario, en concepto de Planiol & Ripert (1997), la capacidad hace parte del estado de la persona, cuando indican:

Pues este no es simple y único, es múltiple, y se aprecia desde un triple punto de vista: 1. Según las relaciones de

orden político (estado en la ciudad o desde el punto de vista político) 2. De acuerdo con las relaciones de orden privado (estado en la familia) 3. Según la situación física de la persona (estado personal) (Planiol, M. & Ripert, G. 1997, p. 71).

O como lo señala Rabinovich-Berkman (2003), la relación entre estado civil y capacidad "es prácticamente inescindible y sólo pueden separárselos en teoría" (p. 409).

Pese al equilibrio de las posiciones doctrinales, considero que la definición de nuestro Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas, como lo hizo el otrora artículo 346 del Código Civil, confunde la noción de estado civil con la de capacidad jurídica de la persona, pues, el hecho de ser colombiano, miembro de determinada familia, casado o compañero permanente, no determina que pueda ejercer derechos o contraer obligaciones, los cuales los otorga la capacidad, quizás, podría una posibilidad como lo anota Parra & Álvarez (2008) como "presupuesto para cierta determinación de capacidad de ejercicio" (p. 103).

Ahora, para complementar la noción de estado civil, es menester revisar sus fuentes y efectos, los cuales pueden conllevar establecer relaciones que impliquen ciertos derechos y obligaciones, más no capacidad como lo predica la norma en cita.

De conformidad con el artículo 1° del Decreto 1260 de 1970, son fuentes del estado civil los hechos y actos jurídicos establecidos por la ley, "los determinantes son hechos (nacimiento y defunciones) y un acto (matrimonio), principalmente. Alrededor de ellos gira todo el estado civil de las personas, pues con el primero se origina; con el segundo termina y, con el tercero se modifica" (Angarita, J. 1995, p. 141).

Además, como lo señala Betancourt, M. (1996), la ley establece los siguientes efectos:

El estado civil implica numerosas consecuencias de derecho privado; concretamente, determina el aumento o disminución de la cantidad de derechos y obligaciones de que puede ser sujeto la persona. Así, quien se haya situado dentro de una familia, tiene mayores responsabilidades de adquirir en ella herencia y pensión alimentaria que quien no lo está; quien es consorte tiene derechos y obligaciones de cohabitación, socorro y ayuda de que carece quien no lo es; quien es padre o madre tiene derechos de crianza, educación y establecimiento, e incluso a veces de alimentos, de quien no lo es (Betancourt, M. 1996, p. 105).

O según lo señala Medina, J. (2010), como consecuencia del estado civil:

Sabemos qué lugar una persona ocupa en una familia: si es hijo de tal o cual, o es padre de éste o hermano de aquel, con quién está casado. Accesoriamente, el estado civil nos permite algunos derechos ligados o atribuidos a la personalidad, como la identidad (apellidos familiares), algunas facultades relativas a la capacidad (edad, patria potestad), la aprobación de ciertos bienes patrimoniales (usufructo de bienes y peculios), determinación de la nacionalidad (*ius sanguinis*) y del domicilio (domicilios legales) (Medina, J. 2010, p.722).

Ahora, con relación al tema de la prueba del estado civil, Beltrán & Orduña (1996) expresan que en España "el registro civil proporciona un medio de prueba preferente, privilegiado (solo en supuestos taxativos serán admisibles otros) del estado civil de las personas (art. 327 C.c. y 2 LRC)" (p. 137).

Sobre el particular, agrega Ferriol, L. (2001), en dicho país, que:

Las funciones que cumple el Registro Civil, son las de garantizar una información fiable sobre la condición civil de las personas y la de proporcionar un medio de prueba privilegiado del estado civil. Pero, además, se recoge en ella una función de cooperación a la formación de alguno de los actos pertenecientes al estado civil y la realidad de su contenido, que comprende la constancia y publicidad de datos que, como la representación legal de las personas, no conciernen directamente al estado civil, pero sí se relacionan con él (Ferriol, L. 2001, p. 142).

Por su parte Enneccerus, L. (1943) indica que:

Los libros de registro del estado civil, llevados regularmente, y las copias de los mismos, regularmente expedidas, no solo prueban que se han hecho las comparecencias reseñadas, sino que dan también plena prueba de los mismos hechos inscritos, en tanto los registros del estado civil estén destinados a protocolizar estos hechos (Enneccerus, L. 1943. p. 332).

En Alemania, Larenz, K. (1978), advierte:

En consideración a los múltiples efectos jurídicos que se alcanzan con el nacimiento de una persona, su procedencia de determinados padres, el matrimonio y el fallecimiento, el ordenamiento jurídico facilita la prueba de tales hechos y sucesos mediante su inscripción en libros de carácter público, esto es, los libros del estado civil, que lleva el funcionario del Registro Civil, y que son el Libro de Matrimonios, el Libro de Familia, el Libro de Nacimientos y el Libro de Defunciones (art. 1 PStG)

(Larenz, K. 1978, p. 115).

Agrega Tuhr, A. (1999), que "de acuerdo con la ley sobre el estado civil, el nacimiento y la muerte se inscriben en el registro que lleva el oficial correspondiente, sobre la base de las denuncias que son obligatorias para ciertas personas y en ciertos plazos" (p. 385).

Según Josserand, L. (1993), en Francia:

Los acontecimientos o actos que influyen sobre el estado de las personas se expresan en instrumentos auténticos llamados actas o asientos del estado civil, que se presentan bajo forma de registros públicos, cuyo tenor y conservación están confiados a los oficiales públicos denominados oficiales del estado civil (Josserand, L. 1993, p. 225).

En México, expresa Rojina, R. (2001) que:

Las actas del Registro Civil son instrumentos en los que constan de manera auténtica los actos o hechos jurídicos relativos al estado civil de las personas. Deben hacerse constar en los libros que señala la ley, dando fe de los mismos el Oficial del Registro Civil correspondiente (Rojina, R. 2001, p. 182).

En Italia, según Branca, G. (1978), el registro de nacimientos, de defunciones, de matrimonios, de nacionalidad, no atribuyen estatus, pero lo hacen público (es decir notorio) (p. 26).

En Argentina, Nieto, Laje, Yungano & Sánchez (1981), expresan que "Las inscripciones originales practicadas se denominan *partidas*, que constituyen instrumentos públicos. También lo son (art. 24, Dec-ley cit.) los testimonios, copias certificados, libretas de familia u otros documentos expedidos por Dirección General" (p. 103).

En Chile, Ducci (2007), indica que "La prueba fundamental del estado civil se efectúa por medio de certificados o partidas. Estas partidas no prueban directamente el estado civil sino los hechos constitutivos del mismo" (P. 137).

En Colombia, Angarita, J. (1994) expresa:

La legislación colombiana es estricta en lo que respecta a esta prueba, o sea, la ha rodeado de determinados formalismos esenciales para que ella no quede al arbitrio de las personas. El legislador no dejó la prueba libre o libertad probatoria a lo que atañe a este tema, como si lo acepta en otras materias, por lo cual las cualidades del estado civil, y este mismo; deben demostrarse idóneamente: solo con los medios y de la manera que la ley señala (Angarita, J. 1994, p. 155).

El artículo 101 del Decreto 1260 de 1970 establece que "el estado civil debe constar en el registro del estado civil", medio fidedigno que contiene los hechos y actos previstos en el artículo 5° del mencionado estatuto, los cuales se probarán con copia del correspondiente folio o con certificación expedida con base en las mismas, según lo dispone el artículo 105 de dicha obra.

Copias que, de acuerdo con lo expuesto por Betancourt, M. (1996),

Entran en la categoría de instrumentos públicos, es decir aquellos que han sido elaborados con intervención de funcionarios públicos. El principio aplicable a estos documentos es que se hacía fe, mientras no se acreditara la tacha de falsedad. O el rechazo, cuando probada la falta de idoneidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma persona a que se refiere la inscripción o los documentos en que ésta se fundó y la persona a quien se pretende aplicar (Betancourt, M. 1996, p. 534).

