



UNIVERSIDAD LIBRE SECCIONAL CÚCUTA
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIA POLÍTICA Y SOCIALES
CENTRO SECCIONAL DE INVESTIGACIONES

Contenido Revista Academia & Derecho N° 12:

- ✦ *El derecho a la participación en el trámite de licencias ambientales: ¿Una garantía para la protección del medio ambiente?*
- ✦ *Interpretación extensiva del acoso laboral en Colombia*
- ✦ *Libre desarrollo de la personalidad: ¿batalla perdida o lucha incansable?*
- ✦ *El derecho como resistencia: las decisiones político-jurídicas y la deuda en los casos de Argentina (2001) y Ecuador (2007)*
- ✦ *La extrafiscalidad con fines ambientales en el impuesto al consumo en Colombia: IVA*
- ✦ *El post conflicto y el modelo económico en Colombia*
- ✦ *La resocialización del individuo como función de la pena*

Universidad Libre Seccional Cúcuta	Revista Academia & Derecho	Publicación Semestral	ISSN: 2215-8944	Año 7 N° 12 2016	Enero - Junio	Pág. 276	Centro Seccional de Investigaciones	Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales
------------------------------------	----------------------------	-----------------------	-----------------	------------------	---------------	----------	-------------------------------------	--------------------------------------------------



DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA REVISTA ACADEMIA & DERECHO

Misión

Promover y estimular la formación, socialización, discusión, comunicación y difusión del conocimiento jurídico y de enseñanza del derecho, a través de un proceso científico y abierto a la pluralidad del pensamiento a nivel nacional e internacional.

Alcance y política editorial

Academia & Derecho es una revista jurídica que publica trabajos originales e inéditos referentes a las diversas áreas disciplinarias del derecho y su enseñanza. Las disciplinas se clasifican tradicionalmente en: Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Económico, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho del Medio Ambiente, Derecho de Minas, Derecho de Aguas, Derecho Internacional, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Derecho Penal y Criminología, Derecho Procesal, Derecho Electoral, Enseñanza del Derecho, no siendo este un listado taxativo, dada la evolución misma de las relaciones humanas que permite la concepción de nuevas especialidades.

Cada número de la revista tiene un carácter misceláneo, sin perjuicio de poder editar, cuando se considere adecuado, números monográficos.

Es una publicación académica de periodicidad semestral, realizada en Colombia, Departamento Norte de Santander, por el Centro Seccional de Investigaciones y la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales de la Universidad Libre Seccional Cúcuta desde el año 2010.

Se compone básicamente por una Sección permanente: (I) artículos de investigación, destacándose en algunos números la sección *Reflexión grandes maestros del derecho*.

Constituye una revista arbitrada que emplea el sistema de revisión por pares a doble ciego (*double blind review*).

Los juicios presentados por los autores en sus artículos no representan la opinión ni criterio de la Institución que edita la Revista.

Indexación

La Revista Academia & Derecho se encuentra reconocida en:



Índice Bibliográfico Nacional -IBN Publindex- Categoría C,
Colciencias, Colombia.

(Julio 01 de 2013-Junio 30 de 2015)

Índice Bibliográfico Nacional -IBN Publindex- Categoría B,
Colciencias, Colombia.

(Enero 01 de 2014-Diciembre 30 de 2015)



DEFINITION AND CHARACTERISTICS ACADEMY & LAW JOURNAL

Mission

Promote and stimulate training, socialization, discussion, communication and divulgation of legal knowledge and legal education through a scientific and open process to the plurality of nationally and internationally thought.

Scope and editorial policy

Academy & Law is a legal journal that publishes original and unpublished works concerning to the various subjects of law and its teaching. The disciplines are traditionally classified as: Civil Law, Commercial Law, Business Law, Tax Law, Administrative Law, Constitutional Law, Environmental Law, Mining Law, Water Law, International Law, Labor Law and Social Security, Criminal Law and Criminology, Procedural law, Electoral law and Legal Education. This being a non-exhaustive list, considering the same evolution of human relationships that allows the development of new specialties.

Each issue of the journal has a various content, without prejudice to release, when appropriate, a special edition about a single theme.

It is a biannual journal, held in Colombia, Norte de Santander Department, by the Sectional Research Centre and the Faculty of Law, Politics and Social Science at the Universidad Libre de Colombia since 2010.

It is basically composed of a permanent section: (I) research articles; standing out in some issues *Thoughts of great masters of law* section.

It is a refereed journal which uses the peer review system called double-blind.

The opinions expressed by the authors in their articles do not represent the opinion or judgment of the institution which publishes the journal.

Indexing

Academy & Law Journal is recognized:



Índice Bibliográfico Nacional -IBN Publindex- Categoría C,
Colciencias, Colombia.

(Julio 01 de 2013-Junio 30 de 2015)

Índice Bibliográfico Nacional -IBN Publindex- Categoría B,
Colciencias, Colombia.

(Enero 01 de 2014-Diciembre 30 de 2015)



DIRECTIVAS NACIONALES

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Presidente Nacional

NICOLÁS ENRIQUE ZULETA HINCAPIÉ, Rector Nacional

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO, Censor Nacional

PABLO EMILIO CRUZ SAMBONÍ, Secretario General

DIRECTIVAS SECCIONALES

CARLOS ALEJANDRO CHACÓN MORENO, Presidente Seccional

HOLGER ANDRÉS CÁCERES MEDINA, Rector Seccional

JOSÉ VICENTE CARVAJAL SANDOVAL, Decano Facultad de Derecho

CINDY CHARLOTTE REYES SINISTERRA, Directora Centro Seccional de Investigaciones

SANDRO JOSÉ JÁCOME SÁNCHEZ, Jefe de Área Derecho Laboral

PÍO GERARDO DÍAZ ALVARADO, Jefe de Área Derecho Privado

JAIME ALBERTO GÓMEZ MONTAÑEZ, Jefe de Área Derecho Público

LUIS ANTONIO MUÑOZ HERNÁNDEZ, Jefe de Área Derecho Procesal / Penal (E)

LUIS ENRIQUE NIÑO OCHOA, Jefe de Área Investigaciones

FREDDY ALBERTO PABÓN MARTÍNEZ, Jefe de Área Sociales

Se autoriza la reproducción de los artículos
citando la fuente y los créditos de los autores:

Revista Academia & Derecho. Universidad Libre Seccional Cúcuta

Entidad Editora: Universidad Libre Seccional Cúcuta

Los conceptos y opiniones expresados en los artículos
son responsabilidad de los autores y no comprometen a la Universidad Libre

Forma de adquisición:
canje, suscripción o entrega gratuita

Revista Academia & Derecho en la Web:
<http://www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/>

Correspondencia:
Avenida 4 N° 12N-81. Barrio El Bosque
Universidad Libre Seccional Cúcuta
Teléfono: 5 82 98 10. Extensión 104
Correo electrónico: revistaacademiayderecho@unilibrecucuta.edu.co
Formato: 17 cm x 24 cm



ISSN: 2215-8944

EQUIPO EDITORIAL

EDITOR

DIEGO ARMANDO YAÑEZ MEZA, Magister en Derecho Administrativo,
Docente Investigador de Derecho Público
Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales, Universidad Libre Seccional Cúcuta.

COMITÉ EDITORIAL

LORENZO MATEO BUJODA VADELL, Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Salamanca, Salamanca, España

ÁLVARO JAVIER DOMINGO PÉREZ RAGONE, Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho Procesal, Universidad Gabriela Mistral, Santiago de Chile, Chile.

JUAN GABRIEL ROJAS LÓPEZ, Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia

JOSÉ MARÍA PELÁEZ MEJÍA, Magister en Derecho Penal y Procesal Penal,
Profesor de Derecho Penal, Universidad Libre Seccional Cúcuta, Cúcuta, Colombia

COMITÉ CIENTÍFICO

RODRIGO ANTONIO RIVERA MORALES, Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho Procesal, Universidad Católica del Táchira, San Cristóbal, Venezuela.

JORDI NIEVA FENOLL, Doctor en Derecho,
Catedrático de Derecho Procesal, Universidad de Barcelona, Barcelona, España.

LUIZ GUILHERME MARINONI, Doctor en Derecho,
Profesor de Derecho Procesal, Universidad Federal de Paraná, Curitiba, Brasil.

JUAN CAMILO SALAS CARDONA, Doctor en Derecho,
Profesor de Filosofía del Derecho, Teorías de la Justicia y Derechos Humanos, Universidad de
Estrasburgo, Francia.

NÉSTOR PEDRO SAGÜES, Doctor en Derecho,
Profesor Titular Emérito de Derecho Procesal Constitucional, Universidad de Buenos Aires,
Argentina.



TABLA DE CONTENIDO

DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA REVISTA.....	3
GUÍA DE AUTORES	15
GUIDE D' AUTEURS	27
GUIA PARA AUTORES.....	39
EDITORIAL.....	51

DERECHO AMBIENTAL

El derecho a la participación en el trámite de licencias ambientales: ¿Una garantía para la protección del medio ambiente?.....	53
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

*The right to participate in the environmental licensing process:
A guarantee for the protection of the environment?*

*O direito da participação na obtenção de licencias ambientais: uma
garantia para a proteção do medio ambiente?*

*Le droit à la participation dans le processus d'octroi de licences
environnementales : une garantie pour la protection de l'environnement ?*

LISNEIDER CUESTA HINESTROZA
MARTHA ISABEL NUPAN MOSQUERA
SAMIRA RAMÍREZ MORENO
LEDIS GISELA PALACIOS LOZANO

DERECHO LABORAL

Interpretación extensiva del acoso laboral en Colombia.....	87
<i>Extensive interpretation of work harassment in Colombia</i>	

Interpretação extensiva do assédio no trabalho

Interprétation extensive du harcèlement professionnel en Colombie

LUIS ALBERTO TORRES TARAZONA

NATALI NIÑO PATIÑO

NATALY RODRÍGUEZ JARAMILLO

DERECHO CONSTITUCIONAL

Libre desarrollo de la personalidad: ¿batalla perdida o lucha incansable? 123

Free personality development: lost battle or tireless fight?

Livre desenvolvimento da personalidade: uma batalha perdida ou uma luta sem fim?

Le libre développement de la personnalité: une bataille perdue ou une lutte inatteignable?

ASTRID JOHANA CALDERÓN IBARRA

El derecho como resistencia: las decisiones político-jurídicas y la deuda en los casos de Argentina (2001) y Ecuador (2007) 147

Law as Resistance: Political-Legal Decisions and debt in the cases of Argentina (2001) and Ecuador (2007)

O direito como resistência : as decisões politico-juridicas e a divida, os casos da Argentina (2001) e o Equador (2007)

Le droit comme résistance: les décisions politique-juridiques et la dette, les cas d'Argentine (2001) et l'Equateur (2007)

JUAN CARLOS PACHECO GIRALDO

DERECHO ADMINISTRATIVO

La extrafiscalidad con fines ambientales en el impuesto al consumo en Colombia: IVA 185

Extrafiscality for environmental purposes in the consumption tax in Colombia: VAT

A extra-fiscalidade com fins ambientais no Imposto ao Consumo na Colômbia: o IVA

L'extra-fiscalité en tant que but environnementale dans le taux de valeur ajouté en Colombie: le IVA

YESENIA DEL CARMEN TREJO CRUZ

ANAYIBE OME BARAHONA

JOHN JAIRO RESTREPO LIZCANO

JUSTICIA TRANSICIONAL

El post conflicto y el modelo económico en Colombia 213

Post conflict and economic model in Colombia

O pós-conflito e o modelo econômico na Colômbia

Le post-conflit et le modèle économique en Colombie

JAIME BUENAHORA FEBRES CORDERO

DERECHO PENAL

La resocialización del individuo como función de la pena..... 241

The individual resocialization as a function of punishment

A resocialização do indivíduo como função da pena

La résocialisation de l'individu comme fonction de la peine

KENNY DAVE SANGUINO CUELLAR

EUDITH MILADY BAENE ANGARITA



Guía de autores¹

Revista Academia & Derecho / Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

La Revista Academia & Derecho es el órgano de divulgación científica de la Facultad de Derecho, Ciencia Política y Sociales de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, con periodicidad semestral en su publicación –enero-junio y julio-diciembre–. Se integran a sus contenidos ARTÍCULOS ORIGINALES en la ciencia del Derecho y su enseñanza en la Academia, con evaluación bajo la modalidad de doble ciego –*double blind review*–.

Iniciadas labores en julio-diciembre del año 2010 en forma ininterrumpida, la Revista se ocupa de publicar artículos de *carácter científico*, que se fundamentan en estudios realizados por Investigadores, Investigadores independientes, Grupos de Investigación, Centros de Investigación y Semilleros de Investigación con acompañamiento de un Investigador responsable como coautor, en el ámbito nacional e internacional en concordancia con sus temáticas jurídicas, socio-jurídicas y de educación universitaria en Derecho, que son resultados de proyectos de investigación. La publicación está dirigida a los estudiantes de derecho, abogados litigantes, jueces, funcionarios administrativos, docentes, investigadores, doctrinantes, y comunidad científica nacional e internacional.

Cada documento –artículo– postulado al proceso editorial se somete a una REVISIÓN PREVIA por el Comité Editorial con el fin de analizarlo en

¹ La guía de autores se formuló con fundamento en el Documento Guía del Servicio Permanente de Indexación de Revistas de Ciencia, Tecnología e Innovación Colombianas de febrero del año 2010 y el Documento Guía para el Servicio Permanente de Indexación de Revistas Seriadadas de Ciencia, Tecnología e Innovación Colombianas de julio del año 2013 del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación -COLCIENCIAS-.

cuanto a su forma, contenido y cumplimiento de normas de publicación conforme a la estructura definida en ésta Guía. Posteriormente, se envía el artículo a dos (2) miembros del Comité de Árbitros Externos, que en atención a los parámetros establecidos realizará la EVALUACIÓN del artículo y podrá tomar alguna de las siguientes decisiones sobre la postulación: **i) APROBADO, ii) APROBADO CON CORRECCIONES o iii) NO APROBADO POR INCUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EDITORIALES.** Todos los derechos de la publicación son de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

La Revista Academia & Derecho posee un formato 21,5 x 28 cm, con un tiraje gratuito de 500 ejemplares y de cumplimiento al Depósito Legal. Puede adquirirse por canje, suscripción o entrega gratuita. Los documentos no pueden exceder las 30 páginas, extensión mínima no inferior a 15 páginas, tipo de letra TIMES NEW ROMAN, tamaño 12, espacio sencillo y 2.54 cm a cada margen. Las notas al pie de página deben presentarse en tamaño 10. La numeración de las páginas se debe realizar en el margen superior derecho.

En observancia al proceso de indexación de la publicación se reciben principalmente las siguientes clases de documentos:

1. **ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN E INNOVACIÓN.** Es un documento que presenta la producción original e inédita, resultado de un proceso y proyecto de investigación, reflexión o revisión.
 - 1.1. **Artículo resultado de un proceso de investigación.** Es un documento que presenta de manera detallada los resultados originales de un proyecto de investigación terminado.
 - 1.2. **Artículo de reflexión.** Es un documento que presenta los resultados de un proyecto de investigación terminada y sobre un tema específico desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, recurriendo a fuentes originales.
 - 1.3. **Artículo de revisión.** Es un documento resultado de un proyecto de investigación terminado donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia y tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo.

Estas tipologías se caracterizan por presentar una cuidadosa y pertinente revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

De otro lado, excepcionalmente podrán ser objeto de proceso editorial las siguientes tipologías de documentos reconocidos:

2. **ARTÍCULO CORTO.** Es un documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica que, por lo general, requiere de una pronta difusión.
3. **REPORTE DE CASO.** Es un documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.
4. **REVISIÓN DE TEMA.** Es un documento resultado de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.
5. **CARTA DEL EDITOR.** Es la posición crítica, analítica o interpretativa sobre los documentos publicados en la Revista que, a juicio del Comité Editorial, constituyen un aporte importante a la discusión del tema por parte de la comunidad científica de referencia.
6. **EDITORIAL.** Es un documento escrito por el Editor, un miembro del Comité Editorial o un Investigador invitado sobre orientaciones en el dominio temático de la Revista.
7. **TRADUCCIONES.** Es un documento que formula la traducción de textos clásicos o de actualidad o transcripciones de documentos históricos o de interés particular en el dominio de publicación de la Revista.

En cuanto a la estructura de los artículos descritos en el numeral 1, se debe tener en cuenta el siguiente esquema de trabajo frente al contenido:

- a. Todo artículo que se postula para publicación debe ser ORIGINAL E IN-ÉDITO. Para el efecto el autor debe presentar junto al artículo la CARTA DE ORIGINALIDAD, MANIFESTACION DE INTERÉS Y PRESENTACIÓN DE ARTÍCULO, la cual se encuentra ejemplificada al final de la presente Guía, Formato B.

- b. En el contenido del documento solo se numeran los puntos propios del aparte del **plan de redacción**. En otros términos, el título, resumen, palabras clave, abstract, key words, introducción, metodología, resultados de investigación y las conclusiones, no se numeran.
- c. Para todos los efectos se deben seguir las normas internacionales de citación APA (American Psychological Association).
- d. Las expresiones en latín u otro idioma deben indicarse en *letra cursiva*.
- e. En la autoría de las investigaciones postuladas al proceso editorial al menos uno (1) debe ser un docente investigador.
- f. Todo artículo que se somete a proceso editorial debe presentarse con la información que se muestra en el Formato A, el cual se encuentra ejemplificado al final de la presente Guía.

Así mismo, algunos aspectos administrativos que se deben tener en cuenta son:

- a. Si el artículo se somete a proceso editorial no debe postularse simultáneamente en otras revistas u otros medios de divulgación.
- b. El artículo puede ser retirado del proceso editorial en cualquier tiempo por el autor.

ESTRUCTURA DE LOS DOCUMENTOS QUE SE POSTULAN AL PROCESO EDITORIAL:

Título en español

Título en inglés

Nombre (s) del (los) autor (es)

Resumen

Palabras clave

Abstract

Key words

Introducción

Problema de investigación

Metodología

Esquema de resolución del problema jurídico

Plan de redacción

Resultados de investigación

Conclusiones

Referencias

Título: corresponde a la idea principal del documento. Se debe indicar en mayúscula sin exceder las 15 palabras, en lo posible, en idioma Español e Inglés. Seguidamente en pie de página se debe indicar: **1.** Si el artículo es inédito; **2.** Si el documento se clasifica como un *artículo de investigación e innovación* y corresponde a alguna de las siguientes tipologías: **a)** artículo de investigación, **b)** artículo de reflexión, **c)** artículo de revisión; **3.** El proyecto de investigación al cual se encuentra adscrito el producto (artículo); **4.** El Grupo de Investigación al cual se encuentra adscrito el proyecto y al cual se adjuntará el producto (Si aplica); **5.** La Institución a la cual pertenece o financia la investigación (filiación institucional); **6.** Nombre del Semillero de investigación que contribuyó en el proceso investigativo (Si aplica); **7.** Nombre de los estudiantes-semilleros de investigación que contribuyeron al proceso investigativo (Si aplica); **8.** Nombre de los auxiliares de investigación que contribuyeron al proceso investigativo (Si aplica).

Nombre completo del autor: Se debe señalar el nombre completo del autor o autores (3) y seguidamente en pie de página: **1.** El nombre completo del autor o autores; **2.** Nivel de formación académica en pregrado e institución de la que se es egresado; **3.** Nivel de formación académica en posgrado e institución de la que se es egresado; **4.** Membresías en institutos o semejantes (Si aplica); **5.** Cargo que en la actualidad desempeña a nivel académico y profesional e institución a la que pertenece; **6.** Correo electrónico institucional (obligatorio) y personal (opcional).

Resumen / Abstract: Es un texto que abarca en *síntesis integral* el contenido del documento. No debe exceder las 300 palabras en ningún caso. Se debe expresar en español e inglés. En el resumen se debe incluir: **1)** descripción breve del problema, **2)** alcance e importancia, **3)** el objetivo general de la investigación.

Debe ser claro, coherente y sucinto, para lo cual se sugiere revisar y verificar datos, sintaxis, ortografía, no incluir referencias bibliográficas en lo posible y no caer en erratas.

Palabras clave / Key words: Deben reflejar la idea angular de las materias que se desarrollan en el artículo. Se requiere enunciación en un orden alfabético o de mayor a menor generalidad sin exceder las 10 palabras, mínimo 3, en idioma inglés y español. Las palabras empleadas deben ser relevantes e indicar los temas del contenido a fin de ayudar a su indizado cruzado. Se recomienda utilizar los términos de los tesauros especializados de las disciplinas correspondientes.

Introducción: La introducción no trata una repetición calcada del Resumen. La introducción es un texto de aproximadamente 2 o 3 páginas donde se presenta básicamente lo siguiente: **1)** descripción extensa y completa del contexto o planteamiento del problema de investigación; **2).** identificación y análisis inicial del marco teórico que se desarrolló en la investigación; **3).** hipótesis de la investigación.

Problema de investigación: Debe definirse la pregunta (¿?) que motivó la realización de la investigación. Se trata de una pregunta compleja que no puede responderse con afirmación o negación.

Metodología: Debe indicarse en síntesis el enfoque metodológico, tipo de investigación y las técnicas e instrumentos utilizados para la recolección y análisis de la información. En éste ítem se deben formular los objetivos específicos de la investigación. No debe olvidarse que estos objetivos deben cumplir el objetivo general planteado en el aparte final del Resumen y que todos ellos en conjunto responden al problema de investigación.

En este ítem el investigador puede exponer el proceso que se diseñó y empleó en el desarrollo de la investigación, en forma detallada, entre otros: **1)** criterios de selección, **2)** población, **3)** muestra.

Esquema de resolución del problema jurídico: Se trata de la enunciación, en orden temático, de cada uno de los capítulos que integran el Plan de redacción de la investigación; en otros términos, corresponde a la mención de cada uno de los tópicos que se debieron abordar para el tratamiento pleno del objeto y problema de investigación, en una semejanza de tabla de contenido que se redacta en prosa.

Plan de redacción: Es la instancia donde se desarrollan cada uno de los procesos y subprocesos temáticos que se definieron en los objetivos. En este punto se demuestra la hipótesis de investigación y se dan los fundamentos que ofrecen soporte a las Conclusiones.

Resultados de investigación: Evidencian o no la validez de la hipótesis de investigación que se formuló en el proceso de investigación.

Conclusiones: Son los postulados finales frente a la resolución del problema jurídico y el cumplimiento del propósito definido en el objetivo general y los objetivos específicos.

Referencias: Son las fuentes primarias y secundarias que efectivamente se emplearon en la investigación frente al cumplimiento de los objetivos de la investigación y la resolución del problema de investigación formulado.

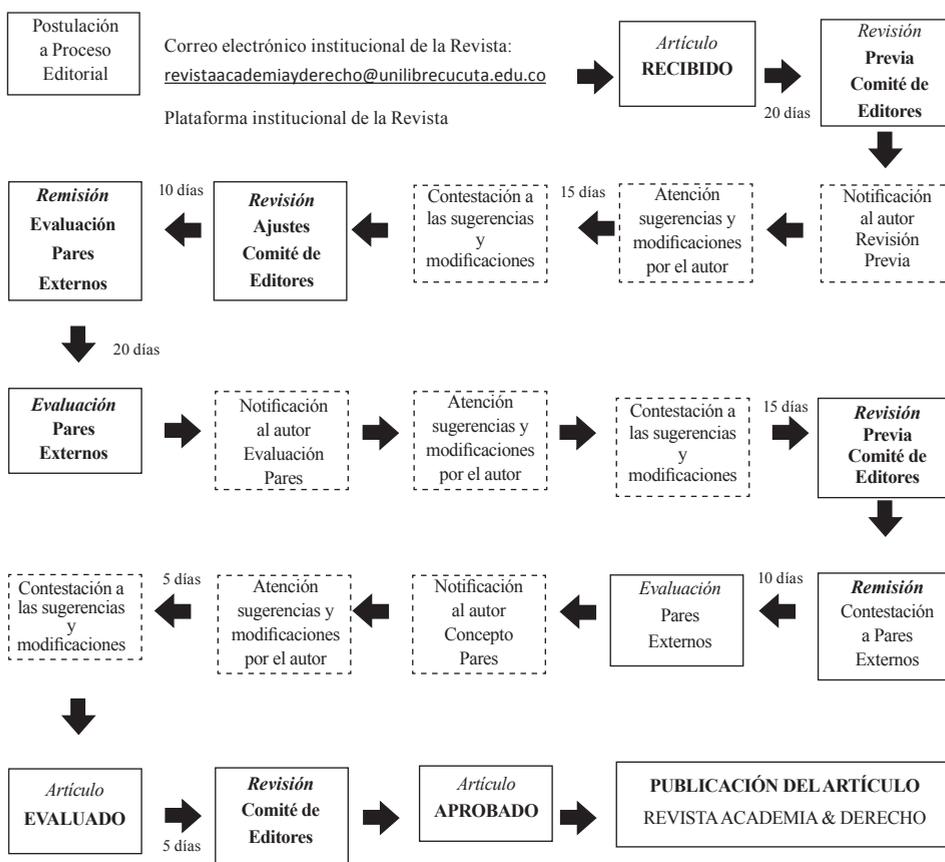
El autor del documento que se somete al proceso editorial deberá atender las sugerencias o modificaciones que el Comité de Editores o el Comité Editorial y el Comité de Árbitros Externos le formulen al escrito en un plazo no mayor a 15 días calendario posteriores a su notificación vía correo electrónico. El Comité de Editores o el Comité Editorial se reservan el derecho de introducir las modificaciones de forma necesaria para adaptar el texto a las normas propias al proceso editorial, sin alterar el fondo de la temática tratada. Una vez se recibe el artículo en el correo electrónico institucional de la Revista o a través de la Plataforma que se ofrezca para tal fin, el autor recibe respuesta sobre cumplimiento inicial de los requisitos editoriales dentro de los 20 días calendario siguientes a su recepción. El miembro del Comité de Árbitros Externos contará con un plazo máximo de 20 días calendario para la remisión de su concepto.

La remisión de documentos con fines de publicación en la Revista Academia & Derecho implica que los autores autorizan, a la Universidad Libre Seccional Cúcuta y al Comité Editorial, la publicación de los artículos en versión impresa en papel y también en versión electrónica y/o en página web. En este sentido, cuando el autor somete a proceso editorial cualquiera de las categorías enunciadas acepta como contraprestación por la inclusión de su documento en la Revista o en la página web, el recibo de tres (3) ejemplares de la respectiva edición. Si se requieren ejemplares adicionales el autor debe solicitarlos al Editor de la Revista.

La recepción de los documentos se debe efectuar en el Centro de Investigaciones de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, ubicada en la

Avenida 4 N° 12N-81, barrio El Bosque, impreso y en CD (Word versión 6.0 en adelante) o puede ser enviado por correo electrónico institucional de la Revista: revistaacademiayderecho@unilibrecucuta.edu.co.

**Figura 1. Esquema básico proceso editorial revista
Academia & Derecho**



Fuente: Comité de Editores

Formato A

Datos del autor

PEDRO JAVIER PÉREZ LÓPEZ

Documento de identidad. Cédula de ciudadanía N° 1.0-0.1-4.1-6
Pasaporte N° AN-8-7-4

Nacionalidad: Colombiana

Fecha de nacimiento: 16 de abril de 1986

Hoja de vida puede ser consultada en: CvLac o equivalente

[http://scienti1.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/
generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001419149](http://scienti1.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001419149)

Filiación Institucional:

Docente investigador Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Correo electrónico institucional: pedro.perez@universidad.edu.co

Correo electrónico personal: pedro.perez@hotmail.com

Página web de la Universidad:

<http://www.unilibrecucuta.edu.co/portal/>

Nota: Si el artículo es de autoría de varios autores (3), se debe señalar la información de cada uno.

Formato B



Señores

Revista ACADEMIA & DERECHO

Universidad Libre Seccional Cúcuta

E. S. D.

REFERENCIA: CARTA DE ORIGINALIDAD, MANIFESTACION DE INTERÉS Y PRESENTACIÓN DE ARTÍCULO

Cordial saludo,

Por medio de la presente me permito manifestar interés en participar en el proceso de publicación de la **Revista ACADEMIA & DERECHO** de la Universidad Libre Seccional Cúcuta.

El artículo se titula: “SEÑALAR EL TÍTULO DEL ARTÍCULO”, y el mismo es inédito, por lo cual no ha sido publicado ni puesto en consideración en otros medios editoriales. El artículo es un resultado del desarrollo de investigación del (Señale el Grupo de Investigación y/o Semillero de Investigación, el Centro de Investigación al cual se encuentra adscrito y el proyecto de investigación al que se le atribuye el producto). El objeto principal del artículo es: (Señale en menos de 300 palabras el contexto o descripción del problema, su importancia, hipótesis si es pertinente, objetivo general. Este párrafo debe coincidir con el Resumen del artículo)

El tipo de artículo es (señale con una X):

De investigación e innovación: Investigación _____; Reflexión _____; Revisión _____.

No es resultado de investigación: _____.

Finalmente, reitero que he leído y acepto los términos de participación establecidos en el documento: Instrucciones o Guía de Autores, publicado en la página web institucional. Por lo cual, cedo los derechos de autor en caso de ser publicado y manifiesto conocer las pautas del proceso de pares evaluadores ciegos y/o árbitros.

Atentamente,

(Señalar el nombre completo de cada uno de los autores)

Dirección: (Indique)

Celular: (Indique)

Email: (Indique)

Filiación Institucional: (Indique)



Guide d' auteurs²

Revista Academia & Derecho / Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Document Traduit par Álvaro Dickson Molinares Valencia, Membre du Groupe de Recherche en Droit Administratif «Louis Antoine Macarel», Boursier du programme d'échange d'études BRACOL (BRESIL – COLOMBIE) 2015-I Université Fédérale du Paraná – Universidad Libre de Colombia (UFPR – Unilibre).

Traduction corrigée par Miguel Angel Amaya Castaño, Traducteur et Interprète Assermenté de la Colombie *Arrêté 733 du Ministère de la Justice – 1993.*

La Revue Academia & Derecho c'est l'organe de divulgation scientifique de l'Université Libre Section Cúcuta, avec périodicité semestrielle, soit deux numéros par an : l'un comprenant les mois Janvier à Juin et l'autre Juillet - Décembre. Elle comporte des contenus originaux sur la science du Droit et l'Académie dans l'Université, sous le modèle d'évaluation «double aveugle».

Après avoir commencé les travaux en juillet-décembre 2010 de façon ininterrompue, la Revue s'occupe de publier des articles de type i) scientifique ii) réflexion iii) révision, en outre, qui se fondent en études faites par Chercheurs,

² La Revue s'est formulée avec la guide du Document Guide du Service Permanent D'Indexation de Revues de Science, Technologie et Innovation Colombiennes de Février 2010 et le Document Guide pour le Service Permanent d'Indexation des Revues Séries de Science, Technologie et Innovation Colombiennes, Juillet 2013 du Département Administratif de Science, Technologie et Innovation -COLCIENCIAS- 1.2. Article de Réflexion : C'est un document qui présente les résultats d'une recherche finit sur un thème spécifique dès une perspective analytique, interprétative ou critique de l'auteur, recourant aux sources originales.

Groupes de Chercheurs, Centres de Recherche et Groupes de Recherche, sur le plan nationale et internationale en concordance avec ses thématiques juridiques, sociojuridiques et d'éducation universitaire. La publication s'adresse à : des étudiants de Droit, avocats, litigants, juges, fonctionnaires administratifs, professeurs, chercheurs, juristes et à tout la communauté scientifique en générale.

Chaque document –article– se soumet à une évaluation préliminaire par le Comité Editorial à fin de l'examiner au niveau de sa forme, contenu et compléments des normes de publication selon le structure définie par la Guide D'Auteurs. Posteriori, s'envoie l'article à deux (2) membres du Comité d'Arbitres Externes qui, compte tenu des paramètres prévus, choisira la proposition de candidature de tel article, selon son : i) ACCEPTATION ou ii) ACCEPTATION AVEC DES CORRECTIONS ou iii) NON ACCEPTATION DES CONDITIONS DE LA MAISON ÉDITORIALE. Tous les droits de publications appartiennent à l'Université Libre Seccional Cúcuta.

La Revue Academia & Derecho a un format de 21,5 x 28 cm, avec une distribution gratuite de 500 exemplaires et de compliment avec le Dépôt Légal. Peut s'acquérir par échange, par abonnement ou livraison gratuite. Les documents ne peuvent pas excéder les 25 pages, extension minimum non inférieure à 12 pages, tipe de lettre Times New Roman 12, espace simple et 2.54 cm à chaque marge. Les notes au pied devront se présenter en taille 10. La numération des pages doit se faire avec la marge supérieure droite. Selon le processus d'indexage de la publication, seront reçus d'abord les suivants clases de documents:

1. **ARTICLE DE RECHERCHE ET INNOVATION:** C'est un document qui présente la production originale et inédite, le résultat d'un processus de recherche, réflexion ou révision.
 - 1.1. **Article résultat d'une recherche:** C'est un document qui présente de façon claire et détaillée des résultats originaux d'un projet de recherche aboutie.
 - 1.2. **Article de réflexion:** C'est un document qui présente les résultats d'une recherche terminée à partir d'une perspective analytique, interprétative ou critique de l'auteur, faisant recours aux sources originales.
 - 1.3. **Article de révision:** C'est un document résultat d'une recherche terminée où sont analysés (e) (es), systématisé (e) (es) ou intégrés (es) les résultats de

recherches publiées ou pas, sur un champ de science et technologie, afin de rendre compte des avancées et tendances du développement.

Se caractérise pour présenter une rigoureuse révision bibliographique d'au moins 50 références.

D'autre part, pourront être l'objet de révision éditoriale les suivantes typologies de documents reconnus:

2. **ARTICLE COURT:** C'est un document bref qui présente des résultats originaux préliminaire ou partiels d'une recherche scientifique qui, généralement, mérite d'une diffusion rapide.
3. **RAPPORT DE CAS:** C'est un document qui présente les résultats d'une étude sur une situation particulière afin de montrer les expériences techniques et méthodologiques considérées dans un cas spécifique. Et même une révision systématique commentée de la littérature sur des cas analogues.
4. **RÉVISION DE THÈME:** C'est un document résultat d'une révision critique de la littérature par rapport à un thème en particulier.
5. **LETTE DE L'AUTEUR:** C'est la position critique, analytique ou interprétative sur des documents publiés dans la Revue que, selon le jugement du Comité Editorial, faire un apport important à la discussion du thème de la part de la communauté scientifique de référence.
6. **EDITORIAL:** C'est un document écrit par l'Editeur, un membre du Comité Editorial ou un Chercheur invité sur quelques orientations dans le domaine thématique de la Revue.
7. **TRADUCTIONS:** C'est un document qui formule la traduction de textes classiques ou d'actualité ou transcriptions de documents historiques ou d'un particulier intérêt dans le domaine publié par la Revue.

Quant à la structure des textes antérieurement décrits, il faut tenir en compte les faits suivants:

- a. Pour son éventuelle publication doit être ORIGINAL ET INEDIT. Pour y arriver, l'auteur doit présenter avec l'article la LETTRE D'ORIGINALITÉ, MANIFESTATION DE LA VOLONTÉ ET PRÉSENTATION D'ARTICLE, laquelle se trouve exemplifiée à la fin de ce guide.

- b. Dans le contenu du document doit uniquement énumérer les points propres du plan de rédaction. C'est-à-dire, le titre, résumé, mots-clés, abstract, introduction, key words, méthodologie, résultats de recherche et conclusions, ne doivent pas être énumérés.
- c. Pour tous les effets, il sera obligatoire suivre les normes internationales APA (American Psychology Association).
- d. Les expressions en latin ou autre langue doivent s'inclure en *italique*.
- e. La paternité littéraire des recherches mises dans le processus éditoriale doit être au moins un (1) dont un devra être le chercheur.
- f. Tout article devra suivre le Format A, lequel se trouve à la fin de ce guide.
De cette manière, il y a certains aspects administratifs à tenir en compte:
 - a. Si l'article est mis en étude pour sa publication ne pourra pas se poser sa candidature dans autres revues ou d'autres moyens de publication.
 - b. L'article peut être retiré du processus éditorial à tout moment par l'éditeur.

STRUCTURE DES DOCUMENTS POSTULES AU PROCESSUS EDITORIAL:

Titre en français
Titre en anglais
Nom (s) du (des) auteur(s) (es)
Résumé
Mots-clés
Abstract
Key Words
Introduction
Problème de recherche
Méthodologie
Plan de rédaction
Résultats de recherche

Conclusions

Références

Titre: Correspond à l'idée principale du document. Il faut l'indiquer en majuscule sans excéder les 15 mots, si possible, et dans la langue anglaise. Suivi d'un pied de page dans lequel il doit être indiqué : i) le projet de recherche auquel s'adscrit le document, ii) le Centre de Recherche, Groupe de Recherche avec l'institution qui finance le projet ou l'aval. S'il s'agit d'un projet indépendant et iii) les auxiliaires de recherche, élèves ou étudiants de License qui ont contribué à la réalisation de la recherche (non obligatoire).