El Decreto 2158 de 1970 creó el *registro de varios* para todos los hechos y actos distintos al nacimiento, al matrimonio o la defunción, los cuales se probarán con las inscripciones realizadas en él, pues de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 1° del referido decreto, las anotaciones de dichos actos en el registro de nacimientos (artículo 10 Decreto 1260 de 1970), y de matrimonios (artículo 22 Decreto 1260 de 1970), tienen el carácter de información complementaria.

Según las normas referidas, se establecen cuatro documentos para probar el estado civil: Registro de nacimientos, registro de matrimonios, registro de defunciones y registro de varios; éste comprende los actos y hechos previstos en el artículo 1° del Decreto 2158 de 1970, que, a excepción de las capitulaciones matrimoniales, son los indicados en el artículo 5° del Decreto 1260 de 1970.

Ahora, la Constitución Política de 1991 reconoció en la unión marital de hecho una nueva manera de conformar familia en Colombia, sin que expresamente la aludiera como fuente del estado civil, circunstancia que conllevó a considerar que la unión marital de hecho no constituía estado civil, precisamente porque el artículo 42 de la Carta asignó a la ley la determinación del estado civil, sus consiguientes derechos y obligaciones, y el legislador no ha expedido norma regulatoria de este atributo de la personalidad a partir de la constitución de familia por medios naturales.

Medina, J. (2010), manifiesta que en materia del estado civil no cabe la analogía de la unión marital de hecho con el matrimonio, debido a que el Constituyente defirió dicha función a la ley; que puede darse la coexistencia de estado civil de casado y estado civil de compañero permanente sin excluirse; el estado civil sería disponible libremente por uno de los interesados, puesto que la unión marital de hecho es una situación fáctica que dura hasta que las partes quieran mantener la relación; además se presenta la duda sobre el parentesco, y más aún sobre la prueba del estado civil (pág. 721).

Posición similar asumen Vallejo, J., Echeverry, J., & Palacio, R., (2011), quienes luego de hacer referencia a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia que determina que la unión marital de hecho constituye estado civil, expresan:

Si bien es cierto, la Corte Suprema de Justicia en Auto 125 de 2008 antes referenciado, conceptuó que dado el desarrollo jurídico y social del país, la unión marital de hecho es un estado civil, consideramos que debe ser el legislador quien así lo establezca, tal como lo dispone el artículo 42 de la Constitución Nacional y el Decreto 1260 de 1970 en su artículo 1° (Vallejo, J., Echeverry, J., & Palacio, R., 2011, p. 134).

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en auto referido del 28 de noviembre de 2001 (Expediente 00096-01), consideró que las uniones maritales de hecho no generaban estado civil, precisamente por no haberse establecido en el ordenamiento jurídico, la cual no se puede deducir del artículo 42 de la Constitución, máxime cuando la misma disposición remite a la ley su regulación, orfandad legislativa que no se supera con la Ley 54 de 1990, pues esta no tuvo como cometido crear un estado civil. Decisión objeto de salvamento de voto de los magistrados José Antonio Castillo Rujales, José Fernando Ramírez Gómez y Jorge Santos Ballesteros.

Estimó el primero, que incumbe al juez en el Estado Social de Derecho la tarea insoslayable de completar los mandatos incompletos del legislador. El artículo 1° de la Ley 54 de 1990 no se limita a definir la unión marital de hecho, sino que ubica la condición de compañeros permanentes en un contexto de plena eficacia jurídica, la cual comprende el estado civil, en cuya virtud se desprende un conjunto de derechos, deberes y obligaciones de éstos entre sí y respecto de los hijos, inclusive respecto de la familia misma, por lo que lo insuficiente es el texto escrito de la ley, mas no el estado

que ella ha creado, luego le incumbe al juez complementar la labor que el legislador dejó trunca. Entre tanto, el segundo expresó que de acuerdo con el artículo 42 Superior, el matrimonio como la unión marital de hecho son formas legítimas de constituir una familia, de ahí que esta deba recibir un tratamiento jurídico equiparable o semejante a aquel. La lectura e interpretación de la Ley 54 de 1990 no puede ser ajena a los valores y principios que consagra la Constitución, razones compartidas por el último de los magistrados disidentes de la posición mayoritaria.

En providencias confirmatorias de la línea, la Corte, en auto del 10 de noviembre de 2004, (Expediente 00773-00), se mantuvo en su determinación al ratificar que el legislador no había reconocido el estado civil de compañeros permanentes generado por la unión marital de hecho, y los jueces no podían apropiarse de la facultad concedida por la Constitución al legislador para determinarlo, so pretexto de hacer paralelismo con la relación que emerge del vínculo matrimonial. Los jueces no podían deducirlo de vínculos similares, pues usurparían la competencia del legislador; es más, existen múltiples situaciones familiares como la separación de cuerpos, divorcio o disolución del matrimonio por causa de muerte, sin que la ley haya previsto los estados civiles de separado, divorciado o viudo, luego que tales eventos deban inscribirse en el registro civil no son indicativos por sí mismos de un estado civil.

En decisión del 9 de agosto de 2005, (Expediente 11001-31-10-015-1999-00482-01), la Sala rememora los autos del 28 de noviembre de 2001 y 10 de noviembre de 2004.

En proveído del 30 de enero de 2006, (Expediente 11001-02-03-000-2005-01595-00), la Corte reiteró la posición mayoritaria expresada en el auto del 28 de noviembre de 2001, decisión disentida por el magistrado Pedro Octavio Munar Cadena, para quien existe estado civil en la unión marital de hecho, precisamente porque el artículo 42 de la Constitución da lugar a la conformación de una familia, individualizando a quienes la conforman, debido a que le otorga un determinado estatus tanto en el seno familiar como social, y la expresión "para todos los efectos civiles", contenida en el artículo 1° de la Ley 54 de 1990, por supuesto comprende la del estado civil.

Por último, en auto del 21 de marzo de 2006, (Expediente 11001-02-03-000-2005-01672-00), la Corporación reiteró su criterio, insistiendo que de acuerdo con el inciso 13 del artículo 42 de la Constitución Política, es la ley la llamada a determinar lo relativo al estado civil de las

personas y los consiguientes derechos y deberes, y las uniones maritales, por más regulares y estables que resulten ser, no han sido concebidas por el legislador como constitutivas de un estado determinado.

Mediante providencia modificadora y dominante (Blanco 2011, p. 201), en auto del 18 de junio de 2008, (Expediente 050013110062004-00205-01), el alto Tribunal rectificó su posición indicando que sin que se haya expedido la ley echada de menos, se han introducido cambios que tienden a darle a la unión marital de hecho un tratamiento jurídico semejante al matrimonio (Ley 1060 de 2006; Ley 640 de 2001, artículo 40, numeral 3; Ley 979 de 2005, artículo 4°, numerales 1° y 2°; Ley 54 de 1990), lo que permite subsumir a la unión marital de hecho en la definición de estado civil. La lectura e interpretación de la Ley 54 de 1990, no puede ser extraña a los valores y principios que proclama la Constitución de 1991, luego debe entenderse con una vocación de equidad e igualdad por lo que la familia constituida por vínculos naturales o jurídicos debe recibir el mismo trato, razón por la cual no se puede sostener que el matrimonio es el único que genera un estado civil, mientras que la unión marital no, menos cuando el acto jurídico del matrimonio no es la única fuente ontológica del mencionado estado. De ahí que, si el matrimonio origina el estado civil de casado, la unión marital de hecho también genera el de compañero permanente, ya que la Ley 54 de 1990 no se limita a definir la unión marital de hecho, sino que precisa el objeto de la definición al nominar los efectos que genera la condición de compañeros permanentes.

Agregó que el hecho de que uno de los integrantes o ambos de la unión marital de hecho tengan vivo un matrimonio anterior, no atenta contra la indivisibilidad del estado civil porque la fuente ontológica de una u otra situación es distinta, y los mismos hechos hacen que la unión marital tenga la virtud de establecer o modificar el estado civil de quienes hacen parte de ella, lo que se corrobora en el campo personal con los derechos y deberes entre los miembros de la unión, y entre estos y los hijos si los hubiere, la exigencia que la comunidad de vida debe ser permanente y singular.

Concluyó de lo dicho que la unión marital de hecho, al igual que el matrimonio es una especie de estado civil, pues no es algo externo a las personas que la conforman, por el contrario, trasciende a ellas.

La posición es ratificada en autos del 11 de noviembre de 2008, (Expediente 1100102030002008-01484-01), y 19 de diciembre de 2008, (Expediente 10010203002007-

01200-01), y las sentencias del 11 de marzo de 2009, (Expediente 8500131840012002-00197-01), y 19 de diciembre de 2012 (Expediente 600131100082005-00003-01).

Por su parte, la Corte Constitucional ha negado la generación de estado civil de compañeros permanentes proveniente de la unión marital de hecho. En la sentencia C-174 de 1996, (Expediente D 1047), pese a que consignó que en razón a las consecuencias jurídicas que la unión marital traía, en determinadas circunstancias establecía o modificaba el estado civil de quien la conformara, y la ley, en consecuencia, acorde con la Constitución, determina el estado civil, lo mismo que los consiguientes derechos y deberes, precisó que éste es un campo reservado al legislador, por lo que no es el juez constitucional competente para establecer dicho estado, y tampoco crear una igualdad entre cónyuges y compañeros permanentes, cuando la Constitución los consideró diferentes.

Entre tanto, en la sentencia T-167 de 2002, (Expediente T-520156), el Tribunal Constitucional ratificó la posición de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia fijada en el auto de 21 de noviembre de 2001, acogiéndola por provenir de quien tiene la función de crear la jurisprudencia.

Lafont, P. (1994), un lustro antes de que la Corte Suprema de Justicia se pronunciara sobre el estado civil en la unión marital de hecho, concibió el estado civil de compañero permanente como un estado civil imperfecto, puesto que les asigna a los integrantes de la pareja una situación especial que al mismo tiempo se asimila y difiere del estado civil de las personas (p. 166).

Por su parte, Quiroz, A., (2014) es de la opinión de que el estado civil de compañero permanente es un estado civil "pero perfecto, lo que sucede es que genera menos derechos y obligaciones que el de casados" (p. 465).

Como lo advierte Perilla, J., (2015), el derecho puede ser interpretado desde las teorías del formalismo y el antiformalismo. En el primero, el derecho era entendido como un entramado de normas que no tenían lagunas, debido a que era creado por el legislador tradicional y, en consecuencia, el operador jurídico no estaba llamado a hacer nada diferente que repetir lo que decían las normas. En el segundo, el derecho cuenta con una naturaleza abierta, puede ser creado por múltiples fuentes y el operador jurídico puede hacer varias aportaciones interesantes a partir de interpretaciones auténticas (p. 6).

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la postura que reconoce el estado civil en la unión marital de hecho, hace una interpretación auténtica de la Ley 54 de 1990, pues el derecho familiar en la modalidad de unión marital de hecho es producto de una dinámica política y social que tiende a darle un tratamiento semejante al matrimonio y el vacío legislativo no es obstáculo para hacer prevalecer los principios y valores proclamados por la Constitución.

Optar por la posición formalista, que la unión marital de hecho no genera estado civil por ausencia de norma que lo consagre, es desconocer el avance dado por la Constitución de 1991, que "determina que el derecho debe ser comprendido desde un enfoque antiformalista" (Perilla, J., 2015, p. 4), razón por la cual es dado afirmar que la unión marital de hecho es fuente del estado civil.

Con relación a la característica de indivisibilidad del estado civil, se plantea la discusión sobre la duplicidad cuando uno o ambos integrantes de la unión marital es o son casados.

Blanco, J., (2011), es de la opinión que son contradictorios, cuando expresa:

En segundo lugar, el operador judicial se encuentra con las consecuencias que puede traer aceptar la existencia de un estado civil de compañero/a permanente cuando uno de los dos integrantes de la pareja, o ambos, están casados con terceros. El estado civil es uno solo, lo que quiere decir que una persona no puede ser casada y compañera permanente a la vez (Blanco, J., 2011, p. 203).

Por su parte, Alarcón, Y., (2014), luego de analizar el auto del 18 de junio de 2008, por el cual la Corte Suprema de Justicia corrigió su posición concluye:

En cuanto a la posibilidad de concurrencia de derechos entre cónyuges y convivientes, la Corte en mención señala que se supera el obstáculo de univocidad del estado civil al establecerse que cuando un individuo adquiere un nuevo estado este tiene la fuerza de modificar el estado anterior, abriendo con ello una incertidumbre acerca de si al adquirir la condición de compañero o conviviente, tiene la potestad de modificar el estado de casado de una persona (Alarcón, Y., 2014, p. 162, 163).

Considero, como investigador, que el sustento de la Corte Suprema de Justicia, es la esencia natural (vínculos naturales) de la unión marital de hecho, diversa a los vínculos jurídicos, fuente del matrimonio, "lo cual hace que tenga la virtud de establecer o modificar el estado civil anterior" (Auto del 18 de junio de 2008); es decir que el

hecho de realizar una comunidad de vida permanente y singular, hace que se modifique el estado civil de casado, lo que significa que no requiere de acto jurídico que varíe la anterior condición, o sea el divorcio.

3. PERTINENCIA Y PRUEBA DEL ESTADO CIVIL DE COMPAÑERO (A) PERMANENTE

De conformidad con los artículos 9 y 12 del Decreto 1260 de 1970, la inscripción de nacimientos, matrimonios y defunciones se hace en el folio dispuesto para cada uno de estos actos y hechos, en tanto que los restantes, previstos en el artículo 1° del Decreto 2158 de 1970, se inscribirán en el registro de varios. En consecuencia, se advierte que el legislador estableció cuatro documentos para probar el estado civil: registro de nacimientos, registro de matrimonios, registro de defunciones y registro de varios.

Valga la oportunidad para estimar, si el acto que declara la existencia de la unión marital de hecho cabe dentro del registro últimamente citado.

Arango, H., (2007), anota:

Consideramos que de acuerdo con la ley 979 de 2005 por medio de la cual se establecen mecanismos ágiles para demostrar la unión marital de hecho y sus efectos patrimoniales se le dio el carácter de estado civil a dicha unión y, en consecuencia, se debe proceder a su anotación en el libro de varios, ya que en este se deben anotar todos los hechos y actos que afecten el estado civil (Arango, H., 2007, p. 137).

En efecto, la expresión "*especialmente*" consignada en el artículo 1° del Decreto 2158 de 1970 antes de determinar los hechos y actos objeto de inscripción en el registro de varios, da a entender que se trata de un listado enunciativo, máxime cuando existen otros actos de reciente conformación, como el cambio de sexo, el cual debe ser inscrito.

Así, el acta de conciliación, la escritura y la sentencia judicial que declaran la existencia de la unión marital de hecho deben ser inscritas en el registro de varios.

Surge el interrogante: ¿si la declaratoria de existencia de la unión marital de hecho debe ser inscrita además en el registro civil de nacimiento del conviviente? La respuesta la da el párrafo 1° del artículo 1° del Decreto 2158 de 1970, que textualmente dice: "Párrafo 1° Efectuada la inscripción en el Registro de Varios, se considerará

perfeccionado el registro aun cuando se haya realizado la anotación a que se refieren los artículos 10 [nacimientos], 11, y 12 [matrimonios] del Decreto-ley número 1260 de 1.970, [el] cual tendrá únicamente el carácter de información complementaria", norma que además es posterior al Decreto 1260 de 1970, de considerarse que en el artículo 5° está incluida la unión marital de hecho.