Nom complet de l'auteur: Il faut écrire le nom complet de l' (des) auteur(s)
1) En note en bas de page le nom complet de l' (des) auteur(s) 2) Nom de la License obtenu et nom de l'institution que lui (leur) a donné ce titre 3) Niveau d'études supérieures et nom de l'institution que lui a donné(e) tel titre 4. Adhésion à des instituts similaires ou (le cas échéant) ; 5). Institution à laquelle il appartienne ; 6). Email institutionnel (obligatoire) et le personnel (facultatif).

Résumé / Abstrac: Une synthèse globale de recouvrement de texte dans le contenu du document. Ceci ne doit pas dépasser 300 mots en tout cas. Il doit être exprimé en espagnol et en anglais. Le résumé doit comprendre: 1) une brève description du problème, 2) Son importance et sa portée, 3) objectif global de la recherche. Il devrait être clair, cohérent et concis, pour lequel il est conseillé d'examiner et vérifier les données, de la syntaxe, de l'orthographe.

Mots-clés/Key words: Ces mots devront montrer l'idée des sujets qui vont se traiter tout au long de l'article. Il est nécessaire de les mettre en ordre alphabétique et ne pas dépasser 10 mots, minimum 3, en anglais et en espagnol. Les mots utilisés doivent être pertinentes et indiquer les thèmes de contenu pour aider son contre-indexage. Il est conseillé d'utiliser les termes spécifiques ou propres de chaque discipline.

L'avant-propos: Il ne s'agit pas d'une répétition du résumé tracée. Il s'agit d'un texte d'environ deux ou trois pages environ, où il y a essentiellement: 1) approche vaste et complet dans le contexte ou la description du problème de recherche; 2). identification initiale et l'analyse du cadre théorique développé dans la recherche; 3).hypothèse de recherche.

Question de recherche: Cette question est complexe et ne peut être répondue simplement par la seule affirmation (oui) ou la seule négation (non).

Méthodologie: L'approche méthodologique et le type de recherche est à noter en bref techniques et instruments utilisés pour la collecte et l'analyse des informations. Dans cet article Ils doivent définir des objectifs de recherche spécifiques. Ne pas oublier que ceux-ci (les objectifs de la Recherche spécifiques) doivent rencontrer l'objectif global à la fin que le résumé et qu'ils répondent tous à l'ensemble de la recherche. Dans cet article, le chercheur peut expliquer le processus qui a été conçu et utilisé dans le développement la recherche, dans le détail, entre autres: 1) les critères de sélection, 2) la population, 3) l'échantillon.

Aperçu de la résolution de problème juridique: Ceci est l'énonciation, dans l'ordre thématique, de chacun des chapitres de la rédaction du plan d'enquête ; en d'autres termes, il correspond à faire la mention de tous les sujets abordés pour élucider le problème qui fait l'objet de la Recherche dans une ressemblance de table des matières écrit en prose.

Plan d'action: est l'instance où ils développent chacun des fils thématiques et des processus définis dans les objectifs. À ce stade, l'hypothèse de recherche est mise à l'épreuve et les fondations qui offrent un soutien aux conclusions sont données.

Résultats de la recherche: Ils montrent ou non la validité de l'hypothèse de recherche qui a été faite dans le processus de recherche.

Conclusions: Sont les postulés finales qui présentent la réalisation de l'effort dans la recherche et c'est ici où se répond le problème de l'investigation.

Références: Les sources primaires et secondaires utilisés efficacement dans la recherche vers la réalisation des objectifs de l'enquête et la résolution du problème de recherche formulé.

L'auteur du document qui se soumit au processus éditorial devra accepter les suggestions ou modifications que le Comité Editorial ou quelqu'un des membres du Comité de Pares Externes aient formulées au document dans un délai de 15 jours ouvrables après la notification voie e-mail.

Le Comité Editorial ou le Comité D'Arbitres Externes se réserve le droit d'introduire des modifications de forme nécessaires pour adapter le texte aux normes propres du processus éditoriale, sans modifier le fond de la thématique

traité. Une fois reçu l'article dans le courriel institutionnel de la Revue l'auteur reçoit une réponse sur le compliment initiale des conditions d'édition dans les 20 jours ouvrables à sa réception. Le membre du Comité d'Arbitres Externes aura un délai maximum de 20 jours pour la remise de son concept.

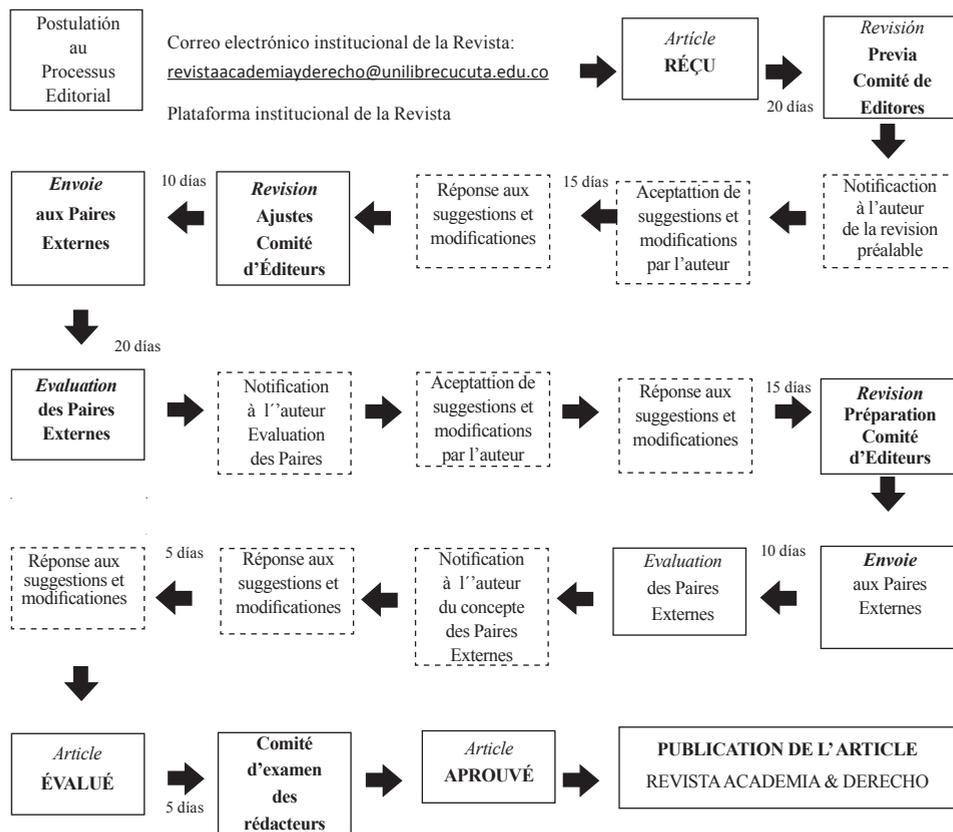
La rémission des documents qui seront peut-être publiés dans la Revue *Academia & Derecho* implique que les auteurs autorisent l'Université Libre Seccional Cúcuta et le Comité Editorial pour les publier en version imprimée et aussi en version électronique et/ou sur la page web. Dans ce sens, quand l'auteur pose sa candidature pour être choisi pour publier, il accepte que son œuvre sera publiée dans l'une des versions, aussi il recevra trois exemplaires de la respective édition, s'il arrive à en avoir besoin d'autres, il devra les commander au Directeur de la Revue.

La documentation peut être remise par la poste au Centre De Recherches de l'Université Libre Seccional Cúcuta située dans l'Avenue 4 N° 12N-81, cartier El Bosque, Cúcuta - Colombie ou peut être envoyé par mail au courriel revistaacademiayderecho@unilibrecucuta.edu.co.

Image 1. Schema basique du processus editorial revue

Academia & Derecho

Source : Comité d'Éditeurs



Format A

Coordonnées de l'Auteur

MONSIEUR / MADAME UNTEL

Care d'Identité N° 1.-0-0.1-4.1-6

Passeport N°AN-7-8-4

Nationalité Française

Date de Naissance : 16 Avril 1986

Curriculum Vitae Disponible sur : CvLac ou équivalent

Filiation institutionale:

Professeur chercheur Université Libre Seccional Cúcuta

Email Institutionel:

Email personnel :

Page web de l'université:

Note : Si l'article appartient a plusieurs auteurs (3), il faut indiquer cette information pour chaqu'un d'eux.

Formato B



Respectés

Revue ACADEMIA & DERECHO

Universidad Libre de Colombia Seccional Cúcuta

RÉFÉRENCE: LETTRE D'ORIGINALITÉ, MANNIFESTATION
D'INTERES ET PRÉSENTATION DE L'ARTICLE.

Chères Salutations,

J'ai l'honneur de vous manifester mon intérêt en participer dans le processus de postulation de la **Revue Academia & Derecho** de l'Universidad Libre Seccional Cúcuta.

Cet article s'intitule «INDIQUEZ LE NOM DE L'ARTICLE», je donne foie qu'il est inédite et n'a pas été publié ou mis en considération pour sa publications dans d'autres moyens éditoriaux. Cet article est le résultat du développement d'une recherche du groupe «Indiquez le Groupe de Recherche lequel se trouve inscrit au projet de recherche auquel ce produit-ci est attribué».

L'objet principale de cet article est «Signalez en moins de 300 mots le contexte ou description du problème, son importance, l'hypothèse si elle est pertinente, l'objectif général. Ce paragraphe doit coïncider avec le Résumé de l'article»

Le type de cet article est (cochez-le avec un X)

D'une recherche et innovation : Recherche _____ Réflexion _____ Révision _____

N'est pas le résultat d'une recherche : _____

Finalmente j'accepte les termes et conditions de participation établis dans ce document : Instruction et Guide d'Auteurs, publié sur la page web institutionnel. Pour cela, je succède, les droits d'auteur au cas d'être publié je manifeste connaître et accepter les conditions du processus de Paires Evaluateurs ou Arbitres.

Attentivement

(Indiquez le nom complet de chaque des auteurs)

Adresse : (Indiquez)

Téléphone : (Indiquez)

Courriel électronique : (Indiquez)

Filiation Institutionnel : (Indiquez)



Guia para autores³

Revista Academia & Derecho / Universidad Libre Seccional Cúcuta, Colombia

Traduzido por Álvaro Dickson Molinares Valencia

Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo “Louis Antoine Macarel / Bolsista do Programa BRACOL (BRASIL - COLOMBIA) 2015-1 UFPR - Unilibre.

Corregido por Nylcéa Thereza de Siqueira Pedra, Tradutora e Interprete Juramentada (Português - Espanhol / Espanhol - Português) do Brasil, Matrícula JUCEPAR 12/110-T Data 28/08/12 e professora do Departamento de Letras Estrangeiras Modernas da Universidade Federal do Paraná – Curitiba - Brasil

A Revista Academia & Derecho é o órgão de divulgação científica da Faculdade de Direito, Ciência Política e Sociais da Universidad Libre de Cúcuta, com periodicidade semestral de publicação (janeiro-junho e julho-dezembro). Integram-se a ela ARTIGOS ORIGINAIS na ciência do Direito e seu ensino na Academia, segundo o modelo de avaliação duplo-cega *double blind review*.

Começando os trabalhos em junho-dezembro de 2010, de forma ininterrupta, a Revista publica artigos de *caráter científico*, que se fundamentam em estudos feitos por pesquisadores, pesquisadores independentes, grupos de pesquisa, centros de pesquisa e grupos de pesquisa com o acompanhamento de um pesquisador responsável como coautor, em âmbito nacional e internacional

³ O guia de autores foi elaborado fundamentando-se no Documento Guia do Serviço Permanente de Indexação de Revistas de Ciência, Tecnologia e Inovação Colombianas de fevereiro de 2010 e no Documento Guia para o Serviço Permanente de Indexação de Revistas Seriadas de Ciência, Tecnologia e Inovação Colombianas de julho de 2013 do Departamento Administrativo de Ciência, Tecnologia e Inovação -COLCIENCIAS-.

em consonância com suas temáticas jurídica, sócio jurídica, e de educação universitária no Direito, resultado de projetos de pesquisa. A publicação se dirige aos estudantes de direito, advogados litigantes, juízes, funcionários administrativos, professores, pesquisadores e comunidade científica nacional e internacional.

Cada documento –artigo– apresentado ao processo editorial é submetido a uma REVISÃO PRÉVIA pela Comissão Editorial a fim de analisá-lo em quanto à forma, conteúdo e cumprimento das normas de publicação, segundo a estrutura definida neste Guia. Posteriormente, o artigo é enviado para dois (2) membros da Comissão de Avaliação Externa, que, considerando os parâmetros estabelecidos realizarão a AVALIAÇÃO do artigo e poderão tomar alguma das seguintes decisões sobre o mesmo: **i) ACEITO**, **ii) ACEITO COM CORREÇÕES** ou **iii) NÃO ACEITO POR NÃO CUMPRIR OS REQUISITOS EDITORIAIS**. Todos os direitos de publicação são da Universidade Libre de Cúcuta.

A Revista Academia & Derecho tem um formato 21,5 x 28 cm, com uma tiragem gratuita de 500 exemplares, com depósito legal. Pode ser adquirida por permuta, assinatura ou entrega gratuita. Os documentos não podem superar as 30 páginas, e devem ter uma extensão mínima superior a 15 páginas, tipo de letra TIMES NEW ROMAN, tamanho 12, espaço simples e 2.54 cm de margem. As notas de rodapé devem ser em tamanho 10. A numeração das páginas deve ser feita na margem superior direita.

Em observância ao processo de indexação da publicação, são recebidos principalmente os seguintes documentos:

1. **ARTIGO DE PESQUISA E INOVAÇÃO:** é um documento que apresenta a produção original é inédita, resultado de um processo e de um projeto de pesquisa, reflexão ou revisão.
 - 1.1. **Artigo resultados de um processo de pesquisa:** é um documento que apresenta de maneira detalhada os resultados originais de um projeto de pesquisa concluído.
 - 1.2. **Artigo de reflexão:** é um documento que apresenta os resultados de uma pesquisa concluída, e sobre um tema específico, desde uma perspectiva analítica, interpretativa ou crítica do autor, recorrendo a fontes originais.

- 1.3. **Artigo de revisão:** é um documento resultado de um projeto de pesquisa concluído no qual se analisam, sistematizam e integram os resultados de pesquisas publicadas ou não publicadas, sobre um campo da ciência e tecnologia, a fim de apresentar os avanços e tendências do desenvolvimento.

Estes tipos de publicação caracterizam-se por ter uma cuidadosa e pertinente revisão bibliográfica, com, pelo menos, 50 referências.

Por outra parte, excepcionalmente poderão ser objeto do processo editorial os seguintes tipos de documentos:

2. **ARTIGO CURTO:** é um documento breve que apresenta resultados originais, preliminares ou parciais, de uma pesquisa científica que, de maneira geral, requer uma divulgação rápida.
3. **RELATO DE CASO:** é um documento que apresenta os resultados de um estudo sobre uma situação específica com o fim de dar a conhecer as experiências técnicas e metodológicas consideradas em um caso específico. Inclui uma revisão sistemática comentada da literatura sobre casos análogos.
4. **REVISÃO DE TEMA:** é um documento resultado da revisão crítica da literatura sobre um tema em particular.
5. **CARTA DO EDITOR:** é a posição crítica, analítica ou interpretativa dos documentos publicados na Revista que, segundo a Comissão Editorial, são importantes para a discussão do tema por parte da comunidade científica de referência.
6. **EDITORIAL:** é um documento escrito pelo editor, um membro da Comissão Editorial ou um pesquisador convidado sobre orientações no âmbito temático da Revista.
7. **TRADUÇÕES:** É um documento que formula a tradução de textos clássicos ou atuais ou transcrições de documentos históricos ou de interesse particular no âmbito de publicação da Revista.

No que cabe à estrutura dos artigos descritos no número 1, deve-se considerar o seguinte esquema de trabalho para apresentação do conteúdo:

- a. Todo artigo apresentado para publicação deve ser ORIGINAL E INÉDITO. Para tal, o autor deve apresentar, junto com o artigo, a CARTA DE ORIGINALIDADE, MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE E APRESENTAÇÃO DO ARTIGO, exemplificada no final do presente Guia, Formato B.
- b. No conteúdo do documento só devem ser enumerados os pontos próprios do plano de redação. Em outras palavras, título, resumo, palavras-chave, abstract, key words, introdução, metodologia, resultados de pesquisa e conclusões, não se enumeram.
- c. Para todos os efeitos devem ser seguidas as normas internacionais de citação APA (American Psychological Association).
- d. As expressões em latim ou outra língua devem aparecer em *itálico*.
- e. Na autoria das pesquisas apresentadas para o processo editorial pelo menos um (1) deve ser docente pesquisador.

Além disso, alguns aspectos administrativos que devem ser considerados são:

- a. Se o artigo for submetido ao processo editorial, não pode ser apresentado simultaneamente a outras revistas.
- b. O artigo pode ser retirado a qualquer momento do processo editorial pelo autor.

ESTRUTURA DOS DOCUMENTOS A SEREM APRESENTADOS AO PROCESSO EDITORIAL

Título em espanhol (é a língua oficial da revista, não?)

Título em Inglês

Nome (s) do (dos) autor (es)

Resumo

Palavras-chave

Abstract

Key Words

Introdução

Problema de Pesquisa

Metodologia

Esquema de Resolução do problema jurídico

Plano de redação

Resultados da pesquisa

Conclusões

Referências

Título: corresponde à ideia principal do documento. Deve ser identificado em maiúscula, sem exceder 15 palavras, se possível, em espanhol ou inglês. Posteriormente, em nota de rodapé, deve-se indicar: **1)** Se o artigo é inédito; **2)** Se o documento é classificado como um *artigo de pesquisa e inovação* e corresponde a alguma das seguintes tipologias: **a)** artigo de pesquisa, **b)** artigo de reflexão, **c)** artigo de revisão **3)** O projeto de pesquisa ao qual se encontra adscrito o produto (artigo); **4)** O grupo de pesquisa ao qual se encontra adscrito o projeto e a qual se se incorporará o produto (Se for o caso); **5)** A Instituição a qual pertence ou que financia a pesquisa (filiação institucional); **6)** Nome do grupo de pesquisa que contribuiu na pesquisa (se for o caso); **7)** Nome dos estudantes membros do grupo de pesquisa que contribuíram com a pesquisa (se for o caso); **8)** Nome dos auxiliares de pesquisa que contribuíram com a pesquisa (aplicasse for o caso).

Nome completo do autor: deve-se indicar o nome completo do autor ou autores (3) em nota de rodapé: **1)** o nome completo do autor ou autores, **2)** Nível de formação acadêmica em graduação e instituição na qual se formou; **3)** Nível de formação acadêmica em pós-graduação e instituição na qual se tituló; **4)** Nome dos grupos dos quais é membro (Se for o caso); **5)** Cargo que atualmente ocupa a nível acadêmico e profissional e instituição a qual pertence; **6)** E-mail institucional (obrigatório) e pessoal (opcional).

Resumo/Abstract: é um texto que apresenta uma *síntese* integral do conteúdo do documento, cuja extensão não deve superar as 300 palavras. Deve ser apresentado em inglês ou espanhol. No resumo, deve-se incluir: **1)** descrição breve do problema, **2)** alcance e relevância, **3)** o objetivo geral da pesquisa. Deve ser claro, coerente e sucinto. Sugere-se revisar e verificar dados, sintaxe, ortografia, não incluir referências bibliográficas sempre que possível e não cair em erratas.

Palavras-Chave/ Key words: devem refletir a ideia principal dos elementos desenvolvidos no artigo. devem estar organizadas em ordem alfabética

ou de maior a menor generalidade sem exceder as 10 palavras, com um de mínimo 3, em inglês e espanhol. As palavras utilizadas devem ser relevantes e indicar os temas do conteúdo a fim de auxiliar o conteúdo do texto. Recomenda-se a utilização dos termos dos jargões especializados das disciplinas correspondentes.

Introdução: a introdução não é uma cópia do Resumo. A introdução é um texto de aproximadamente 2 a 3 páginas onde se apresenta basicamente: 1) descrição extensa e completa do contexto ou apresentação do problema de pesquisa; 2) identificação e análise inicial do referente teórico desenvolvido na pesquisa; 3) hipótese da pesquisa.

Problema de pesquisa: deve-se definir a pergunta (?) que motivou a realização da pesquisa. Trata-se de uma pergunta complexa que não pode ser respondida com afirmação ou negação.

Metodologia: deve-se indicar o enfoque metodológico, tipo de pesquisa e as técnicas e instrumentos utilizados para a coleta e análise da informação. Neste item, devem-se formular os objetivos específicos da pesquisa. Não deve esquecer-se que tais objetivos devem cumprir o objetivo geral apresentado na parte final do Resumo e que todos eles juntos correspondem ao problema de pesquisa.

Neste item, o pesquisador pode expor de maneira detalhada o processo que pensou e utilizou no desenvolvimento da pesquisa, entre outros: 1) critérios de seleção, 2), população, 3) amostra.

Esquema de resolução do problema jurídico: trata-se da enunciação, em ordem temática, de cada um dos capítulos que integram o Plano de redação da pesquisa, isto é, corresponde à menção de cada um dos tópicos que deveriam ser abordados para o tratamento pleno do objeto e problema de pesquisa, em uma espécie de tabela de conteúdo, apresentada em prosa.

Plano de redação: é a instância onde se desenvolvem cada um dos processos e subprocessos temáticos definidos nos objetivos. Neste ponto, demonstra-se a hipótese de pesquisa e se apresentam os fundamentos que oferecem suporte para as Conclusões.

Resultados da pesquisa: evidenciam ou não a validade da hipótese de pesquisa formulada no processo de pesquisa.

Conclusões: são os postulados finais diante da resolução do problema jurídico e do cumprimento do propósito definido no objetivo geral e nos objetivos específicos.

Referências: são as fontes primárias e secundárias efetivamente utilizadas na pesquisa para o cumprimento dos objetivos da mesma e da resolução do problema de investigação formulado.

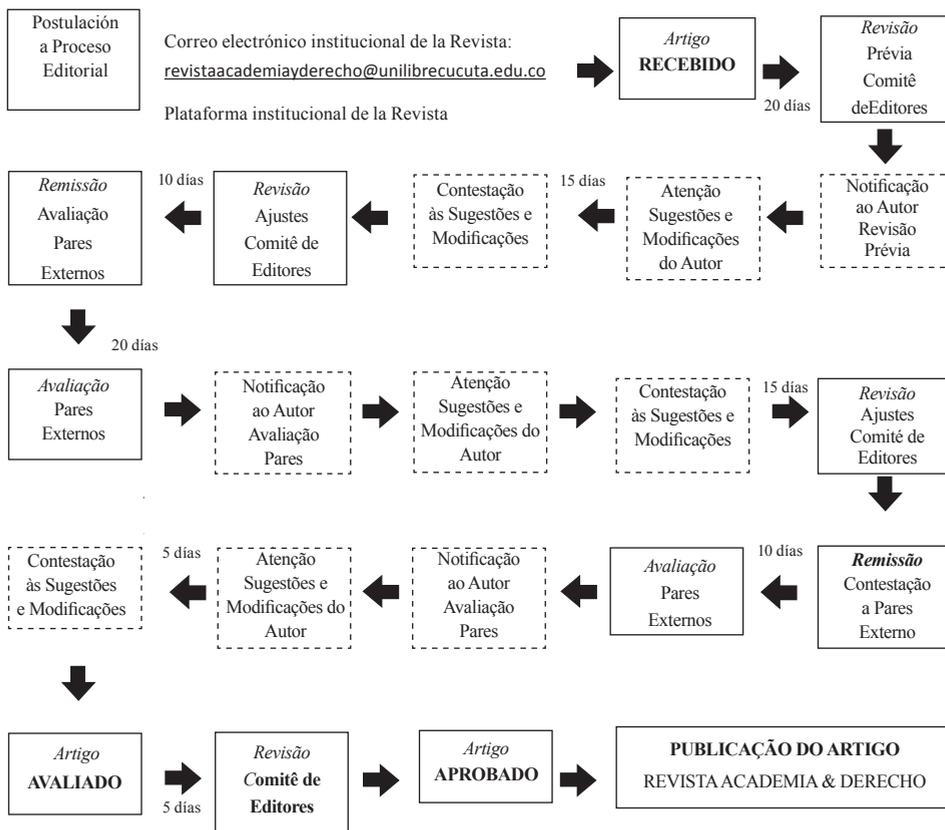
O autor do documento submetido ao processo editorial deverá acatar as sugestões ou modificações que a Comissão de Editores ou a Comissão Editorial e a Comissão de Avaliadores Externos lhe formulem ao artigo em um prazo não superior a 15 dias úteis depois de sua notificação via e-mail. A Comissão de Editores ou a Comissão Editorial reservam-se o direito de introduzir as modificações de forma necessária para adaptar o texto às normas próprias do processo editorial, sem modificar a temática tratada. Uma vez recebido o artigo no e-mail institucional da Revista ou através da Plataforma para tal fim, o autor recebe resposta sobre o cumprimento inicial dos requerimentos editoriais dentro dos 20 dias úteis seguintes à recepção. O membro da Comissão de Pareceristas Externos terá um prazo máximo de 20 dias úteis para o envio de sua avaliação.

O envio de documentos com fins de publicação na Revista Academia & Derecho implica que os autores autorizam a Universidad Libre de Cúcuta e a Comissão Editorial, a publicação dos artigos em versão impressa e também em versão eletrônica e/ou na página web. Neste sentido, quando o autor submete ao processo editorial a qualquer uma das categorias enunciadas, aceita como contraprestação pela inclusão do seu documento na Revista ou na página web, o recebimento de três (3) exemplares da respectiva edição. Para requisitar exemplares adicionais o autor deve solicitá-los diretamente ao Editor da Revista.

A entrega dos documentos realizar deve ser feita no Centro de Investigaciones da Universidad Libre de Cúcuta, na Avenida 4 N° 12N-81, bairro El Bosque, impresso e em CD (Word versão 6.0 ou superior) ou enviado para o e-mail institucional da Revista: revistaacademiayderecho@unilibrecucuta.edu.co.

Figura 1. Esquema básico proceso editorial revista academia & derecho

Fuente: Comité de Editores



Format A

Dados do autor

SEU NOME

Documento de Identidade.R.G.⁴ N° 1.0.-0.1-4.1-6

Passaporte N° NA-8-7-4

Nacionalidade: Brasileiro

Data de nascimento: 16 de abril de 1986

Curriculum Vitae virtual⁵: CvLac ou equivalente

http://scientif.colciencias.gov.co:8081/cvlac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001419149.

Filiação Institucional

Professor pesquisador Universidad Libre de Cúcuta, Colombia

E-mail institucional seunome@universidad-edu-co

E-mail pessoal: seunome@hotmail.com

Página Web da Universidade

www.unilibrecucuta.edu.co

Nota: Se o artigo é produto de coautoria (3), deve-se indicar a informação de cada um dos autores.

⁴ Entenda-se “Cédula de Cidadania” como o Documento de Identificação Nacional (DNI), exemplo R.G.

⁵ Neste caso, pode ser o Lattes.

Formato B



Prezados senhores,

Revista ACADEMIA & DERECHO

Universidad Libre de Cúcuta

E. S. D.

**REFERÊNCIA: CARTA DE ORIGINALIDADE, MANIFESTAÇÃO
DE INTERESSE E APRESENTAÇÃO DE ARTIGO**

Caros,

Por meio da presente, permito-me manifestar o meu interesse em participar no processo de publicação da **Revista ACADEMIA & DERECHO** da Universidad Libre de Cúcuta.

O título do artigo é “INSERIR O NOME DO ARTIGO” e ele é inédito, não tendo sido publicado nem submetido a outros meios editoriais. O artigo é resultado do desenvolvimento de pesquisa do (Indique o centro de pesquisa e/ou grupo de pesquisa ao qual está vinculado e o projeto de pesquisa ao qual se atribui o produto).

O Objetivo principal do artigo é (Apresente em pelo menos 300 palavras o contexto ou descrição do problema, sua relevância, hipótese -se for pertinente-, objetivo geral. Este parágrafo deve coincidir com o Resumo do seu artigo).

O tipo de artigo é (marque com um X)

De pesquisa e inovação: Pesquisa ____ Reflexão ____ Revisão ____

Não é resultado de pesquisa: _____

Finalmente, reitero que li e aceito os termos de participação estabelecidos no documento, Instruções do Guia para Autores, publicado na página web institucional. Por isso, cedo os direitos de autoria caso este seja publicado e manifesto conhecer os trâmites processo de pares pareceres-cegos.

Atenciosamente,

(Indicar tanto seu nome quanto o nome dos demais autores, se houver)

Endereço: Indique-o

Telefone: Indique-o

E-mail: Indique-o

Filiação Institucional: Indique-a



EDITORIAL

DIEGO ARMANDO YÁÑEZ MEZA

Cada proceso editorial de la Revista Academia & Derecho, al igual que toda iniciativa de publicación con pretensión científica, plantea nuevos desafíos y escenarios en los que es posible un plan de mejora permanente, con el fin de ofrecer a la comunidad científica un producto de alta calidad, que le responda a las necesidades del entorno institucional, local, regional, nacional e internacional y cumpla con los variados estándares que se exigen por las distintas bases e índices nacionales e internacionales. Con este contexto, se hace imperativa la reflexión sobre uno de esos tantos desafíos: el adecuado tratamiento de las fuentes de información que se utilizan en la formulación, desarrollo y ejecución de todo artículo de investigación que se postula a un proceso editorial.

Una regla resulta fundamental: en las referencias del artículo o capítulo o libro de investigación, solo deben figurar las fuentes de información que encuentran un análisis y desarrollo EFECTIVO en el respectivo plan de redacción, es decir, como desarrollo cierto y en aras de la necesidad propia al cumplimiento de cada uno de los objetivos específicos, los cuales permiten resolver el problema objeto de investigación y alcanzar el objetivo general. De tal forma que las fuentes de información que seguramente son pertinentes en su lectura complementaria, pero que no fueron analizadas y no integran la base que soporta los resultados y conclusiones, no deben figurar en las Referencias del artículo, menos aún en la construcción de la fundamentación y justificación del mismo. No cabría duda entonces sobre aquellas fuentes que no encuentran relación alguna con la problemática concreta.

Este parámetro no debe considerarse es un mero requisito formal. Debe tenerse en cuenta que cada documento será valorado posteriormente por

investigaciones futuras, las cuales tienen el derecho a conocer con claridad cual fue el estado de arte y marco teórico que esa investigación del pasado abordó para soportar sus resultados y conclusiones, porque solo así será posible escrutar ese objeto de estudio y poder descubrir nuevas realidades, que posiblemente lleven a nuevas soluciones y reconocer un auténtico conocimiento científico.

En este ámbito, nuestro proceso editorial implementa procesos de mejora continua, en aras de la uniformidad que brinde seguridad a nuestros lectores, dentro de los que se cuentan estudiantes, docentes, litigantes, jueces, servidores públicos, doctrinantes, etc.

Bajo la anterior reflexión se publica la Revista Academia & Derecho en su edición N° 12, correspondiente al periodo Enero-Junio del año 2016, con la seguridad de presentar artículos que plantearán una discusión crítica con serios fundamentos en cada uno de sus ámbitos.

Revista Academia & Derecho, Año 7, N° 12, 2016, pp. 53-86
ISSN 2215-8944

Universidad Libre Seccional Cúcuta - Facultad de Derecho
Ciencias Políticas y Sociales & Centro Seccional de Investigaciones
El derecho a la participación en el trámite de licencias ambientales:
¿Una garantía para la protección del medio ambiente?

Lisneider Cuesta Hinestroza - Martha Isabel Nupan Mosquera - Samira Ramírez Moreno
Ledis Gisela Palacios Lozano

El derecho a la participación en el trámite de licencias ambientales: ¿Una garantía para la protección del medio ambiente?*

The right to participate in the environmental licensing process:
A guarantee for the protection of the environment?

Recibido: Agosto 24 de 2015 - Evaluado: Noviembre 12 de 2015 - Aceptado: Diciembre 10 de 2015

Lisneider Cuesta Hinestroza**

Martha Isabel Nupan Mosquera***

Samira Ramírez Moreno****

Ledis Gisela Palacios Lozano*****

* Artículo inedito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto resultado del proyecto de investigación “Formación en mecanismos de participación ciudadana para la intervención en actuaciones administrativas en materia ambiental en el departamento del Chocó 2009 - 2013”, financiado por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e innovación (COLCIENCIAS) y la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luís Córdoba”. Convocatoria 617 de 2013.

** Abogada de la Universidad Tecnológica del Chocó, Magister en Derecho de los Recursos Naturales de la Universidad Externado de Colombia, Estudiante tercer año Doctorado en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Líder del Grupo de investigación: “Derecho Sociedad y Medio Ambiente” de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Chocó. Docente

Para citar este artículo / To cite this Article

Cuesta Hinestroza, L., Nupan Mosquera, M. I., Ramírez Moreno, S., & Palacios Lozano, L. G. (2016). El derecho a la participación en el trámite de licencias ambientales: ¿una garantía para la protección del medio ambiente? *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), (53-86)

Resumen:

El medio ambiente sano es un derecho constitucional, razón por la cual, le asiste un deber de protección no solo en cabeza del Estado, sino también de los particulares. En este sentido y en aras de garantizar su defensa, el ordenamiento jurídico nacional ha proveído unos mecanismos de participación ciudadana en materia ambiental para el ejercicio de dicha obligación, sin embargo, en la actualidad no existe una debida información y publicidad por parte de las autoridades ambientales competentes sobre los proyectos, obras o actividades que se realizan en las comunidades, con las cuales, se puede afectar el entorno y/o los recursos naturales; lo que impide que la participación se realice de manera efectiva por parte de los asociados y se evite por consiguiente la posible vulneración o afectación; razón por la cual, en este artículo se dan a conocer los mecanismos de participación ciudadana como estrategia para el planteamiento de alternativas regionales que garanticen el ejercicio de la participación en materia ambiental. Se utilizó el método de investigación descriptivo, que pretende identificar la realidad de la participación entorno a la defensa del ambiente, obteniendo información de fuentes formales del derecho, interposición de derecho de petición, revisión de expedientes, aplicación de entrevistas semiestructuradas a directivos de Organizaciones no Gubernamentales (ONG) del departamento del Chocó e

Asistente en Comisión de Estudio de la Universidad Tecnológica del Chocó. Vicerrectoría de Investigaciones-Centro de Investigaciones en Biodiversidad y Hábitat-UTCH.

Correo electrónico: lisneider@yahoo.es.

*** Estudiante de X semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”, Integrante del Semillero de Investigación en Derecho Ambiental del Grupo de Investigación Derecho, Sociedad y Medio Ambiente-GIDSMA.

Correo electrónico: isanupan@hotmail.com.

**** Estudiante de IX semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”, Integrante del Semillero de Investigación Derecho, Sociedad y Medio Ambiente “GIDSMA”.

Correo electrónico: sami1322@hotmail.com.

***** Estudiante de IX semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba”, Integrante del Semillero de Investigación Derecho, Sociedad y Medio Ambiente “GIDSMA”

Correo electrónico: legipalo@hotmail.com.

intervención en procedimientos administrativos para el trámite de licencias ambientales. Se evidenció, que el mecanismo más utilizado es la consulta previa y que sola relación en la legislación de mecanismos de participación no son suficiente para ayudar a la protección del medio ambiente.

Palabras clave: Participación, licencias ambientales, medio ambiente, intervención de terceros.

Abstract

A healthy environment is a constitutional right, reason why, it involves the protection not only in head of the State, but also of the individuals. In this sense and in order to guarantee its defense, the national legal system has provided mechanisms for citizen participation in environmental matters for the exercise of this obligation, however, at present there is not a proper information and publicity by the authorities Environmental aspects of projects, works or activities carried out in the communities, with which the environment and / or natural resources can be affected; Which prevents the effective participation of partners and prevents possible infringement or involvement; For this reason, this article discloses the mechanisms of citizen participation as a strategy for the proposal of regional alternatives that guarantee the exercise of participation in environmental matters. We used the descriptive research method, which tries to identify the reality of participation in the defense of the environment, obtaining information from formal sources of law, filing petitions, reviewing files, applying semistructured interviews to non - Governmental organizations of the department of Chocó and intervention in administrative procedures for the process of environmental licenses. It was evidenced that the mechanism most used is the prior consultation and that only relationship in the legislation of mechanisms of participation are not sufficient to help the protection of the environment.

Keywords: Participation, environmental licenses, environment, third person's intervention.

Resumo:

O meio ambiente sano é um direito constitucional, razão pela qual, lhe assiste o dever de proteção não somente da parte do estado, mas daquela dos particulares. Neste sentido e visando a garantia da defesa do meio ambiente, o ordenamento jurídico nacional tem provido alguns mecanismos de participação cidadania em matéria ambiental para o exercício de tal obrigação, porém, na atualidade não existe uma devida informação e publicidade da parte das autoridades ambientais

competentes na mate ria frente aos projetos, obras ou atividades realizadas nas comunidades, com as quais, pode-se afetar o entorno e/ou os recursos naturais, o qual impede que a participação seja realizada de maneira efetiva da parte dos associados e que se evite assim uma possível vulneração ou afetação. Por esse motivo que neste artigo vão progressivamente se apresentar os mecanismos de participação cidadana para o planejamento de alternativas regionais que gramaticizem o exercício da participação da cidadania em matéria ambiental. Utilizou-se o método de pesquisa descritivo, o qual pretende identificar a realidade da participação no âmbito da defesa do meio-ambiente, isto por médio do Direito de Acesso à Informação, entrevistas com diretivas de ONG do Estado de Choco além da intervenção de procedimentos administrativos para a obtenção de licencias ambientais. Assim podemos evidenciar que o mecanismo mais utilizado é a Consulta Previa e que a simples relação da legislação com os mecanismos de participação não atingem a proteção efetiva do meio-ambiente.