Como de acuerdo con el párrafo 1° del artículo 1° del Decreto 2158 de 1970, citado, la inscripción en el registro de varios es prueba de dichos actos, y al no ser necesaria la nota marginal en el registro de nacimiento, la copia, con sus respectivas formalidades, del registro de varios, es prueba pertinente del estado civil de compañero o compañera permanente.

4. APLICACIÓN PRÁCTICA DEL AUTO DEL 18 DE JUNIO DE 2008 DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

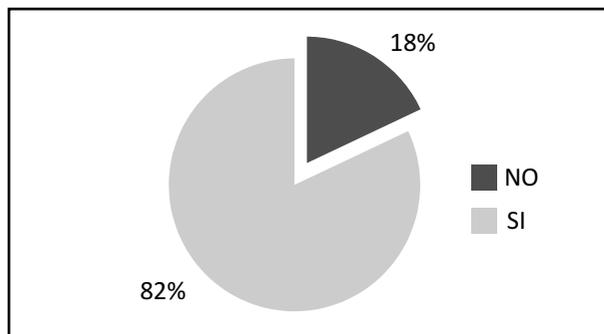
4.1. Hallazgos de corte cuantitativo

De acuerdo con la metodología propuesta, para el cumplimiento del objetivo de la investigación, bajo un modelo de investigación descriptiva, se pretendió establecer la posición del funcionario a quien la ley le ha asignado la misión de llevar el registro civil de las personas, sobre la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia referente la generación de estado civil de compañero o compañera permanente por el hecho de inscribir el acto de declaratoria la unión marital de hecho en el registro de varios que llevan las notarías del país; igualmente la frecuencia con que se registra los actos que declaran la existencia de dicha convivencia, lo mismo que el concepto sobre la prueba del estado civil de quien integra esta nueva forma de constituir familia.

Para recolectar la información se diseñó un instrumento aplicado a los treinta y un notarios del Circulo Notarial de Medellín, que contiene el número de la notaría, nombre del notario, cuatro variables con opción de respuesta que incluye el propósito atrás indicado, comentarios adicionales, firma del notario, y la advertencia que la información recaudada se destinará para fines netamente académicos, respetada en los términos de la Ley 1581 de 2012.

Los resultados obtenidos de la aplicación del instrumento fueron procesados, permitiendo la obtención de los siguientes gráficos.

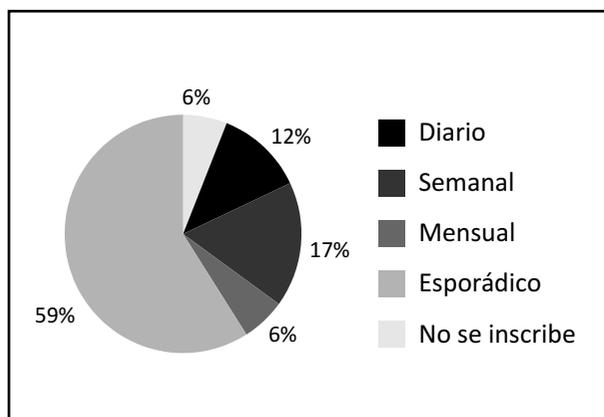
Gráfica 1.
Aplicación del pronunciamiento de la Corte



Fuente: Propia. Gráfico de análisis de información. Junio de 2016.

El 82 % de los notarios acatan la posición de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, referente a que la unión marital de hecho genera el estado civil de compañero (a) permanente; en tanto que el 18% no la acoge, lo que significa para estos, pese al registro de la declaratoria, no existe estado civil en la unión marital de hecho.

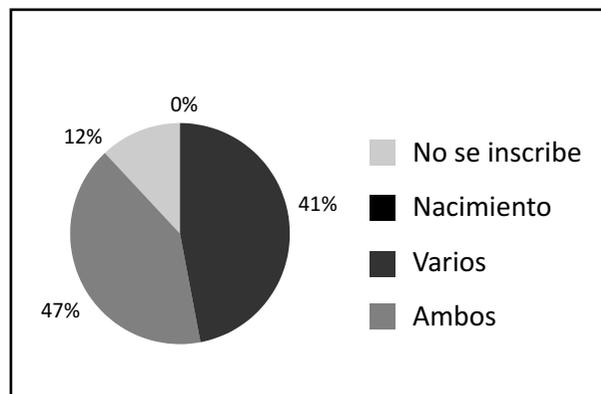
Gráfica 2.
Frecuencia del registro del acto que declara la existencia de la unión marital de hecho



Fuente: Propia. Gráfico de análisis de información. Junio de 2016.

La variable relacionada con la frecuencia del registro de la declaratoria de unión marital de hecho mostró que el 59% de los notarios informan que se hace esporádicamente, 17% expresa que se realiza semanalmente, el 12% que se efectúa diariamente, el 6% que se registra mensualmente, y el 6% que no se inscribe.

Gráfica 3.
¿En qué registro se inscribe la declaratoria de existencia de la unión marital de hecho?



Fuente: Propia. Gráfico de análisis de información. Junio de 2016.

A la pregunta ¿En cuál de los folios de registro del estado civil, nacimientos o varios, previstos por el artículo 9° del Decreto 1260 de 1970 y 1° del Decreto 2158 de 1970, se inscribe la declaratoria de la unión marital de hecho?, los notarios de Medellín respondieron en un 47% que se inscribe tanto en el de nacimientos como en el de varios; el 41% que se inscribe en el de varios. De anotar que ninguno respondió que solamente se inscribía en el registro de nacimiento, y el 12% adicionó que la declaratoria de existencia de la unión marital de hecho no se inscribe en el registro civil de las personas.

4.2. Interpretación cualitativa de la información

Hallazgos primordiales obtenidos en la investigación: 1) Los notarios del Circulo Notarial de Medellín acogen mayoritariamente la doctrina probable de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que determina la declaratoria de la unión marital de hecho como fuente del estado del estado civil de compañero o compañera permanente. 2) La prueba de dicho estado civil es la copia del registro del libro de varios.

Expresan algunos notarios para fundamentar el primero de los descubrimientos enunciados, que la unión marital de hecho como forma de constituir familia, diferente al matrimonio, debe tener los mismos reconocimientos y exigencias de éste, máxime cuando es la propia Constitución la que le da el estatus de familia. Otros advierten que el estado civil es cambiante en el tiempo como lo son las relaciones del individuo en la sociedad.

Quienes consideran que la unión marital de hecho no constituye estado civil parten del hecho de que aún no se

ha expedido la ley que establezca el estado civil de compañero permanente, y menos se haya ordenado la inscripción de tales uniones en libro de varios o en el registro civil de nacimiento; otros destacan que la subsección 5ª del Decreto 1664 de 2015 en nada hace referencia al tema.

En el segundo de los hallazgos, se advirtieron dos variantes: a) El registro en el libro de varios es prueba suficiente del estado civil de compañero o compañera permanente, y b) Requiere además de nota recíproca en el registro civil de nacimiento del integrante de la unión marital. Quienes se inclinan por la primera, indican que el parágrafo 1° del artículo 1° del Decreto 2158 de 1970 expresamente establece que con la inscripción en el libro de varios queda perfeccionado el registro, puesto que la anotación en el registro de nacimientos tiene únicamente el carácter de información complementaria, por consiguiente, no es necesaria. Los partidarios de la segunda, manifiestan que la publicidad en el registro civil se garantiza con el registro de nacimientos, y el entendimiento del artículo 5° del Decreto 1260 de 1970 lleva a estimar que todo acto debe ser inscrito en éste; agregan otros, que el artículo 18 de la Ley 92 de 1938 establece como prueba principal del estado civil las copias auténticas de las partidas del registro, nacimiento, matrimonio y defunción. Quienes no comparten la postura de la Corte Suprema de Justicia, son coherentes en manifestar que la declaratoria de la unión marital de hecho no se inscribe en el registro del estado civil de las personas.