Palavras chave: Participação, meio ambiente, licencia ambiental, intervenção de terceiros.

Résumé:

Un environnement sain reste est avant tout un droit garanti par la constitution, pour cette raison, il leur assiste le devoir de protection non seulement de la part de l'Etat mais aussi pour les particuliers. Dans ce sens et en but de garantir sa défense, l'ordonnement juridique national a pourvu certains mécanismes de participation des citoyens en matière environnementale afin de faire valoir tel droit, pourtant, aujourd'hui en jour il n'existe pas une due publicité pour la mise en œuvres des mécanismes susdites de la part des entités compétentes, ceci peut finir par affecter l'entour et/ou les ressources naturels, cela empêcherait alors que la participation soit réalisée d'une manière effective de la part des citoyens et ainsi éviter la possible vulnération ou affectation au droit en cause. C'est donc pourquoi l'on exposera tout au long de cet article les mécanismes de participation comme stratégie pour la mise en œuvre d'alternatives régionales garantissant l'exercice de la participation en matière environnementale.

Mots-clés: Participation, licences environnementales, environnement, intervention de tiers.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Esquema de resolución. - I. Importancia de la participación en el trámite de licencias ambientales. - A. La participación ambiental en el contexto nacional e internacional. - Participación ambiental en el contexto nacional. - B. El derecho a la participación en el trámite de licencias ambientales. II. Mecanismos de

participación administrativa utilizados para la protección de los recursos naturales. - A. Mecanismos establecidos en la Ley 99 de 1993. - III. Las autoridades ambientales como garantes de la participación ambiental. - A. El deber de informar a la ciudadanía. - B. El papel de las Organizaciones no gubernamentales ambientales. – Conclusiones. - Referencias.

Introducción

A partir de la expedición de la Constitución Política (Constitución Política de 1991, 1991) en el país tal como lo explica la doctrina (AMAYA NAVAS, 2012) se acoge la protección y defensa del medio ambiente como una obligación en cabeza del Estado y de los particulares, como un deber y un derecho colectivo. De ahí que, la Constitución otorga el derecho a sus asociados de intervenir en los asuntos de interés general que afecten la nación (Art. 2 CP) incluido el ambiente, lo que hace necesario que todos los colombianos conozcan y participen activamente en la protección de los recursos naturales.

El presente artículo pretende resaltar la importancia de la participación en materia ambiental y el derecho de sus asociados a gozar de un ambiente sano. Además, se evidencia que la publicidad y la oportuna información a las comunidades es clave para activar los mecanismos de participación ciudadana y de esta manera, incidir en las decisiones que se planean o se adoptan en materia ambiental.

El legislador (Ley 99, 1993) en el artículo 69 dispone que, *cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, sin necesidad de mostrar interés jurídico, podrá intervenir en las actuaciones iniciadas para la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente...* En virtud de esta disposición, cualquier persona puede intervenir en los trámites para el otorgamiento de una licencia ambiental requerida para la mayoría de las grandes actividades y proyectos realizados en el país que por lo general involucran el uso de recursos naturales. Este es uno de los “...mecanismos que permiten integrar los conocimientos y criterios de la ciudadanía en las decisiones sobre políticas públicas determinantes de la situación del entorno” (LORA, MUÑOZ, & RODRÍGUEZ, 2008, p. 46)

Para el trámite de licencias ambientales, la normatividad dada en el Decreto 2820 de 2010 artículo 15, derogado por el actual Decreto 2041 de 2014, artículo 15, establece el procedimiento y las exigencias para otorgar la autorización ambiental para la realización de proyectos, obras o actividades que causan un impacto considerable al medio ambiente. El artículo del Decreto anterior y actual dispone lo siguiente:

Se deberá informar a las comunidades el alcance del proyecto, con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas y valorar e incorporar en el estudio de impacto ambiental, cuando se consideren pertinentes, los aportes recibidos durante este proceso. En los casos en que se requiera, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en materia de consulta previa con comunidades indígenas y negras tradicionales, de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulen la materia. (Decreto 2820, 2010) (Decreto 2041, 2014)

Así las cosas, en estas disposiciones se observa la importancia que tiene la participación de las comunidades en los procesos de licenciamiento ambiental, no sólo por mandato legal sino también por el valor que representa el territorio en donde se ejecutarán los proyectos, obras o actividades, cuando se trata de comunidades negras e indígenas.

El Chocó¹ un departamento reconocido por su diversidad de recursos naturales y por la multiculturalidad, en la actualidad atraviesa por diversos problemas como la “degradación de fuentes hídricas, deterioro de los ecosistemas boscosos, débil conocimiento del entorno ambiental por parte de individuos, grupos sociales e institucionales, implementación de mega proyectos, minería, pérdida de las especies de flora y fauna”, etc. (Contraloría General Departamento del Chocó, 2013). De ahí, que sea vital que, no sólo los integrantes de las consejos comunitarios sino también todos los ciudadanos conozcan y utilicen los mecanismos de participación ciudadana, lo que puede ayudar a proteger, preservar, defender y reducir los posibles impactos que se puedan ocasionar al ambiente con la ejecución de actividades o proyectos.

Por consiguiente, las comunidades cumplen un papel importante en los procesos de licenciamiento; como lo expresan (RODRIGUEZ, GOMEZ REY, & MONROY ROSAS, 2013, p. 150)

Es importante la participación de la comunidad en los procesos de licenciamiento ambiental dado que los proyectos, obras o actividades involucran los intereses de estas, que pueden verse beneficiadas o afectadas por los mismos. Más aún, los nuevos caminos en la gestión ambiental de los proyectos, obras y actividades encuentran en la Evaluación Ambiental Estratégica, una novedosa herramienta en donde la participación es fundamental; tanto así que ésta se mide en niveles de los cuales depende gran parte de su éxito.

¹ En este artículo, se utiliza lo sucedido en el departamento del Chocó como ejemplo para ilustrar lo que puede suceder en el trámite de licencias ambientales

En desarrollo de la metodología se utilizó el método de investigación descriptivo que consiste en la revisión de antecedentes, con el objetivo de evidenciar el estado actual de un problema y dar cuenta de la realidad de lo sucedido con los mecanismos de participación ciudadana (TORO JARAMILLO & PARRA RAMÍREZ, 2010, p. 245). Para ilustración de los argumentos de este artículo, se presentan algunos datos que demuestran el uso que se da a los mecanismos de participación ciudadana en el trámite de licencias ambientales en el departamento del Chocó, además, se interpuso un derecho de petición a la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó CODECHOCÓ, radicado 2014-2-1476, donde se analizaron los expedientes de licencias ambientales por medio de fichas elaboradas. Asimismo, se realizó mediante solicitud formal ejercicio de intervención en proceso administrativo sobre la expedición de licencias ambientales del Proyecto Construcción de relleno sanitario municipio de Quibdó, Atrato y Lloró, radicado 2015-2-595; se realizó entrevistas semi estructuradas a Organizaciones No Gubernamentales ONG en materia ambiental del departamento² y recuperación bibliográfica de fuentes formales del derecho y doctrina. Lo anterior, para identificar las condiciones, requisitos y procedimientos para la utilización de los mecanismos de participación ciudadana, en el otorgamiento de licencias ambientales.

Se evidenció, que existe poca participación de las comunidades frente a las actividades o proyectos que se realizan en su entorno y requieren licencia ambiental, debido entre otras causas a la falta de información y el desconocimiento de los mecanismos de participación. El mecanismo más utilizado, es la consulta previa, pero más, por el cumplimiento de un mandato legal que por una política institucional o por la conciencia ciudadana de conocer y participar en las decisiones que en relación con el medio ambiente sean tomadas. Los espacios de participación creados por la Ley, para el caso la Ley 99 de 1993, son espacios, al menos en el departamento del Chocó, sin desarrollo en la vida real. Aún más, se confunde la participación ciudadana con la simple socialización de las actividades de un proyecto.

Problema de investigación

Aunque la normatividad nacional consagra acciones y mecanismos para la protección del medio ambiente y los recursos naturales cuando se evidencie

² Se realizó las entrevistas a ONG ambientales (Corporación Michita el 17 de marzo de 2015 y Fundación Beteguma el 14 de abril de 2015).

la ejecución de obras y/o proyectos susceptibles de afectarlos, en primer lugar, se debe tener en cuenta si dichos mecanismos son lo suficientemente efectivos, para garantizar una protección real, principalmente cuando las entidades que asumen un rol funcional en materia ambiental, no generan los espacios de conocimiento e información para que los particulares puedan actuar a tiempo frente la eventualidad de un daño.

Conforme a lo anterior, el problema de investigación se concreta en el siguiente interrogante: ¿Las entidades en materia ambiental proveen a las comunidades las condiciones necesarias de información y publicidad para acceder a los mecanismos de participación ciudadana, intervenir y tomar decisiones para la protección del medio ambiente cuando se está vulnerando o afectando su entorno?

Esquema de resolución

En el primer capítulo, se pretende establecer la importancia de la participación en el trámite de las licencias ambientales como garantía para la protección del medio ambiente, el segundo, trata del ámbito internacional y nacional de la participación como medio de protección del ambiente. El tercer capítulo, establece las formas de participación de tipo administrativo, para intervenir e incidir en la toma de decisiones frente a los recursos naturales y en el último capítulo, se presentan algunas reflexiones sobre las funciones de las autoridades ambientales como garantes de la participación ambiental a través de la debida información a las comunidades.

1. Importancia de la participación en el trámite de licencias ambientales.

Con la expedición del nuevo orden constitucional (Constitución Política, 1991) se incorporó la participación como un mecanismo de protección y a su vez como un derecho fundamental, donde las comunidades pueden intervenir e incidir en procesos administrativos que desarrollan las autoridades públicas, como lo expresa el artículo 270³ de la Carta Magna. Con la participación como herramienta en el trámite de licencias ambientales se garantizará la preservación de l medio

³ Art. 270 Constitución Política de Colombia. La ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados.

ambiente y su entorno a las comunidades presentes y sus nuevas generaciones, indispensables para la existencia de sus prácticas ancestrales y culturales. Al respecto la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-366, 2011) ha resaltado la importancia que tienen los mecanismos de protección ambiental en especial la consulta previa, que permitirá proteger la diversidad étnica y cultural de las comunidades en el territorio Colombiano.

A. La participación ambiental en el contexto nacional e internacional.

La importancia de proteger el medio ambiente ha llevado a la comunidad internacional a implementar diversas estrategias que aporten a la ardua e imperiosa labor de garantizar un ambiente sano a la humanidad. Desde las diferentes reuniones llevadas a cabo por diversos países, condensadas en: declaraciones, pactos, convenciones o protocolos, se evidencia la urgente necesidad del ser humano en proteger y participar en todos los aspectos que comprometan al ambiente. Dentro de los instrumentos internacionales, es necesario resaltar la Conferencia de Estocolmo de 1972 sobre el Medio Humano⁴, reconocida como la primera acción internacional en materia ambiental, donde los países presentes y las diferentes organizaciones gubernamentales y no gubernamentales plantearon las problemáticas que afectan al mundo con respecto al medio ambiente. De esta Conferencia, surge una Declaración que en su proclamación 7 resalta que para la defensa del medio ambiente y su entorno es menester que ciudadanos y comunidades, empresas e instituciones, en todos los planos, acepten las responsabilidades que les incumben y que todos ellos participen equitativamente en la labor común. (Naciones Unidas, 1972)

Se conoce además, la Carta mundial de la naturaleza, que es un documento adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1982⁵, en el cual se establecen principios para la protección de los recursos naturales por parte de los Estados miembros. Esta carta, resalta la importancia de la participación en los procesos que afecten al medio ambiente, donde las personas deben hacer parte de manera individual o colectiva e incidir en la toma de decisiones, en el que se vea afectado el ambiente. Este documento en los principios 16, 23 y 24

⁴ La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, realizada en Estocolmo del 5 al 16 de junio de 1972, y Atenta a la necesidad de un criterio y unos principios comunes que ofrezcan a los pueblos del mundo inspiración y guía para preservar y mejorar el medio humano.

⁵ La Carta Mundial de la Naturaleza fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 37/7, el 28 de octubre de 1982. Sobre la aplicación de instrumentos internacionales puede consultarse (SÁNCHEZ VALLEJO, 2015).

establece la importancia de la participación de la siguiente manera (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1982)

Principio 16. *Toda planificación incluirá, entre sus elementos esenciales, la elaboración de estrategias de conservación de la naturaleza, el establecimiento de inventarios de los ecosistemas y la evaluación de los efectos que hayan de surtir sobre la naturaleza las políticas y actividades proyectadas; todos los elementos se pondrán en conocimiento de la población recurriendo a medios adecuados y con la antelación suficiente para que la población pueda participar efectivamente en el proceso de consultas y de adopción de decisiones al respecto.*

Principio 23. *Toda persona, de conformidad con la legislación nacional, tendrá la oportunidad de participar, individual o colectivamente, en el proceso de preparación de las decisiones que conciernen directamente a su medio ambiente y, cuando éste haya sido objeto de daño o deterioro, podrá ejercer los recursos necesarios para obtener una indemnización.*

Principio 24. *Incumbe a toda persona actuar de conformidad con lo dispuesto en la presente Carta; toda persona actuando individual o colectivamente, o en el marco de su participación en la vida política, procurará que se alcancen y se observen los objetivos y las disposiciones de la presente Carta.*

Estos principios reflejan el deber que tienen los países de brindar a sus asociados la debida información frente a las actividades que conciernen al ambiente, para que las personas de acuerdo con su legislación puedan hacer uso de los mecanismos establecidos para la defensa del entorno natural.

De igual forma, en 1984, la Comisión Mundial Sobre Medio Ambiente y Desarrollo, realizó un informe denominado “Nuestro Futuro Común⁶”, en

⁶ En Octubre de 1984 se reunió por primera vez la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo (World Commission on Environment and Development) atendiendo un urgente llamado formulado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el sentido de establecer una agenda global para el cambio (A global agenda for change). La Comisión partió de la convicción de que es posible para la humanidad construir un futuro más próspero, más justo y más seguro.

En esta materia sobre el alcance de la cláusula democrática en la Constitución puede consultarse (JIMÉNEZ RAMÍREZ & ARBOLEDA RAMÍREZ, 2015).

el que plantearon la necesidad de tomar medidas pertinentes para garantizar la disponibilidad de recursos naturales a las generaciones presentes y futuras, expandiendo el concepto de desarrollo a un desarrollo sostenible. Para alcanzar la sostenibilidad, en el informe se establece que es necesario el apoyo de los sistemas políticos para garantizar una efectiva participación ciudadana en los procesos de decisión, es decir, más democracia a nivel nacional e internacional. (Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, 1984)

En relación con la participación ambiental, es importante resaltar a la Cumbre de la tierra de Río de Janeiro de 1992⁷, donde surge la declaración de Río, en donde se destaca la participación como medio idóneo para alcanzar el desarrollo sostenible y la integridad del sistema ambiental. Esta declaración a través de los principios 10, 20 y 22⁸, establece que la participación de los ciudadanos, comunidades indígenas, locales y las mujeres es indispensable para el desarrollo sostenible, lo que permitirá la utilización de los recursos del medio tanto para las generaciones presentes como para aquellas que están por surgir, en la medida que se haga uso racional. (Organización de las Naciones Unidas, 1992)

⁷ Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo, celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992.

⁸ PRINCIPIO 10 El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes.

PRINCIPIO 20 Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo. Es, por tanto, imprescindible contar con su plena participación para lograr el desarrollo sostenible.

PRINCIPIO 22 Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

Se observa, cómo a través de los principios en mención se desprenden los elementos necesarios de la participación. De acuerdo con (RODRIGUEZ & MUÑOZ AVILA, 2009, p. 50) estos principios son los siguientes: “la toma de decisiones, acceso a la información, y acceso a la justicia”, que constituyen los elementos que deben ser otorgados a la comunidad para que cumplan con la función de protección y defensa del medio ambiente.

En la Carta de la Tierra, otro instrumento internacional de carácter declarativo realizada en 1997, se contempla la necesidad de la humanidad de respetar la naturaleza, recordando que a medida que se utilicen los recursos naturales de forma desproporcionada será la misma humanidad que sufrirá los daños; por consiguiente, este instrumento en su principio 13 considera la participación como una alternativa donde la sociedad incida y tome decisiones en asuntos referentes al ambiente, el cual comprometa la estabilidad de los seres humanos y el medio ambiente.

La continua preocupación de los Estados por el deterioro del medio ambiente, originó la realización del primer Foro Ambiental Mundial a nivel Ministerial, el cual tuvo lugar en Malmo, Suecia en el año 2000. Este instrumento expone que el éxito contra la degradación del medio ambiente depende de la plena participación de todos los agentes de la sociedad, de una población sensibilizada y educada; del respeto a los valores éticos, espirituales, a la diversidad cultural y a la protección de los conocimientos indígenas⁹. (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2000) En dicha Declaración se resalta la función de la sociedad civil de intervenir en los asuntos ambientales y se consagran elementos necesarios para una participación activa que incida en la toma de decisiones, tales como el acceso a la información, a la justicia y adopción de decisiones ambientales.

Luego, en el año 2002 se redactó el informe de la cumbre mundial sobre el desarrollo sostenible en Johannesburgo, esta declaración en su principio 26 establece que para lograr el desarrollo sostenible debe haber gran participación en la sociedad, donde se formulen políticas, toma decisiones en todos los niveles,

⁹ Primer Foro Ambiental Mundial a nivel Ministerial, establecido de conformidad con la resolución 53/242 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 28 de julio de 1999, con el objeto de que los ministros de medio ambiente del mundo se reunieran y examinaran nuevas e importantes cuestiones ambientales: en Malmö, Suecia, del 29 al 31 de mayo de 2000.

lo cual permitirá avanzar en el compromiso de proteger el ambiente y asegurar el desarrollo sostenible¹⁰ (Naciones Unidas, 2002)

En América Latina, en relación con la participación ambiental, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL¹¹ queriendo continuar con la aplicación del principio 10 de la Declaración de Río, llevó a cabo una reunión celebrada en el año 2013, de donde surgió un documento denominado “Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe: situación actual, perspectivas y ejemplos de buenas prácticas”, en el que se consagra que la principal forma de protección del ambiente se da con el acceso a la información, la participación y la justicia en los temas ambientales. Además de considerar que la participación ciudadana informada es a su vez un mecanismo para integrar las preocupaciones y el conocimiento de la ciudadanía en las decisiones de políticas públicas que afectan al ambiente, la participación en la toma de decisiones aumenta la capacidad de los gobiernos para responder a las inquietudes y demandas públicas de manera oportuna, construir consensos y mejorar la aceptación y el cumplimiento de las decisiones ambientales ya que, los ciudadanos se sienten parte de esas decisiones. (Comisión Económica Para América Latina y el Caribe, 2013)

Por último pero no menos importante, está la convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en temas ambientales, conocido como Convenio de Aarhus que entró en vigor el 30 de octubre de 2001, siendo el instrumento internacional más importante en el tema que desarrolla la investigación que es la participación en materia ambiental. En este convenio se destaca su objeto, el de garantizar a las personas los derechos de acceso a la información sobre el medio ambiente,

¹⁰ Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible Johannesburgo (Sudáfrica), 26 de agosto a 4 de septiembre de 2002.