Al responder al interrogante: ¿Con qué frecuencia se registra el acto de declaratoria de la existencia de la unión marital de hecho?, la mayoría de los notarios expresan que esporádicamente se registra, justificándola en el desconocimiento de los efectos que genera evento.

CONCLUSIONES

El acatamiento del precedente judicial no tiene mayor discusión cuando es el juez quien está sujeto a él, según lo advierte el artículo 7° de la Ley 1564 de 2012. Genera polémica cuando se pretende extender a quien en concreto no ejerce una función judicial excepcional, como es la de llevar el registro civil, encomendada a los notarios del país.

La doctrina probable de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia referente a la existencia del estado civil a partir de la unión marital de hecho, involucra a los notarios cuando en su pronunciamiento indica que la

declaratoria de la convivencia debe inscribirse en el libro de registro de varios de las notarías, siendo que los notarios no están compelidos a acatar tal pronunciamiento, como atrás se indicó.

Al no existir norma expresa, como se tiene para el matrimonio⁵, que indique que la unión marital de hecho ocasione el estado civil de compañero permanente, surge la inquietud, si el precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia no es acogido por los notarios, había un vacío legislativo en tal sentido, pues el registro es la prueba del estado civil; igualmente acontecería al considerarse que el registro de varios no es prueba del estado civil.

El análisis de la información recolectada en el trabajo de campo despeja el interrogante planteado para desarrollar la presente investigación, cual es, si ¿los notarios acogen la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia referente al estado civil proveniente de la convivencia entre compañeros permanentes?, y al resolverse de manera positiva conlleva a la conclusión que efectivamente no existe vacío legislativo en la regulación de esta especie estado civil, puesto que mayoritariamente los notarios del Círculo Notarial de Medellín, tomado como muestra significativa del país, acogen el precedente del alto Tribunal, fijado a partir del auto del 18 de junio de 2008, en el que interpretando el artículo 1° de la Ley 54 de 1990 desde el punto de vista antiformalista, indica que la inscripción de la declaratoria de la unión marital en el libro de varios, genera el estado civil de compañero o compañera permanente.

Más aún se desestima el vacío legislativo, cuando los funcionarios encuestados son concurrentes en expresar que la copia del registro del libro de varios es suficiente para demostrar dicho estado civil.

El trabajo de campo llevó además a estimar que el registro de la declaratoria de existencia de la unión marital de hecho no es usual entre los colombianos, pues esporádicamente los convivientes acuden a realizar dicho acto, evento que genera un propósito para futuras investigaciones: indagar cuáles son los motivos por los que no se acude a esta figura.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- I. Abelanda, C. (1980). Derecho civil, parte general. Buenos Aires: Astrea.
- II. Alessandri, R., Somarriva U. & Vodanovic H. (1998). Tratado de derecho civil, tomo I. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

5 - Artículo 12 del Decreto 1260 de 1970

- III. Angarita, J. (1994). Lecciones de derecho civil, personas y representación de incapaces. (4ª edición). Bogotá: Temis.
- IV. Angarita, J. (1995). Estado civil y nombre de la persona natural. Medellín: Librería Jurídica Wilches.
- V. Arango, H. (2007). Del estado civil de las personas. (2ª edición). Medellín: Señal.
- VI. Barbero, D. (1967). Sistema del derecho privado I. Buenos Aires: Jurídicas Europa América.
- VII. Beltrán, E. & Orduña J.F. (1996). Curso de derecho privado. (2ª edición). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- VIII. Betancourt. M. (1996). Derecho privado, categorías básicas. Bogotá: Universidad Nacional.
- IX. Borda, G. (1993). Tratado de derecho civil, familia, I. (9ª edición). Buenos Aires: Perrot
- X. Bonnecase, J. (1995). Tratado elemental de derecho civil. México DF: Pedagógica Iberoamericana.
- XI. Branca, G. (1978). Instituciones de derecho privado. México DF: Porrúa.
- XII. Ducci, C. (2007). Derecho Civil, parte general. (4ª edición). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- XIII. Enneccerus, L. (1943) Derecho civil, parte general. Barcelona: Boshc
- XIV. Ferriol, LL, Gete-Alonso, M. del C., Gil, J. & Hualdes, J.J. (2001). Manual de derecho civil, introducción y derecho de la persona. (3ª edición) Madrid: Marcial Pons.
- XV. Garcés, F.A. (2015). Notariado, apuntes para un curso de derecho notarial colombiano. Medellín: Señal.
- XVI. Josserand, L. (1993). Derecho Civil. Buenos Aires: Europa-América.
- XVII. Lafont, P. (1994). Derecho de familia-unión marital de hecho. Bogotá: Librería del Profesional.
- XVIII. Larenz, K. (1978). Derecho civil, parte general. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- XIX. Larroumet, C. (2006). Derecho Civil, introducción al estudio del derecho privado. Bogotá: Legis
- XX. López, D.E. (2006). El derecho de los jueces. Bogotá: Legis.
- XXI. Medina, J.E. (2010). Derecho Civil, aproximación al derecho, derecho de personas. Bogotá: Universidad del Rosario.
- XXII. Monroy, M.G. (2001). Derecho de familia y de menores. (7ª edición). Bogotá: Librería del Profesional.
- XXIII. Nieto, E.E., Laje. E.J., Yungano, A.R. & Sánchez E.A. (1981). Derecho Civil, parte general. Buenos Aires: Macchi
- XXIV. Naranjo, F. (1999). Derecho civil, personas y familia. Medellín: Jurídica Wilches.
- XXV. Parra, J. & Álvarez, L. (2008). El estado civil y su registro en Colombia. Medellín: Comlibros.
- XXVI. Planiol, M.F. & Ripert G. (1932). Derecho Civil, volumen 3. (3ª Edición). México: Hrla.
- XXVII. Quiroz, A. (2014). Manual civil, tomo V. (3ª edición). Bogotá: Doctrina y Ley
- XXVIII. Rabinovich-Berkman, R. (2003). Derecho civil, parte general. Buenos Aires: Astrea
- XXIX. Ramírez, R. (2005). Generales de derecho, personas y familia. Bogotá: Temis.
- XXX. Rojina, R. (2001). Compendio de derecho civil, introducción personas y familia. (30ª edición). México DF: Porrúa.
- XXXI. Suarez, R. (2014). Derecho de familia. (4ª edición). Bogotá: Temis.
- XXXII. Tuhr, A. (1999). Derecho Civil, libro II, las personas. Madrid: Jurídicas Sociales.
- XXXIII. Valencia, A. & Ortiz, A. (1994). Derecho civil, parte general y personas. (13ª edición). Bogotá: Temis.
- XXXIV. Vallejo, J.A., Echeverry, J.C. & Palacio, R.L. (2011). La unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. (2ª edición). Medellín: Díké.
- Capítulos de libros**
- XXXV. Alarcón, Y. (2014). Reconocimiento por vía de interpretación constitucional de los derechos sucesorios del conviviente supérstite en Colombia. En Diez, L. (com), Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miguel (p. 125 a 168). Navarra: Aranzandi Thomson Reuters.
- Artículo de revista**
- XXXVI. Blanco, J. (2011). La unión marital de hecho como situación generadora de un estado civil en Colombia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, vol, (49), p. 193-2003.
- XXXVII. Blanco, J. & Chaux, D. (2013). La celebración de capitulaciones matrimoniales en la unión marital de hecho. Revista Universitas, vol, (126), p. 65-88
- XXXVIII. Perilla, J. (2015). Alineación iusteórica de las fuentes de derecho comercial. Revista de Derecho Privado, vol, (53), p. 2-8

Web-Documentos electrónicos

- XXXIX. Superintendencia de notariado y registro. Directorios y agremiaciones. Disponible en http://www.supernotariado.gov.co/PortalSNR/faces/oracle/webcenter/portalapp/pagehierarchy/Page90.jspx?_adf.ctrl-state=10zxwv8uax_132&_afLoop=492922753243282. Consultado el 8 de junio de 2016.
- XL. Superintendencia de notariado y registro. Uniones Maritales Entre Personas del Mismo Sexo. Disponible en <https://www.supernotariado.gov.co/portalsnr/images/archivosupernotariado/Estadisticas2014/unionsmismosexonov2014.pdf> Consultado el 8 de junio de 2016.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- XLII. CConst, C-174/1996, J. Arango. En <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-174-96.htm>, consultado el 13 de octubre de 2017.
- XLIII. CConst, C-174/1996, J. Arango. En <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/c-174-96.htm>, consultado el 13 de octubre de 2017.
- XLIV. CConst, C-075/2007, R. Escobar. En <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-075-07.htm>, consultado el 13 de octubre de 2017.
- XLV. CConst, T-167/2002. M. Monroy. En <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/T-167-02.htm>, consultado el 13 de octubre de 2017.
- XLVI. CSJ Civil, /20/ Sep./2000, e6117, S. Trejos. En [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scc_s-166-2000_\[6117\]_2000.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scc_s-166-2000_[6117]_2000.htm), consultado el 13 de octubre de 2017.
- XLVII. CSJ Civil, /12/ Dic./2001, e6721, J. Santos. En <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>, consultado el 13 de octubre de 2017.
- XLVIII. CSJ Civil, /21/ Nov./2001, e0096-01, S. Trejos. En: <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>, consultado el 13 de octubre de 2017.
- XLIX. CSJ Civil, /10/ Nov./2004, e00773-00, C. Jaramillo. En <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>, consultado el 13 de octubre de 2017.
- XLX. CSJ Civil, /9/ Ago./2005, e11001-31-10-015-1999-00482-01. S. Trejos. En <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebR>

- L. elatoria/csj/index.xhtml, consultado el 13 de octubre de 2017.
- LI. CSJ Civil, /30/ Ene./2006, e11001-02-03-00-2005-01595-00, S. Trejos. En <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>, consultado el 13 de octubre de 2017.
- LII. CSJ Civil, /21/ Mar./2006, e11001-02-03-00-2005-01672-00, C. Valencia. En <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>, consultado el 13 de octubre de 2017.
- LIII. CSJ, Civil, /18/ Jun./ 2008, e05001311000622004-00205-01, J. Arrubla, En <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>, consultado el 13 de octubre de 2017.
- LIV. CSJ Civil, /11/ Nov./ 2008, e1100102030002008-01484-01, E. Villamil. En <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>, consultado el 13 de octubre de 2017.
- LIV. CSJ Civil, /19/ Dic./ 2008, e1100102030002007-01200-01, A. Solarte. En <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>, consultado el 13 de octubre de 2017.
- LV. CSJ Civil, /11/ Mar./ 2009, e85001-3184-001-2002-00197-01, W. Námen. En <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>, consultado el 13 de octubre de 2017.
- LVI. CSJ Civil, /19/ Dic./ 2012, e7600131100082004-00003-01, F. Giraldo. En <http://consultajurisprudencial.ramajudicial.gov.co:8080/WebRelatoria/csj/index.xhtml>, consultado el 13 de octubre de 2017.

Referencias normativas

- LVII. C. 1991, Art. 42
- LVIII. L. 169/1896, Art. 4
- LIX. D. 960/1970, Art. 13-3
- LX. D. 1260/1970, Arts. 1, 5, 10, 12, 22
- LXI. D. 2158/1970, Art. 1
- LXII. L. 54/1990, Art. 1
- LXIII. L. 640/2001, Art. 13.4
- LXIV. L. 979/2005, Art. 1,2-4
- LXV. L. 1060/2005, Art. 1
- LXVI. L.1564/2012, Art. 7

OFERTAS ACADÉMICAS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS UNIVERSIDAD SURCOLOMBIANA

PROGRAMA DE DERECHO:

- Pregrado en Derecho. Registro calificado Res.6035/2005. Registro SNIES 9395.
Créditos 159 – Título. Abogado (a) – Modalidad: Presencial - Jornada: Diurna
- Maestría en Derecho Público – Modalidad: Profundización e Investigación
- Coloquio Internacional de Derecho Constitucional
- Seminario Internacional de Derechos Humanos

PROGRAMA DE CIENCIA POLÍTICA:

- Pregrado de ciencia política- Registro calificado Res.1864/2012. Registro SNIES 101598.
Créditos 154 - Título. Politólogo (a) - Modalidad: Presencial - Jornada: Mixta

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

POLÍTICA EDITORIAL

La Revista Jurídica Piélagus es una publicación oficial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Surcolombiana, con periodicidad anual hasta el año 2015 y semestral a partir del 2016. Su finalidad es la divulgación y avance del conocimiento en las áreas jurídicas y políticas, caracterizándose por la diversidad de enfoques epistemológicos y la libertad de pensamiento, cuyo fin es la difusión de artículos resultados de investigación, de reflexión y revisión con una perspectiva global y pertinencia nacional.

La publicación actualmente está incluida en EBSCOhost en la categoría de fuente académica plus y fuente académica premier y VLEX Colombia.

TIPOS DE ARTÍCULOS

- Investigación científica y tecnológica que presente resultados originales.
- Reflexión de investigaciones terminadas desde un enfoque analítico, crítico e interpretativo sobre un tema específico.
- Revisión de una investigación que dé cuenta de los avances en las ciencias o tendencias del desarrollo, con un contenido mínimo de 50 referencias bibliográficas.

El Comité Editorial también aceptará otro tipo de artículos como ponencias, reseñas bibliográficas, reseñas de libros actualizados o *papers* los cuales no podrán superar las 10 páginas con un mínimo de 10 referencias bibliográficas.

Por tratarse de una revista de difusión internacional se aceptan artículos en español, inglés y francés.

Los manuscritos deben ser enviados a través del OJS. Allí encontrará instrucciones de cómo realizar el envío. (<https://www.journalusco.edu.co/index.php/pielagus/about/submissions#authorGuidelines>).

NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICACIÓN

- No exceder las 30 páginas en extensión, incluidas las referencias bibliográficas.
- Presentarse en el programa Microsoft Word, letra Times New Roman de 12 puntos, tamaño carta, interlineado 1,5, márgenes de 3 cm a cada lado. La paginación del manuscrito estará ubicada en el extremo derecho de cada una de las páginas. La citación debe ser según las normas APA vigentes.
- Figuras o tablas en archivos originales (programas en que fueron elaborados).
- Notas al pie de página numeradas en forma ascendente, en tipo Arial 10 puntos.
- El artículo deber ir acompañado con la declaración de originalidad y cesión de derechos la cual se puede descargar en la página web de la revista:
<https://www.journalusco.edu.co/index.php/pielagus/about/submissions#copyrightNotice>
- Se deben diferenciar los títulos de primer, segundo y tercer nivel y su nomenclatura debe ir en números cardinales (1., 1.1, 1.2...). Los títulos no llevan punto.
- Las referencias bibliográficas deben ir en números romanos y en orden alfabético (I, II, III...).
- La Revista Jurídica Piélagus no publicará artículos provenientes de semilleros de investigación, a menos que un tutor figure como autor principal y los integrantes como co-autores o auxiliares de investigación.

NOTA: El manuscrito debe tener un máximo de 3 autores y cada uno debe enviar su código ORCID.