¹¹ Comisión Económica Para América Latina y el Caribe CEPAL. Segunda Reunión de los Puntos Focales Designados por los Gobiernos de los Países Signatarios de la Declaración sobre la aplicación del principio 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en América Latina y el Caribe. Guadalajara (México), 16 y 17 de abril de 2013. ACCESO A LA INFORMACIÓN, PARTICIPACIÓN Y JUSTICIA

la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia medioambiental¹². (Convenio de Aarhus, 1998)

Participación ambiental en el contexto nacional

Respecto a la participación ambiental en el contexto nacional, sobresale del marco constitucional y legal, la inclusión del ambiente como parte fundamental en el desarrollo del ser humano, al dejar de ser la nación un Estado social y convertirse en un Estado social de derecho, lo que significó para Colombia, según lo expresa (CARDONA GONZÁLEZ, 2010) un gran avance para la protección de los derechos individuales y colectivos, con lo que se introdujo múltiples normas que buscan garantizar un ambiente sano, procurando el desarrollo sostenible.

Se observa, como en la Constitución se va incorporando la participación desde el preámbulo como elemento esencial para la protección del ambiente, se continúa con los artículos 1 y 2, de los cuales se deduce que la participación es indispensable en un Estado social de derecho, que es un fin esencial del Estado y facilita la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación. (Constitución Política, 1991)

Cabe decir que, como lo afirma (VALENCIA HERNÁNDEZ, 2007, p. 173), “la protección del medio ambiente tiene en la Constitución Colombiana de 1991 una relación directa con los derechos colectivos, conocidos comúnmente como derechos de tercera generación, que de forma directa o indirecta tiene presencia en un gran número de preceptivas constitucionales”. Aunque para algunos autores como, (RODRIGUEZ & MUÑOZ AVILA, 2009, p. 39) la “participación no solo es un derecho sino un deber de los ciudadanos de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país, art. 95 N° 5”.

En este mismo orden la Carta Magna, en su artículo 79 consagra para todas las personas el derecho a gozar de un ambiente sano, garantizando la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlos. (Constitución Política, 1991) En este artículo se encuentra parte del fundamento jurídico para el nacimiento de los mecanismos de participación ciudadana para la protección del ambiente como: cabildos, la iniciativa legislativa, entre otros (art. 103). Sin duda

¹² Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Aarhus. 1998.

alguna, la participación de las comunidades es el medio idóneo para garantizar un ambiente sostenible y en efecto, como se afirma:

El derecho a un Medio Ambiente sano tiene una naturaleza colectiva, pero la participación ciudadana necesaria para su defensa es sin duda alguna un derecho fundamental, y como tal puede reclamarse su garantía, pues pertenece a la entraña de la comunidad el pronunciarse y dotar de insumos a la administración para que las decisiones medioambientales que se adopten sean democráticas y sostenibles. (HURTADO MORA, 2014)

Dadas las condiciones que anteceden, se puede inferir que los mecanismos de participación ciudadana son herramientas establecidas en la ley, al alcance de todos los ciudadanos, y que pueden ser utilizados en defensa de los intereses sociales o en la vulneración de un derecho que le afecte a la comunidad y contribuir al desarrollo social, humano, cultural y ambiental de la nación para el cumplimiento de los fines del Estado por parte de las entidades públicas y privadas.

Dicha participación ambiental, puede definirse según (RODRIGUEZ & MUÑOZ AVILA, 2009, p. 72) como vías que brindan garantías y beneficios al pueblo. Están constituidos como herramientas de gran valor jurídico para ejercer el control y garantizar la eficacia en los actos del Estado. Son los instrumentos que la Constitución Política de Colombia creó para que el pueblo participe en ejercicio de su soberanía, tome decisiones en determinados asuntos de interés nacional, departamental, distrital, municipal y local.

Por lo cual, la participación ambiental tiene como fin último la protección del medio ambiente, ya que por medio de este, se alcanzará el desarrollo sostenible con la acción de la ciudadanía. Así las cosas, la Constitución colombiana en el artículo 270 dispone las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública en los diferentes niveles administrativos (Constitución Política, 1991)

En lo que concierne a las comunidades étnicas, la participación en temas ambientales es un derecho fundamental del cual pueden gozar, ya que al igual que el resto de los ciudadanos estas están facultadas para participar en la toma de decisiones relacionadas con temas que les afecten, es decir, los pueblos indígenas y tribales también tienen el derecho de participar en la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas de desarrollo nacional y regional que los involucre, los cuales deben propender al mejoramiento de sus condiciones de vida, de trabajo, del nivel de salud y de educación. (RODRÍGUEZ, 2014)

En el mismo sentido las Organizaciones No Gubernamentales han jugado un rol destacado en estos ejercicios de promoción de la participación ciudadana. Esto porque han logrado instalar nuevos temas en la agenda pública, aportando su capacidad de proponer metodologías innovadoras y de actuar como articuladores entre el hoy. (ABOGABIR, 2006, p. 1)

Con base en la jerarquía de normas estatales, se expidieron diferentes Leyes y Decretos con el propósito de resaltar la participación como elemento fundamental para la protección del medio ambiente. Así las cosas, y mucho antes de la expedición de la Constitución de 1991 se observa el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, en el cual en los artículos 1 y 2 establece el rol primordial que representan el Estado y los particulares en la participación, donde a su vez, el Estado debe garantizar el bienestar de los presentes y futuros habitantes de la nación. (Decreto 2871, 1974) De manera semejante, está la Ley 99 de 1993, que consagra por medio del artículo 1, numeral 10, uno de los principios que guían la política ambiental del país, es decir, el trabajo coordinado entre el estado, la comunidad, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado como sujetos en la tarea de la protección ambiental (Ley 99, 1993)

En el año 2015 se expidió la Ley Estatutaria 1757, sobre participación ciudadana; en la cual “quedan establecidos los nuevos lineamientos con los que se garantizan las modalidades del derecho a participar en la vida política, administrativa, económica, social y cultural, así como también se garantiza el derecho a controlar el poder político¹³”. (Ley Estatutaria 1757, 2015)

Resulta indispensable en el tema de participación, la Ley 70 de 1993, que desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política, que tiene por objeto resaltar las comunidades negras, que cuentan con territorios de gran diversidad en cuanto a flora y fauna se refiere, además de recursos no renovables, los cuales deben ser protegidos a través de los mecanismos de participación ciudadana. Es así como en esta ley, se establece como principio rector según reza el artículo 3, numeral 3, la participación de las comunidades negras y sus organizaciones sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan y en las de toda la Nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley (Ley 70, 1993). Cabe anotar

¹³ Ámbito jurídico.com Legis. Periódico colombiano especializado en información jurídica de actualidad.

que la participación es una herramienta necesaria para la protección y garantía de seguir preservando los recursos naturales de una región y de la nación. De igual manera, el Decreto 1397 de 1996 “*Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones*”, tiene por objeto concertar entre éstos y el Estado todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos, evaluar la ejecución de la política indígena del Estado, sin perjuicio de las funciones del Estado, y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos a que allí se lleguen (Decreto 1397, 1996).

Colombia, es uno de los países con más biodiversidad en el mundo (Brigadas Internacionales de Paz, 2011, p. 3) y de acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo Forestal en las regiones del Pacífico y Amazonía, del área total de 55.5 millones de hectáreas bajo Reserva Forestal de Ley 2ª de 1959, alrededor del 41.6% pertenece a comunidades indígenas y a comunidades Afrocolombianas. (Ministerio del Medio Ambiente, 2000, p. 8) Este hecho coloca a nuestro país en una situación muy diferente con relación a otros países de la cuenca amazónica o del mundo, ya que la mayoría de sus bosques no pertenecen al Estado sino a los grupos étnicos. El planteamiento anterior denota la importancia de que tanto las comunidades negras como las indígenas puedan participar en las decisiones que afecten a sus territorios.

Ante toda esta fundamentación jurídica sobre los mecanismos de participación en materia ambiental, es de resaltar la manera y la forma como las entidades en asuntos ambientales, en todos los niveles del orden nacional, departamental y municipal, realizan la tarea de difundir los proyectos donde se pueda ver afectado el ambiente. Sin embargo, la pregunta de reflexión sería cuál es el real conocimiento que tienen las comunidades para intervenir y tomar decisiones cuando se esté vulnerando o afectando su entorno.

B. El derecho a la participación en el trámite de licencias ambientales.

En el trámite de las licencias ambientales, la participación juega un papel determinante, no solo por ser requisito en el trámite para su otorgamiento, sino por ser la participación un derecho fundamental expresado en la Constitución, que a su vez permitirá la protección y defensa del ambiente. Así las cosas, las

Licencias Ambientales se encontraban reguladas por el Decreto 2820 de 2010, derogado por el Decreto 2041 de 2014, el cual establece el procedimiento y las exigencias para otorgar autorización ambiental para la realización de proyectos, obras o actividades que causan un impacto considerable en el medio ambiente.

Dado que la comunidad juega un papel fundamental en la protección del medio ambiente. El artículo 15 del Decreto anteriormente mencionado, dispone que:

Se deberá informar a las comunidades el alcance del proyecto, con énfasis en los impactos y las medidas de manejo propuestas y valorar e incorporar en el estudio de impacto ambiental, cuando se consideren pertinentes, los aportes recibidos durante este proceso. En los casos en que se requiera, deberá darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, en materia de consulta previa con comunidades indígenas y negras tradicionales, de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulen la materia. (Decreto 2820, 2010) (Decreto 2041, 2014)

Debido a la multiculturalidad y diversidad de recursos naturales que presenta el país y en especial el departamento del Chocó y al constante uso de estos recursos, se hace necesario que los ciudadanos conozcan los mecanismos de participación ciudadana, lo cual permitirá contribuir, proteger, preservar, defender y reducir los posible impactos que se ocasionen al ambiente. Sin embargo, la realidad es, que el medio ambiente viene siendo deteriorado indiscriminadamente por la ejecución de obras y proyectos que causan grave daño no sólo al medio natural, sino también a la vida, y a las prácticas culturales de los grupos étnicos presentes en el departamento. Por consiguiente, lograr que las comunidades utilicen los mecanismos de participación es la garantía a corto, mediano y largo plazo en la conservación del territorio y de la identidad cultural. Las comunidades por mandato constitucional tienen el derecho a la participación, que permitirá identificar y prevenir las consecuencias que traerá la realización de proyectos, obras o actividades en sus territorios.

A los efectos de este, los pueblos indígenas y las comunidades tribales cuentan con mecanismos como la consulta previa que les proporciona la capacidad de participar en las decisiones que puedan afectarles. Tan es así que el gobierno colombiano debe consultar a estos pueblos cada vez que se prevean medidas que puedan afectarlos y debe establecer mecanismos a través de los cuales puedan

participar libremente y en todos los niveles en la adopción de decisiones de políticas y programas que los involucren (RODRÍGUEZ, 2014, p. 9)

En el proceso de licenciamiento de cualquier actividad o proyecto, el ejecutor y la autoridad ambiental competente, deben garantizar a la comunidad el acceso a la información sobre la actividad a realizar en sus territorios, lo que permitirá utilizar los mecanismos de participación en defensa de su ambiente. Al respecto (RODRIGUEZ, GOMEZ REY, & MONROY ROSAS, 2013, p. 150)

La participación ciudadana es importante en los procesos de licenciamiento ambiental dado que los proyectos, obras o actividades involucran los intereses de las comunidades que pueden verse beneficiadas o afectadas por los mismos. Más aún, los nuevos caminos en la gestión ambiental de los proyectos, obras y actividades encuentran en la Evaluación Ambiental Estratégica, una novedosa herramienta en donde la participación es fundamental; tanto así que ésta se mide en niveles de los cuales depende gran parte de su éxito.

De igual modo, la Corte Constitucional en la Sentencia T-462^a de 2014, M.P. Jorge Pretelt, manifestó la importancia que tiene la participación de las comunidades cuando se pretenda realizar obras o proyectos en su área de influencia, al respecto expresa:

El derecho a la participación de la comunidad en el diseño, ejecución y operación de proyectos, es un derecho autónomo que se encuentra reconocido por la Constitución Política y la jurisprudencia de esta Corporación, y adquiere un carácter instrumental en el marco de la ejecución de megaproyectos que implican la intervención del medio ambiente, en la medida en que sirven para realizar diagnósticos de impacto adecuados y diseñar medidas de compensación acordes con las calidades de las comunidades locales que se verán afectadas. El derecho a la participación de comunidades que no son titulares del derecho fundamental a la consulta previa, debe garantizarse por medio de espacios de información y concertación, en los que se manifieste la opinión de la comunidad que se verá afectada, con el fin de establecer medidas de compensación eficientes y que garanticen sus derechos. (Sentencia T-462A, 2014)

En la práctica, cuando se realizan estos procesos, se evidencia que las comunidades no son informadas de manera adecuada y efectiva, sobre los posibles impactos o efectos que se puedan causar al ambiente, vulnerándose el derecho a la participación, vulneración que también es evidente si sólo se cumple con

socializar las actividades de un proyecto. Cabe decir que respecto a los procesos de licenciamientos Rodríguez afirma que:

Es conveniente que desde el momento en que se inicia un proceso que lleve al otorgamiento de una licencia ambiental se informe a los interesados, es decir, a las personas que puedan verse beneficiada o afectada por el mismo, y que puedan participar en las decisiones que se tomen. Se ha logrado establecer, a partir de información dada por las mismas autoridades ambientales, que estos procesos de participación en los procesos de licencias ambientales son mínimos y que ellos se limitan simplemente a informar a las comunidades sobre los proyectos a través de una reunión de socialización. (RODRIGUEZ, 2011, p. 12-13)

Además, es importante que en el proceso de licenciamiento la participación sea anticipada, lo que permitirá el avance de este trámite, al respecto Cardona expresa:

Lo ideal en materia ambiental es que antes y no durante el licenciamiento o autorización para el uso de un recurso natural se permita la intervención del ciudadano. En el caso de una obra, proyecto o actividad que requiera licencia ambiental la intervención ciudadana puede incluso ahorrar costos y tiempo para el interesado. (CARDONA GONZÁLEZ, 2010, p. 39)

A través de estos procedimientos, se observa la necesidad de avanzar en la promoción de los mecanismos de participación ciudadana; aunque existe una reglamentación frente a ellos, es de anotar que es poco ejercido por las comunidades, muchas veces por falta de conocimiento o se ve afectado por intereses de particulares, lo que en su mayoría ocasiona conflictos ambientales por no ser tomados en cuenta desde el principio de la actividad del proyecto (RODRIGUEZ & MUÑOZ AVILA, 2009).

II. Mecanismos de participación administrativa utilizados para la protección de los recursos naturales.

El uso de los recursos naturales es una actividad frecuente en el país, Colombia cuenta con un gran potencial de recursos energéticos (carbón, principalmente en la Guajira), la explotación petrolífera es una de las actividades principales de la economía nacional y generadora de gran cantidad de divisas. Entre los recursos naturales de exportación se encuentran el oro, el níquel, el cobre, la plata, el platino y las esmeraldas. La larga variedad de pisos térmicos

permite que exista una importante producción agrícola y ganadera. La industria forestal y la pesca también son importantes (Página Oficial Colombia.com, s.f)

Por este gran uso que se le da en nuestro país a los recursos naturales, es indispensable que el Estado a través de sus instituciones establezcan mecanismos que permitan garantizar una participación efectiva de la comunidad en la protección de dichos recursos. Teniendo en cuenta lo anterior, se hace necesario la definición de participación administrativa, que es “la facultad que tienen los ciudadanos de intervenir e incidir en las medidas, políticas, programas, espacios y órganos donde se toman decisiones administrativas en materia ambiental, que lleva a cabo la administración”. (HINESTROZA CUESTA, 2015, p. 9)

De igual forma y tal como lo indica (Rodriguez & Muñoz Avila, 2009, p. 104) la participación de tipo administrativo se da principalmente en el marco de los procesos de otorgamiento de licencias o permisos ambientales y la intervención de la comunidad dependerá del acceso a la información sobre las actividades a realizar en sus territorios y de la efectiva publicación de los proyectos a realizar por parte del ente ejecutor y de las autoridades ambientales.

Entre los mecanismos de participación administrativa se encuentran: la consulta previa, audiencias públicas, intervención de terceros, veedurías ambientales, derechos de petición. Cada uno reglamentado por diferentes leyes y decretos, en el que se desarrolla el procedimiento, propósito y cómo hacerse parte para la protección del ambiente.

A. Mecanismos establecidos en la Ley 99 de 1993

En los artículos 69, 72 y 74 de la Ley 99 de 1993, se establecen mecanismos de participación ciudadana como el derecho a intervenir en las actuaciones administrativas ambientales, las audiencias públicas administrativas sobre decisiones ambientales en trámite y el derecho de petición de información; que no obstante a no constituirse en prerrequisitos para el otorgamiento de una licencia ambiental, facultan a cualquier persona o a la comunidad para tener conocimiento e intervenir directamente y sin necesidad de apoderado o representante, en el trámite de otorgamiento o modificación de una licencia o cualquier asunto en materia ambiental sobre proyectos o actividades que se pretendan realizar en sus territorios.

En este grupo de mecanismos administrativos y aunque no aparece junto con los anteriormente mencionados, enlistado en el mismo capítulo de los modos y procedimientos de participación ciudadana que establece la Ley 99 de 1993, también se encuentra la consulta previa, que además de ser un derecho fundamental de los grupos étnicos, es un mecanismo de participación ciudadana, sin embargo, como lo afirma Murcia Riaño “el derecho a la consulta en Colombia suele identificarse como la forma exclusiva en la que los pueblos indígenas y tribales pueden y deben hacer justiciables sus derechos y defender la especial relación que tienen con su territorio, que es la que los define como un sujeto colectivo” (MURCIA RIAÑO, 2014, p. 27). Y no se conoce como un mecanismo de participación del que puede hacer uso cualquier miembro de la ciudadanía.