CONTENIDO DEL ARTÍCULO

- **Título del trabajo:** Debe contener un máximo de dos renglones y se debe poner en la lengua materna y en inglés. Debe tener un asterisco y en el pie de página especificar qué tipo de artículo es, si presenta resultados parciales o finales, la institución que lo financió (si aplica) y la calidad en la cual participó en el

- proyecto el autor. Si proviene de un grupo de investigación, incluir los nombres de los integrantes.
- **Nombre del (de la) autor (a):** Señalando filiación institucional, máximo título académico, profesión, dirección electrónica, naturaleza de la investigación, grupo o centro de investigación al que pertenece.
 - **Resumen (abstract):** Máximo de 250 palabras, donde se detalle en forma breve, el problema investigado, cómo fue abordado, el método utilizado, los resultados o primer hallazgo y las conclusiones. El resumen se debe presentar en el idioma original del manuscrito y en inglés. Este no debe incluir citas.
 - **Palabras clave:** Preferiblemente en un número de 3 a 5 palabras que permitan identificar en forma clara las categorías más importantes del artículo. Las palabras clave se deben presentar en el idioma original y en inglés. Deben estar separadas por punto y coma.
 - **Introducción:** Debe ser breve (máximo 3 páginas), pero deberá proporcionar la información necesaria para que el lector pueda comprender la información seguirá expuesta a continuación. Se debe incluir la metodología utilizada cuando se trate de artículos resultados de investigación. De igual forma deberá en un último párrafo exponer los objetivos del trabajo así como la novedad o aporte del manuscrito. No deben agregarse subtítulos. Debe incluir un contexto, pregunta problema, objetivos, metodología y pasos (delimitación) y presentar los hallazgos.
 - **Desarrollo del tema:** Debe ir de lo general a lo particular, contener un marco de referencias (teórico, conceptual y/o legal). Todas las teorías y conceptos relacionados al problema deben estar referenciados todo el tiempo. Las herramientas visuales (tablas, gráficas, etc.) deben tener una importancia en la discusión, deben ser pertinentes y deben estar interpretadas (no descritas). En cuanto a la nomenclatura de los títulos, la introducción, conclusiones y referencias bibliográficas no llevan nomenclador.
 - **Resultados** (Cuando se trate de artículos resultado de investigación)
 - **Conclusiones:** No se repite el desarrollo. No se debe resumir ni clasificar. Se esperan párrafos seguidos y organizados y no conclusiones sueltas o enumeradas. Deben ser abiertas para dar paso a otras investigaciones o al menos a un debate. Se debe identificar la respuesta del problema.
 - **Recomendaciones** (opcional)
 - **Referencias bibliográficas y citas:** Deben seguir el formato APA vigentes, ubicadas dentro del texto y en este apartado.

TIEMPOS DE EVALUACIÓN

El asistente editorial de la Revista Jurídica Piélagus tendrá un término de treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente del envío del manuscrito para efectuar la revisión de forma del documento.

Si el artículo no cumple con los requisitos de forma o redacción requeridos, será devuelto a los autores para que efectúen las respectivas modificaciones. Se dará un plazo de treinta (30) días hábiles para realizar las correcciones.

Una vez el artículo cumpla con los requisitos de forma exigidos por la revista, será enviado para su evaluación por parte de pares externos, quienes proferirán concepto definitivo sobre la calidad del artículo. Cada par académico cuenta con treinta (30) días hábiles para realizar dicha evaluación. Se exigen mínimo dos pares por cada artículo. Si se presenta un desacuerdo en estas evaluaciones, se solicitará un tercer par evaluador.

Los comentarios de los evaluadores deben concluir con uno de los siguientes resultados:

- Publicación sin cambios.
- Publicarlo, después de realizar correcciones.
- Reformularlo de acuerdo con las sugerencias realizadas.
- Rechazado.

Las sugerencias, correcciones, o decisión de rechazo serán comunicadas al autor, quien podrá objetar motivadamente la evaluación o procederá a atender las recomendaciones, actividad que realizará dentro de los treinta (30) días siguientes a su notificación.

El editor tendrá la última decisión sobre los manuscritos de acuerdo a las evaluaciones de los pares académicos.

PERIODICIDAD DE PUBLICACIÓN

La recepción de los manuscritos es permanente. Hasta el año 2015 se tenía una periodicidad anual. A partir del año 2016 se inició con una periodicidad semestral publicando así dos volúmenes dentro del mismo año.

DETECCIÓN DE PLAGIO

La Revista Jurídica Piélagus cuenta con el programa Grammarly, el cual permite revisar el texto y detectar las citas textuales dentro del texto. Si no son debidamente referenciadas, contará como plagio. Las consecuencias de este acto se encuentran registradas en las *normas de ética* de la revista.

CITACIÓN

Las referencias usadas dentro del texto irán en el apartado de 'Referencias Bibliográficas'. Las que no son usadas en el texto, deberán ir en un apartado llamado 'Referencias Complementarias'.

A continuación algunos ejemplos de cómo las fuentes citadas deben indicarse en las referencias bibliográficas:

- **Libros**
Apellidos, A. A. (Año). Título. Lugar: Editorial.
Ejemplo: Vargas Otálora, N. (2010). Procedimiento Notarial y Registral. Bogotá, Colombia: Editorial LEYER
- **Capítulo de libro**
Apellidos, A. A., & Apellidos, B. B. (Año). Título del capítulo o entrada. En AAAA.
Ejemplo: Picó, F. (2004). Arecibo, sol y sereno. En F. Feliú Matilla (Ed.), 200 años de literatura y periodismo: 1803-2003 (pp. 129-134). San Juan, PR: Ediciones Huracán
- **Artículo de Revista**
Apellido, Inicial del Nombre. (Año de publicación). Título del artículo. *Nombre de la revista en cursiva, Volumen de la revista en cursiva* (Número de edición), Intervalo de páginas en el que se encuentra el artículo.
Ejemplo: Peña, M. (2011) El dialogo entre el *Tribunal Constitucional de Chile y la Doctrina*. *Revista Juridica Piélagus, Volumen 10* (Numero 1) pp. 25, 36
- **Web- Documentos electrónicos**
 - Apellido, Nombre del autor. (Año –si lo tiene-). “Título artículo”. Disponible en: dirección
 - Electrónica. [Fecha de consulta].
 - * Ejemplo: Ramos, Leidy María. (2011). “Educación y castigo contra la discriminación”. Disponible en: <http://delaurbe.udea.edu.co/delaurbe/index.php/pais/2287-educacion-y-castigo-contra-la-discriminacion>. Consultado Mayo 2012.
- **Referencias jurisprudenciales**
 - Corte Constitucional CConst**
 - Identificación del magistrado: debe agregarse la inicial del nombre de pila y su primer apellido.
 - Ejemplos:
 - CConst, C-449/1992, A. Martínez.
 - CConst, T-187/95, H. Herrera.

-Consejo de Estado CE

Ejemplos:

CE Consulta, 16 Abr. 1980, r1369, j. Paredes. Anales: C, N° 469-470, p.20.

CE1, 13 Feb. 1990, e1196, L. Alvarado. Anales CXVIII, 1er Trim., p259.

Si se trata de una sentencia del CE que solo está publicada en medio electrónico, se identificará la sentencia mediante la dirección electrónica específica donde aparece el documento en la web (www) y la fecha de la última consulta: Ejemplo:

CE 3, 06 Jul. 2006, e25000232700020050172501, R. Saavedra. En

http://www.ramajudicial.gv.co/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=3, consultado el 04/Feb./2009.

- Corte Suprema de Justicia CSJ

Ejemplos:

CSJ Civil, 25 Jul. 1935, M. Moreno. GJ: XLII, N° 1899, p. 319.

CSJ Laboral1, 4 Feb. 1975, r4789, A. Córdoba. GJ: CLI, N° 2392, 1a Parte, p. 53.

Si se trata de una sentencia de la CSJ que solo está publicada en medio electrónico, se identificará la sentencia mediante la dirección electrónica específica en donde aparece el documento en la Web (www) y la fecha de la última consulta. Ejemplo:

CSJ Civil, /04/Abr./2008, e0800131030061998-00171-01, R. Díaz. En

http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/frames/index.Jsp?idsitio=3, consultado 04/Feb./2009.

• Referencias normativas

La palabra "ley" será abreviada con la letra "L"; Decreto con la letra "D". Número, una barra y el año de expedición.

Ejemplo: D. 2020/2006, Art. 4-4.4 (hace referencia al numeral 4.4 del artículo 4 de la ley en mención)

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD Y CESIÓN DE DERECHOS PARA LA DIFUSIÓN DEL ARTÍCULO

Titulo del artículo que se presenta: _____

Por medio de esta comunicación certifico que soy autor originario del artículo que estoy presentando para posible publicación en la Revista Jurídica Piélagus, medio de divulgación del conocimiento de las Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Surcolombiana, ya que sus contenidos son producto de mi directa contribución intelectual. Todos los datos y referencias a materiales ya publicados están debidamente identificados con su respectivo crédito e incluidos en las notas bibliográficas y en las citas que se destacan como tal y, en los casos que así lo requieran, cuento con las debidas autorizaciones de quienes poseen los derechos patrimoniales.

Por lo anterior, declaro que todos los materiales que se presentan están totalmente libres de derechos de autor y, por lo tanto, me hago responsable de cualquier litigio o reclamación relacionada con derechos de propiedad intelectual, exonerando de responsabilidad a la Universidad Surcolombiana. Además, declaro que este artículo no lo he presentado a otra publicación seriada, para su respectiva evaluación y posterior publicación.

En caso de que el artículo sea aprobado para su publicación, como autor(a) y propietario(a) de los derechos de autor me permito autorizar de manera ilimitada en el tiempo a la Universidad Surcolombiana para que incluya dicho texto en la Revista Jurídica Piélagus y pueda reproducirlo, editarlo, distribuirlo, exhibirlo y comunicarlo en el país y en el extranjero por medios impresos, electrónicos, CD ROM, Internet, en texto completo o cualquier otro medio conocido o por conocer.

Para constancia de lo anteriormente expuesto, se suscribe esta declaración a los _____ días, del mes de _____, del año _____ en la ciudad de _____ (_____).

Nombres	Cédula de Ciudadanía o Pasaporte	Firma

Vigilada MinEducación

La versión vigente y controlada de este documento, solo podrá ser consultada a través del sitio web Institucional www.usco.edu.co, link Sistema Gestión de Calidad. La copia o impresión diferente a la publicada, será considerada como documento no controlado y su uso indebido no es de responsabilidad de la Universidad Surcolombiana.

NORMAS DE ÉTICA

Normas específicas de ética en investigación para autores

- El autor enviará el manuscrito siguiendo los estándares de escritura académica y que estén basados en una investigación original. El manuscrito debe promover el conocimiento en el campo, presentando información que sea fácil de replicar y relevante para los lectores interesados.
- El autor debe consultar y cumplir los lineamientos para los autores y las políticas de la editorial de la revista para enviar un manuscrito.
- El autor debe tener en cuenta que las prácticas como enviar el manuscrito simultáneamente a otras revistas, el plagio y auto-plagio son inaceptables. Todos los manuscritos que evidencien alguna de estas prácticas serán inmediatamente rechazados y no se considerarán futuros envíos del mismo autor para evaluaciones.
- El autor debe citar apropiadamente todos los trabajos usados en la composición del manuscrito. El manuscrito debe incluir una lista de todas las referencias citadas. (Siguiendo las normas APA vigentes, como se encuentra descrito en la instrucción para los autores).
- La autoría de un manuscrito es solamente concedido a las personas que hicieron contribuciones significativas durante el desarrollo del estudio o durante la composición del manuscrito. La inclusión de "autores invitados" (personas que no colaboraron en el proceso pero que por alguna razón están mencionados como autores) o la omisión de "autores fantasma" (autores que hicieron un aporte significativo pero que no están mencionados como autores) son prácticas antiéticas e inaceptables. Las personas que hicieron una menor contribución pueden ser mencionadas como colaboradores y su ayuda puede ser estipulada en una nota de reconocimiento al final del manuscrito.
- El número máximo de autores por artículo para la Revista Jurídica Piélagus es de tres. En este caso, el autor correspondiente debe asegurarse que los co-autores están de acuerdo con la versión del manuscrito a enviar para evaluación o con el que resulta después del proceso de revisión y re envío.
- El autor debe enviar el formato de originalidad y cesión de derechos del artículo la cual se puede descargar en la página web de la revista:
<https://www.journalusco.edu.co/index.php/pielagus/about/submissions#copyrightNotice>
- El autor debe asegurar el anonimato de los participantes involucrados en el estudio o mencionarlos dándole un pseudónimo o usar palabras claves para identificarlos.
- El autor debe informar pertinentemente al editor de cualquier error que puede ser encontrado después de la publicación. El autor y el editor trabajarán juntos para tratar de arreglar el error en la mejor manera posible. Una fe de erratas puede ser emitida y en casos extremos, el artículo será retirado.

Responsabilidad del editor

- El editor es responsable por la calidad de los contenidos de la revista y como tal, tiene la decisión final sobre aceptar o rechazar un manuscrito.
- El editor debe asegurarse de que todos los artículos enviados a la revista cumplen con las políticas de la editorial y las instrucciones a los autores estipuladas en la página web de la revista:
<https://www.journalusco.edu.co/index.php/pielagus/about/submissions#authorGuidelines>
- El editor debe garantizar que todos los autores sean tratados de manera justa y que sus manuscritos sean evaluados sin discriminación de las características del autor como raza, género, creencias religiosas, orientación sexual, filosofía política, origen étnico, ciudadanía, etc.
- Se espera que el editor esté en constante comunicación con los autores y revisores sobre el estado del manuscrito o sobre cualquier otro asunto que se dé durante el proceso de envío, evaluación o selección de los manuscritos y que requieren la atención de alguna de las partes involucradas.

- El editor asigna inicialmente dos revisores para cada manuscrito teniendo en cuenta las áreas de interés del revisor. El editor, además, se asegurará de que se lleve a cabo el proceso de revisión doble-ciego. Cuando los dos conceptos de los evaluadores están en discrepancia, el editor debe seleccionar un tercer evaluador. Al final, el editor debe considerar todos los factores presentados durante la evaluación del manuscrito para tomar la decisión final.
- El editor debe tratar con confidencialidad toda la información reunida a lo largo del envío, la evaluación y el proceso de selección del manuscrito, exponiendo solamente la información necesaria para los procesos de evaluación y edición y a las partes involucradas.
- El editor se remitirá a las políticas de la revista, a las instrucciones a los autores o la presente declaración para decidir qué casos de comportamiento antiético (plagio, auto-plagio, envío paralelo). De cualquier manera, cuando otro asunto de naturaleza legal no contemplado en el documento anteriormente mencionado, el editor recurrirá al comité editorial para definir el curso de la acción.

Responsabilidades del revisor

- Basados en su experticia, los revisores apoyan al editor en el proceso de evaluación y selección de los manuscritos.
- Los revisores deben responder prontamente a la solicitud de evaluación del editor si deciden aceptarlos o rechazarlos.
- Los revisores deben cumplir con la fecha establecida por el editor para completar la revisión. La respectiva evaluación debe ser diligenciada de manera adecuada y los revisores están en el derecho de escribir comentarios de los autores directamente en el manuscrito. Los revisores realizarán la evaluación de manera respetuosa y objetiva, tratando de dar los argumentos necesarios para apoyar sus comentarios o sugerencias.
- Como parte del proceso de evaluación, los revisores deben tratar la información usada o con confidencialidad.
- Los revisores deben revelar algún conflicto de interés así como otro problema importante que puede ser detectado durante la evaluación (falsificación de información, plagio, envío múltiple a otras revistas, etc.).

Confidencialidad

El editor y el comité editorial no divulgarán ninguna información sobre los artículos enviados a la revista a ninguna persona diferente el autor, los evaluadores y/o asesores editoriales.