La realidad es, que muchos de los mecanismos de participación de tipo administrativo no son utilizados directamente por las comunidades, sino que los ejecutores de las obras son quienes recurren a ellos como un simple paso dentro del proceso para obtener las licencias ambientales. Al respecto, es importante, diferenciar la socialización de la participación, al respecto (HURTADO MORA, 2014, p. 219) afirma que:

Representa otra complejidad el que se sigan tomando como sinónimos los términos *participar* y *socializar* dándole mayor prioridad a este último, es decir, se cree garantizar la participación de la comunidad socializándole todo: políticas, instrumentos de planificación ambiental y compendios normativos, cuando estos ya han terminado su proceso de elaboración.

En consecuencia, con la socialización no se cumple con el derecho que tienen las comunidades a que se les garantice la realización de una verdadera consulta previa y mucho menos se logra una real participación de la ciudadanía. Nótese por ejemplo, lo sucedido en el departamento del Chocó, en donde después de revisados algunos expedientes, se establece que de 5 licencias ambientales otorgadas entre el 2009 y 2013 como se puede ver en el Cuadro 1, sólo se utilizó el mecanismo de participación de la consulta previa y ninguno de los mecanismos de participación administrativa. Lo anterior, es solo una muestra de que no hay ejercicios reales de participación ciudadana en materia ambiental, en el caso de las licencias ambientales, la consulta previa, se realiza más por un mandato constitucional y legal que por garantizar un ejercicio real de participación.

El planteamiento anterior se refuerza con las afirmaciones de Rodríguez quien expresa, que según fuentes oficiales, entre 1994 y 2012 se habían otorgado 2.331 licencias ambientales en Colombia y se habían realizado 156 consultas previas, es decir, solo en el 6,7 por ciento de los casos (RODRÍGUEZ, 2013). O como se afirmó en *Semana.com* hay una creciente percepción de que este procedimiento de consulta previa, el cual busca garantizar los derechos de las minorías étnicas en las zonas donde se asientan, y que se debe hacer antes de cualquier proyecto de explotación económico o ley que pueda afectar su forma de vida, se está convirtiendo en un obstáculo para el desarrollo del país. La Ruta del Sol, la vía Cali-Buenaventura, el ferrocarril del carbón en la Costa Caribe, el puerto de Brisa en La Guajira, son sólo algunos de los proyectos de infraestructura que están enredados por este requisito. (*Revista Semana*, 2012)

Cuadro 1. Licencias ambientales otorgadas en el periodo 2009-2013

Nº	TIPO DE ACTIVIDAD SOLICITADA	EXPEDIENTE	RESOLUCION	MECANISMO DE PARTICIPACION UTILIZADO
1	Estudio y diseño de Relleno sanitario del Municipio del Alto Baudó	LAM-00007-12	1381 de 2012 (25 de septiembre)	No se evidencia
2	Estudios y diseños gestión social, predial, ambiental y mejoramiento del proyecto “transversal Medellín – Quibdó y transversal central del pacífico.	LA-03-27-787-E-C13-087-10	1936 de 2012 (31 de diciembre)	Consulta previa
3	Elaboración de estudios y diseños del relleno sanitario del Municipio de Bagadó	LAM-00004-12	1382 de 2012 (25 de septiembre)	No se evidencia
4	Elaboración de estudios y diseños del relleno sanitario del Municipio del Medio Atrato.	LAM-00001-12	1380 de 2012 (25 de septiembre)	No se evidencia
5	Estudio y diseño de los Rellenos sanitario del Municipio del Carmen de Atrato.	LAM-00001-12	0103 de 2013 (22 de febrero)	No se evidencia

Fuente: Elaboración propia a partir de respuesta a Derecho de Petición radicado 2014-3-8 y revisión de expedientes en el periodo comprendido entre 2009-2013.

III. Las autoridades ambientales como garantes de la participación ambiental

A través del Sistema Nacional Ambiental (SINA), se crea las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, encargadas por ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible; según lo establecido en la Ley 99 de 1993, artículo 23 y 31 numeral 3. Las corporaciones tienen como función: Promover y desarrollar la participación comunitaria en actividades y programas de protección ambiental, de desarrollo sostenible y de manejo adecuado de los recursos naturales renovables. (Ley 99, 1993)

En Colombia, las autoridades ambientales están articuladas en el Sistema Nacional Ambiental, en el cual se estipulan sus objetivos, funciones, competencias y jurisdicción. En cuanto a los actores son los protagonistas que dinamizan los procesos ambientales a través de sus acciones en el medio ambiente y que impactan de manera positiva o negativa en la estabilidad del medio ambiente y en su calidad de vida. Las autoridades ambientales son entes de carácter público que se encargan de la administración dentro del área de su jurisdicción del medio ambiente y los recursos naturales, y propenden por su desarrollo sostenible a través del cumplimiento de las regulaciones y disposiciones legales del ministerio de ambiente, vivienda y desarrollo territorial. (Universidad Nacional Abierta y a Distancia, 2011)

De acuerdo con estas funciones, las autoridades ambientales, deben no solo promover la participación de las comunidades sino brindar el acceso oportuno a la información sobre obras o proyectos a realizar en áreas de su jurisdicción, donde se vea afectado el ambiente, garantizando el derecho a las comunidades de participar en los procesos administrativos y gozar de un ambiente sano.

Cabe anotar, que la Ley 99 de 1993, consagra el derecho, los modos y procedimientos de participación ciudadana, en el que cualquier persona sin demostrar interés alguno, puede hacerse parte de las actuaciones administrativas dirigidas por la autoridad ambiental, en temas de expedición, modificación o cancelación sobre licencias ambientales, para lo cual, puede utilizar: intervención en procedimientos administrativos, petición de intervención, publicidad de las decisiones sobre el medio ambiente, audiencias públicas y consultas previas.

Estos mecanismos son lo que llamaría el profesor Mauricio “Normas de papel” (GARCIA VILLEGAS, 2009) ya que en la práctica, en ocasiones, cuando una persona intenta hacerse parte de un procedimiento ante una autoridad ambiental muchas no dan trámite a su petición, o por el contrario, simplemente la ciudadanía no hace uso de estos mecanismos.

Esta situación se evidenció en el Chocó al realizar un ejercicio de intervención en procedimientos administrativos ambientales, de acuerdo con la facultad que otorga el artículo 69 de la Ley 99 de 1993, para lo cual se presentó solicitud de intervención administrativa en el trámite de una licencia ambiental en curso, sobre la Construcción de rellenos sanitarios de los municipios de Quibdó, Atrato y Lloró radicado 2015-2-595 (6 de marzo) para verificar el acceso real que tiene cualquier miembro de la comunidad en la información con respecto a obras,

proyectos o actividades que se realicen en su entorno y que pueda afectar el medio ambiente. El resultado de este ejercicio es el siguiente:

Se vislumbró la falta de aplicación real de los mecanismos, en este caso por la omisión de la autoridad ambiental, porque si bien se cumplió con las formalidades señaladas en el artículo 69 de la Ley 99 de 1993, en cuanto a presentar una solicitud (Radicado 2015-2-595), la máxima autoridad ambiental del departamento del Chocó, no ejecutó ninguna de las actividades señaladas en la ley, en cuanto al trámite de las peticiones de intervención, lo que permite evidenciar falta de garantía y publicidad de los procesos ambientales, en el cual las personas no pueden hacer uso real y efectivo de los mecanismos de participación para la protección del ambiente.

Aunque la normatividad colombiana le otorga la facultad a la ciudadanía de intervenir en las actuaciones administrativas que adelanten las autoridades ambientales, queda también claro entonces, que existen casos en los que dichas autoridades no le dan trascendencia a estos mecanismos y la comunidad le queda la carga de insistir o congestionar el aparato judicial con acciones de tutela, para ejercer un derecho elemental y de fácil garantía.

A. El deber de informar a la ciudadanía.

Las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, deben contar con diferentes herramientas y estrategias, que permitan el acceso a la información a las comunidades y cualquier ciudadano sobre las actividades o proyectos que se pretendan realizar en sus territorios, además, debe tener en cuenta la ubicación de los territorios, en los que su mayoría se dificulta el acceso. Rodríguez manifiesta que “lo ideal es que la información llegue a toda la población” (RODRIGUEZ & MUÑOZ AVILA, 2009, p. 166) lo cual se vuelve complicado para el departamento del Chocó, por su ubicación geográfica, que en muchas ocasiones, las distancias geográficas y problemas de conexión a redes, restringe el acceso a la información.

Para que el derecho a participar con el que cuentan los ciudadanos se haga efectivo, es necesario que exista un eficaz acceso a la información, como lo afirman los autores Rodríguez y Gómez “no es posible hablar del acceso a la participación sin considerar primero la posibilidad de contar con información suficiente para entrar a ser parte del escenario participativo, es decir, que el acceso a la información es un presupuesto indispensable de la existencia del derecho

a participar. No es suficiente poder acceder a los escenarios y mecanismos de participación sin conocer previamente la información del asunto en el que se pretende incidir”. (RODRÍGUEZ & GÓMEZ REY, 2013)

Debido a que la participación de las comunidades depende en gran medida del grado de información y publicidad que tengan las actividades o proyectos que se pretenda realizar en su territorio, para cumplir con este objetivo se hace necesario que las autoridades ambientales realicen periódicamente la publicidad de sus actuaciones a través del boletín informativo. La mayoría de las Corporaciones del país, al igual que la Corporación del Chocó, cuentan con una página *web*¹⁴, en la que se encuentra incluido un link denominado boletín informativo, con el que se pretende cumplir con la publicidad de sus actuaciones.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, resulta procedente que las autoridades ambientales hagan uso de los medios o instrumento necesarios, para garantizar el acceso de la comunidades a la información y a su vez dar cumplimiento al mandato normativo que exige la publicidad de sus actuaciones administrativas en materia ambiental. Se puede hacer entonces, uso de otras estrategias como por ejemplo: Implementar a través de su oficina de Participación y Educación Ambiental, mecanismos que permitan llegar a toda la ciudadanía y comunidad en general, para que estos se puedan apropiar, conocer y utilizar los mecanismos de participación ciudadana en materia ambiental, de tal suerte que se pueda trabajar de manera coordinada para garantizar la protección de los recursos naturales.

Seguidamente, para garantizar la participación ciudadana, la autoridad ambiental debe cumplir con el trámite de las solicitudes recibidas, en relación con esto último, González expresa que:

Para garantizar la participación ciudadana en estos eventos, la autoridad ambiental cuando reciba una solicitud, o queja, o decida comenzarla de oficio, dictará un auto de iniciación de trámite, el cual deberá ser notificado a cualquier tercero determinado que pueda estar directamente interesado en el resultado del proceso, ya sea porque así lo ha manifestado, o porque de los registros de la autoridad ambiental esto se desprenda. Para que se haga esta notificación, se citara al tercero interesado o por correo informándole del nombre del peticionario y del objeto de la petición. (GONZÁLEZ VILLA, 2006)

Cabe resaltar que, dentro de los niveles de participación se encuentra el acceso a la información, la cual resulta indispensable en todo proceso donde se

¹⁴ Tomado de: <http://www.codechoco.gov.co/>. Fecha de consulta 15 de junio de 2015.

pueda causar algún impacto a los recursos naturales y al medio ambiente, para ello las autoridades ambientales deben propiciar los espacios de concertación con las comunidades.

Rodriguez, Muñoz y Lora afirman que es importante resaltar que tanto el acceso a la información como a la participación deben garantizarse en todas las actuaciones de las autoridades ambientales y propiciarse desde el momento en que se concibe o estudia la posibilidad de tomar una decisión o de realizar los proyectos, obras o actividades, como una medida para prevenir futuros conflictos. Adicionalmente, cuando se están tramitando las autorizaciones respectivas, durante su ejecución y durante el seguimiento de los proyectos, se debe proveer a las comunidades de información adecuada, oportuna y suficiente sobre los mismos, sobre los estudios de impacto ambiental y, en especial, sobre los planes de manejo ambiental y las medidas de protección. (LORA, MUÑOZ, & RODRÍGUEZ, 2008, p. 47)

B. El papel de las Organizaciones no gubernamentales ambientales.

Una nueva forma de participación ciudadana es la delegación en las organizaciones no gubernamentales de responsabilidades para el desarrollo de actividades referentes a la protección ambiental, que antes se consideraban de exclusiva competencia gubernamental. Sobresale el establecimiento de incentivos o de fórmulas administrativas para que las ONG administren total o parcialmente parques nacionales o dirijan sus esfuerzos a la creación de áreas protegidas privadas (RODRIGUEZ BECERRA, s.f)

Así pues, desde los pasados años 80 se presentan en el país organizaciones nacidas de la sociedad civil que han adelantado tareas de protección de los recursos naturales y del ambiente. En un comienzo, el entonces Instituto Nacional de los Recursos Naturales y del Ambiente, INDERENA, promovió la creación de los llamados consejos verdes, con el encargo de preservar y defender el entorno mediante la participación ciudadana. Seguidamente, surgen varias organizaciones no gubernamentales, orientadas en un sentido similar (LORA, MUÑOZ, & RODRÍGUEZ, 2008, p. 112)

Actualmente las organizaciones no gubernamentales (ONG), juegan un rol importante en el tema ambiental, ya que muchas promueven la conservación y preservación del ambiente además, las ONG influyen y ayudan a las corporaciones ambientales para desempeñar el papel de garantes de los recursos naturales.

A través de la elaboración de encuestas semiestructuradas, se entrevistó a dos ONG ambientalistas del departamento del Chocó¹⁵, con el propósito de conocer cuál es el medio de información que utiliza la corporación ambiental para dar a conocer lo referente a trámites ambientales; se formuló algunas preguntas como: ¿Por qué medio de información conocen los trámites de las licencias ambientales, donde se evidencie la afectación del medio ambiente?, ¿Consideran ustedes que las comunidades participan en asuntos ambientales con respecto a su entorno?, ¿Cuáles son las causas por las cuales las comunidades no intervienen en actuaciones administrativas ante las corporaciones ambientales?, ¿Considera la ONG que la participación es una garantía para la protección del medio ambiente?

Las ONG concluyen, que existe toda una normatividad frente a la participación, pero las comunidades no participan en los diferentes procesos por falta de publicidad de los trámites de asuntos ambientales, falta de acceso a la información oportuna de los proyectos, falta de conocimiento para emplear los diversos mecanismos de participación y poca sensibilización para proteger y defender el medio ambiente.

Conclusiones

El consumo a gran escala que en la actualidad se observa de los recursos naturales, denota la importancia de la participación ciudadana en materia ambiental en el cual las comunidades son llamadas a hacerse parte e intervenir en la toma de decisiones en los diversos proyectos o actividades donde se afecte o se presente un impacto negativo al ambiente activando los mecanismos de participación ciudadana para la protección y defensa del medio ambiente. Sin embargo se observa, cómo esta

¹⁵ La Corporación MICHITA tiene como misión institucional contribuir al conocimiento, conservación, aprovechamiento racional y valoración de los Recursos Naturales del Chocó Biogeográfico; a través de actividades investigativas, de educación ambiental y de producción sostenible, con el propósito de mejorar la calidad de vida de las comunidades y generar una cultura de paz en armonía con la naturaleza. Viene funcionando desde el 2001. <http://fichas.findthecompany.com.mx/1/131945460/Corporacion-Michita-en-Quibdo>.

Fundación BETEGUMA tiene como objetivo principal promover el desarrollo económico, social, cultural y ambiental en el Chocó Biogeográfico, fomentando principalmente la investigación, la educación, la conservación y la producción sostenida de los recursos vivos de la selva húmeda tropical. Nuestro esfuerzo está orientado a la defensa de la vida en todas sus expresiones, en toda su diversidad y a la búsqueda de alternativas económicas que a partir de un uso sustentable de nuestros recursos naturales permitan mejorar los niveles de vida de la población. http://www.ecoportel.net/Servicios/Directorio-de-ONGs/B/Beteguma_-_Fundacion.

participación por parte de la ciudadanía tiene como limitante el desconocimiento de los mecanismos de participación, las formas de intervención y el acceso a la información, sobre temas que afectan al medio ambiente, lo que genera como resultado una escasa participación en el uso de los mecanismos en materia ambiental para la protección de la naturaleza.

Por otro lado, las autoridades ambientales deben brindar garantías a la ciudadanía, y una de las formas es respondiendo dentro de los términos establecidos en la ley las peticiones de intervención, lo que permitirá el acceso a las actuaciones administrativas en temas ambientales y publicar de manera oportuna y actualizada todo lo referente a trámites ambientales, para no dificultar la participación de la ciudadanía y de este modo preservar y proteger el medio ambiente.

Además de lo anteriormente expuesto, es importante resaltar, que en los procesos de licenciamiento, es necesario que las comunidades conozcan con anticipación los proyectos que serán ejecutados dentro sus territorios, lo que permitirá que ellas puedan aportar una vez utilizados los mecanismos de participación ciudadana en materia ambiental, en la disminución de los posibles impactos que se puedan causar al ambiente, además se contribuirá con la preservación del ambiente y las prácticas culturales y tradicionales de comunidades negras e indígenas dentro del territorio colombiano.

Dentro del proceso de otorgamiento de licencias ambientales realizado por la autoridad ambiental del departamento del Chocó, se evidenció el uso del mecanismo de la consulta previa más como un requisito para el cumplimiento de un mandato legal y no como un efectivo instrumento de participación ciudadana que permitiera a la comunidad en general, participar y conocer de los proyectos y obras que se llevarían a cabo, los de una u otra manera su ejecución tendría una incidencia en su entorno ambiental. En relación con esto último, se podría afirmar que los espacios de participación creados por la normatividad, para el caso concreto, la Ley 99 de 1993, son espacios que al menos en el departamento del Chocó, no son usados y aprovechados por la comunidad, pues existen jurídicamente pero no tienen un desarrollo material.

Así las cosas, y como consecuencia de lo anterior expuesto, la participación en el trámite de licencias debe ser una garantía para la protección de los recursos naturales ubicados en el Departamento del Chocó, específicamente en los territorios colectivos de comunidades negras e indígenas; sin embargo, la falta de conocimiento de los mecanismos de participación por parte de la ciudadanía y la falta de publicidad oportuna de la entidades designadas, no permite que se cumpla el derecho y deber constitucional a la participación del cual gozan todos los ciudadanos, que tiene como fin último conservar y velar por la protección de los recursos naturales.

Referencias

- ABOGABIR, X. (2006). Participación ciudadana y Organizaciones No Gubernamentales (ONGs). *Expansiva*, 17. Obtenido de http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/21082006094425.pdf
- AMAYA NAVAS, O. D. (2012). *El desarrollo sostenible y el derecho fundamental a gozar de un ambiente sano* (1ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (28 de octubre de 1982). *Carta mundial de la naturaleza* . Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/356/16.pdf>
- Brigadas Internacionales de Paz;. (Noviembre de 2011). *Minería en Colombia: ¿A qué precio?* . Obtenido de http://www.peacebrigades.org/fileadmin/user_files/projects/colombia/files/colomPBla/111122_boletin_final_web.pdf
- CARDONA GONZÁLEZ, A. H. (2010). Nuevas perspectivas sobre los mecanismos de participación ciudadana en la gestión ambiental. En V. autores, *Lecturas sobre derecho del medio ambiente: tomo X* (págs. 13-41). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Comisión Económica Para América Latina y el Caribe . (16-17 de abril de 2013). *Acceso a la información, participación y justicia en temas ambientales en América Latina y el Caribe: situación actual, perspectivas de ejemplos y buenas prácticas*. Obtenido de http://www.cepal.org/rio20/noticias/noticias/9/49429/2013-246_pr10_acceso_a_la_informacion.pdf
- Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo. (Octubre de 1984). *Nuestro Futuro Común*. Obtenido de <http://www.observatorioambientalcar.co/biblioteca/internacional/Declaraciones/Nuestro%20futuro%20comun.pdf>
- Constitución Política. (20 de julio de 1991). Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá D.C., Colombia: Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Obtenido de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Contraloría General Departamento del Chocó. (noviembre de 2013). *Informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del medio ambiente departamento del Chocó* .Obtenido de http://www.contraloria-choco.gov.co/imagenescahu/Informe%20Ambiental%20Vig_2012.pdf
- Convenio de Aarhus. (25 de junio de 1998). *Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente* . Obtenido de http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/acceso_informacion_desarrollos_convenio_aahrus.pdf
- Decreto 1397. (8 de agosto de 1996). Congreso de la República. *Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación*

- con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones.* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 42853 de agosto 12 de 1996. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=40298>
- Decreto 2041. (15 de octubre de 2014). Presidencia de la República. *Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias.* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 49305 de octubre 15 de 2014. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=59782>
- Decreto 2820. (5 de agosto de 2010). Presidencia de la República. *Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales.* Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=45524>
- Decreto 2871. (18 de diciembre de 1974). Presidencia de la República. *Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente.* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 34243. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal1.jsp?i=1551>
- GARCIA VILLEGAS, M. (2009). *Normas de papel: La cultura del incumplimiento de reglas* (1ª ed.). Bogotá D.C.: Editorial Siglo del Hombre : Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad.
- GONZÁLEZ VILLA, J. E. (2006). *Derecho Ambiental Colombiano: Parte general: Tomo I.* Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- HINESTROZA CUESTA, L. (1 de Abril de 2015). Cartilla didáctica. *Mecanismos de participación ciudadana para la protección del medio ambiente.*
- HURTADO MORA, J. I. (2014). Reflexiones Procesales de los Sistemas de Control y Procesos Participativos Ambientales. En O. D. Maria del Pilar García, *Derecho Procesal Ambiental* (págs. 207-231). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- JIMÉNEZ RAMÍREZ, M. C., & Arboleda Ramírez, P. B. (2015). La cláusula democrática en la Constitución: una aproximación a su alcance. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 53-90.
- Ley 70. (27 de Agosto de 1993). Congreso de la República. *Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política.* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 41.013. Agosto 31 de 1993. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0070_1993.html
- Ley 99. (22 de diciembre de 1993). Congreso de la República. *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...* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 41146 de Diciembre 22 de 1993. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0099_1993.html

- Ley Estatutaria 1757. (6 de julio de 2015). Congreso de la República. *Por la cual se dictan disposiciones en materia de promoción y protección del derecho a la participación democrática*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 49565 de julio 6 de 2015. Obtenido de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1757_2015.html
- LORA, A. M., MUÑOZ, L. M., & RODRÍGUEZ, G. A. (2008). La participación en materia ambiental. En A. M. Lora, L. M. Muñoz, & G. A. Rodríguez, *Manual de Acceso a la Información y a la Participación Ambiental en Colombia* (1ª ed., págs. 44-177). Bogotá D.C., Colombia: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales ILSA & Universidad del Rosario.
- Ministerio del Medio Ambiente. (5 de Diciembre de 2000). *Plan Nacional de Desarrollo Forestal*. Obtenido de <http://www.upra.gov.co/documents/10184/11174/Plan+Nacional+de+Desarrollo+Forestal+2000.pdf/11174d2e-77bf-4a9a-bc3c-96ff85e25aeb>
- MURCIA RIAÑO, D. M. (2014). *Mecanismos de participación ciudadana en defensa del ambiente y los territorios* (1ª ed.). septiembre, Colombia.
- Naciones Unidas. (26-4 de septiembre de 2002). *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo sostenible*. Obtenido de http://www.cepal.org/rio20/noticias/paginas/6/43766/WSSD_Informe.ESP.pdf
- Naciones Unidas. (5-16 de Junio de 1972). *Informe de la conferencia de las naciones unidas sobre el medio humano*. Obtenido de <http://www.dipublico.org/conferencias/mediohumano/A-CONF.48-14-REV.1.pdf>
- Organizacion de las Naciones Unidas. (3-14 de Junio de 1992). *Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro*. Obtenido de <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>
- Página Oficial Colombia.com. (s.f). *Recursos Naturales*. Obtenido de <http://www.colombia.com/colombia-info/informacion-general/recursos-naturales>
- Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. (29-31 de mayo de 2000). *Declaración Ministerial de Malmö*. Obtenido de http://www.unep.org/malmo/declaraci%C3%B3n_ministerial_de_malm%C3%B61.htm
- Revista Semana. (27 de Febrero de 2012). *El dilema de la consulta previa*. Obtenido de <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-dilema-consulta-previa/254088-3>
- RODRÍGUEZ, G. A. (Mayo de 2011). *Las Licencias Ambientales y su Proceso de Reglamentación en Colombia*. Obtenido de Foro Nacional Ambiental: <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kolumbien/08360.pdf>
- RODRÍGUEZ, G. A., Lora, A. M., & Muñoz, L. M. (2008). *Manual de acceso a la información y a la participación ambiental en Colombia* (1ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario.

- RODRÍGUEZ BECERRA, M. (s.f). *La participación y sus mecanismos*. Obtenido de <http://www.manuelrodriguezbecerra.org/bajar/gestion/capitulo9.pdf>
- RODRÍGUEZ, G. A. (02 de Julio de 2014). *Breve Reseña de los derechos y de la legislación sobre comunidades étnicas en Colombia*. Obtenido de [http://observatorioetnicocecoin.org.co/cecoin/files/Resena_Derechos_Legislacion_Comunidades_Etnicas\(1\).pdf](http://observatorioetnicocecoin.org.co/cecoin/files/Resena_Derechos_Legislacion_Comunidades_Etnicas(1).pdf)
- RODRÍGUEZ, G. A. (16 de Septiembre de 2013). La consulta previa en proyectos ambientales: ¿un derecho o un obstáculo? *Revista Razón Pública*. Obtenido de <http://www.razonpublica.com/index.php/politica-y-gobierno-temas-27/7073-la-consulta-previa-en-proyectos-ambientales-iun-derecho-o-un-obstaculo.html>
- RODRÍGUEZ, G. A., & Gómez Rey, A. (Mayo-Agosto de 2013). La participación como mecanismo de consenso para la asignación de nuevos derechos. *Pensamiento Jurídico*(37). Obtenido de <http://www.bdigital.unal.edu.co/38395/1/41191-186530-1-PB.pdf>
- RODRÍGUEZ, G. A., & MUÑOZ AVILA, L. M. (2009). *Participación en la gestión ambiental. Un reto para el nuevo milenio* (1ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario.
- RODRÍGUEZ, G. A., GOMEZ REY, A., & MONROY ROSAS, J. C. (2013). *Las licencias ambientales en Colombia* (1ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Grupo editorial Ibañez.
- SÁNCHEZ VALLEJO, J. (2015). Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 183-226.
- Sentencia C-366. (11 de mayo de 2011). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá D.C., Colombia: REF: Expediente D-8250. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-366-11.htm>
- Sentencia T-462A. (8 de Julio de 2014). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. *M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*. Bogotá D.C., Colombia: REF: expediente T-3.846.635. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-462a-14.htm>
- TORO JARAMILLO, I. D., & Parra Ramírez, R. D. (2010). *Fundamentos epistemológicos de la investigación y la metodología de la investigación. Investigación cualitativa/ Investigación cuantitativa*. Medellín, Colombia: Fondo Editorial EAFIT.
- Universidad Nacional Abierta y a Distancia. (2011). Principios y estrategias de la gestión ambiental. *Elementos auxiliares de la gestión ambiental: actores y autoridades ambientales*.
- VALENCIA HERNÁNDEZ, J. G. (Julio-Diciembre de 2007). Estado ambiental, democracia y participación ciudadana a partir de la Constitución de 1991. *Jurídicas*. Obtenido de http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas4-2_10.pdf

Interpretación extensiva del acoso laboral en Colombia*

Extensive interpretation of workharassment in Colombia

Recibido: Junio 02 de 2015 - Evaluado: Octubre 05 de 2015 - Aceptado: Diciembre 10 de 2015

Luis Alberto Torres Tarazona**

Natali Niño Patiño***

Nataly Rodríguez Jaramillo****

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto resultado del proyecto de investigación denominado “Estudios interdisciplinarios del derecho social y el mundo del trabajo”.

** Doctorado en Derecho de la Universidad Libre; *Magister* en Derecho Administrativo; Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social; Docente e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre; Coordinador de los programas en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre, seccional Bogotá, D.C., Colombia-; Miembro de la Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social «Dr. Guillermo Cabanellas»; miembro del grupo de investigación: Estudios Interdisciplinarios del Derecho Social y del Mundo del Trabajo, línea: estudios de la seguridad y el riesgo social.
Correo electrónico: albertotota@hotmail.com.

*** *Magister* en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre; Especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica; docente universitaria; miembro del semillero formativo en derecho laboral y seguridad social del Instituto de Posgrados de la Universidad Libre.
Correo electrónico: natali.nino.1949@gmail.com.

**** Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Libre; abogada; docente universitaria; correo electrónico: abogadanr@gmail.com.

Para citar este artículo / To cite this article

Torres Tarazona, L. A., Niño Patiño, N., & Rodríguez Jaramillo, N. (2016). Interpretación extensiva del acoso laboral en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), (87-122)

Resumen

El presente artículo busca establecer cuáles son las calidades de una persona como sujeto pasivo para la configuración del acoso laboral en Colombia. Para lograr lo anterior, el artículo escudriña en la génesis del riesgo psicosocial, y evalúa las acciones que protegen a las personas de la prevención o sanción de las conductas determinadas como acoso laboral. De esta forma, se propone la realización una interpretación extensiva de la institución jurídica a todos aquellos que cumplen una labor u oficio, bien sea, bajo la modalidad de contrato laboral, contrato de prestación de servicio o cualquier relación de trabajo.

Palabras clave: Acoso laboral, Estado social de derecho, riesgo, constitucionalización del derecho.

Abstract

The present article tries to establish what the qualities of a person victim of work harassment in Colombia are. To achieve this, the article looks at the genesis of psychosocial risk, and evaluates the actions that protect people to prevent or punish certain behaviors as workplace harassment. In this way, it is proposed to carry out an extensive interpretation of the legal institution to all those who perform a job or office, either under the form of employment contract, service contract or any employment relationship

Key words: Mobbing / social rule of law / risk / constitutionalization of law.

Resumo:

O presente artigo procura estabelecer quais são as qualidades de uma pessoa como sujeito passivo no assédio trabalhista na Colômbia. Assim, o (artigo) vai expor à gênese do risco psicossocial além de avaliar as ações que visam proteger as pessoas do assédio no trabalho. Desse jeito, propõe-se à realização de uma interpretação extensiva da instituição jurídica de todos os tipos de contratos trabalhistas existentes no país colombiano.

Palavras-chave: Assédio no trabalho, estado social de direito, constitucionalização do direito.

Résumé:

L'article suivant vise établir quels sont les qualités d'une personne en tant que sujet passif pour la configuration du harcèlement professionnel en Colombie. Afin d'accomplir cet objectif, l'on exposera la genèse des risques psychosociaux, ainsi qu'une évaluation des actions visant à protéger les personnes de la prévention ou sanction du comportement défini comme harcèlement professionnel. De cette manière l'on finira par proposer une interprétation extensive de l'institution juridique à tous ceux qui exercent une activité marchande ou de travail, sans s'intéresser quel type de contrat de travail puisse avoir le travailleur en cause.

Mots-clés: Harcèlement professionnel Etat social de droit, risque, constitutionnalisation du droit.

SUMARIO: Introducción. - 1. Generalidades del acoso laboral. - 1.1. Modalidades del acoso laboral. - 2. El acoso laboral desde el derecho comparado. - 2.1. Categorías desde el derecho comparado. - 2.1.1. Afectación de los derechos fundamentales por las conductas de acoso laboral. - 2.1.2. Protección jurídica del acoso laboral y su implicación probatoria. - 2.1.2.1 Perspectiva del acoso laboral desde algunos países de América Latina. - 2.1.2.1.1. México. - 2.1.2.1.2. Perú y Colombia. - 3. Interpretación extensiva. - 3.1. Riesgos psicosociales. - 3.2. Aplicación del acoso laboral de forma extensiva. - 3.2.1. Bienes jurídicos protegidos. - 3.2.2. Derecho a la igualdad. - 3.2.3. Regulación normativa del sistema general de riesgos laborales. - 3.2.4. Teoría del riesgo creado y riesgo provecho. Conclusiones. Referencias.

Introducción

La conciencia del acoso laboral¹ es más evidente en la actualidad. Lo anterior, implica que al generarse un problema, se busca regularlo. En Colombia, se ha venido generando una serie de instituciones y políticas que buscan crear una conciencia con el propósito de evitar el acoso laboral.

Es así como, se crean mecanismos y procedimientos de protección del trabajador que deben ejecutarse al interior de las empresas y en las diferentes instancias estatales de tal forma que se eviten daños psicosociales o sancionarlos en el caso en que ocurran; sin embargo, hasta el momento, existen muchos

¹ Para que exista coherencia en el texto, el término que va a adoptar es acoso laboral y no *mobbing*, en tanto que ésta última tiene variación en el derecho comparado.

problemas en su aplicación e interpretación de la norma, especialmente respecto a las personas que se encuentran vinculadas a las empresas por medio de contratos diferentes al laboral.

En consecuencia, el presente artículo busca establecer una interpretación extensiva para hacer más amplio el espectro sobre el cual actúa la norma de acoso laboral. Por consiguiente, este documento se divide en tres partes, las cuales buscan analizar de forma más clara el fenómeno de acoso laboral y su regulación.

La primera parte, examina la génesis del acoso laboral, establece algunas generalidades y determina sus características. La segunda parte, realiza un análisis desde el derecho comparado, por lo cual se revisa cómo en algunos países de América Latina se ha regulado el acoso laboral, para al mismo tiempo saber cuáles son sus mecanismos de protección. Por último, se investiga el sentido de la norma y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, con el fin de saber cuáles son las características de un sujeto pasivo que se encuentra vulnerable a sufrir algún tipo de acoso laboral. Por ende, el presente artículo responde la siguiente pregunta de investigación: ¿Se configura la institución jurídica del acoso laboral de la ley 1010 de 2006 sobre personas que realizan labores por fuera de un contrato laboral?

Sostendremos, como hipótesis, entonces, que el acoso laboral no es exclusivo del contrato de trabajo, sino que por interpretación extensiva² debe aplicarse a personas que se encuentran vinculadas por medio de contratos de prestación de servicios, o, que ostenten la calidad de trabajadores independientes, esto es, todas aquellas personas que realizan laborales por fuera de un contrato laboral. La anterior tesis se sustentará en el ámbito de aplicación de los riesgos psicosociales, los bienes jurídicos tutelados, el derecho a la igualdad, la regulación normativa del subsistema de riesgos laborales, y la teoría del riesgo creado y riesgo provecho.

² La interpretación jurídica es un proceso mental por el cual podemos valorar una norma. La interpretación como proceso intelectual, en el derecho, busca acercarse a una corrección normativa, es decir, quiere encontrar la forma más correcta o acertada de interpretar una norma. Ahora bien, este proceso, puede darse entre otros, de forma restrictiva o extensiva. La interpretación extensiva tiene que ver con la aceptación de presupuestos que no están contenidos en la lectura exegética de la norma, por el contrario la interpretación restrictiva tiene que ver con cerrar la interpretación de la norma a su contenido literal. Por tanto, el presente artículo propone, a manera de hipótesis, la posibilidad de interpretar un problema jurídico a la luz de una interpretación extensiva.

El método que se empleará para la elaboración del artículo, será por una parte el análisis de texto, el cual busca encontrar, tanto en la doctrina como en la norma y jurisprudencia de la Corte Constitucional la solución del problema. Y por otra parte, el método de derecho comparado, a través del cual se revisó la figura de acoso laboral en el contexto latinoamericano con el propósito de encontrar algunos aspectos determinantes que contribuyan a la comprensión del objeto de estudio.

Por último, la novedad científica de este artículo es establecer que los parámetros de la referida norma (Ley 1010, 2006) no deben ser exclusivos del contrato de trabajo, sino que por el contrario, a partir de la interpretación de la norma, debe ampliarse el ámbito de aplicación e incluir a todos aquellos que estén expuestos a un riesgo.

1. Generalidades del acoso laboral

El acoso laboral como hecho histórico siempre se ha presentado en las relaciones de subordinación trabajador-empleador y aún más entre los mismos trabajadores; sin embargo, como preocupación legislativa y, por tanto, como marco conceptual y jurídico emerge en la concepción de un Estado social de derecho. En este orden de ideas, el acoso laboral surge dentro de una conciencia institucional, política y jurídica que busca dignificar las relaciones laborales bajo dimensiones de respeto, productividad y eficacia, mas no, bajo marcos de opresión, irrespeto y con ello, se ampare la dignidad de las personas que se encuentran en el desarrollo de un contrato laboral.

Dicho lo anterior, la conciencia nace en un campo del derecho laboral muy puntual, siendo este la prevención del riesgo. Es así como, a principios del siglo XX en Colombia, y especialmente con los estudios que realizó Rafael Uribe Uribe, se busca proteger al trabajador de los riesgos a los que es vulnerable por la realización de una labor.

En este orden de ideas, la primera reflexión se manifiesta en la necesidad de buscar desarrollos legislativos que protejan al trabajador de los riesgos físicos a los que se enfrenta una persona en el marco del cumplimiento de un trabajo. En otras palabras, las normas jurídicas que se desprende de la primera etapa del riesgo surgen para proteger al trabajador remunerado y vinculado por un contrato de trabajo de riesgos físicos que asume.

Por lo tanto, para comprender mejor lo anterior, se hace necesario saber qué se entiende por riesgo. De este modo, podemos entender el riesgo como la probabilidad de que acontezca un desastre, o repercusiones negativas sobre

determinado cuerpo, en el caso de nuestro estudio sobre un ser humano. Este riesgo se puede ver reflejado en todas formas de la vida a las que se enfrentan las personas, puesto que, el azar siempre juega un papel importante en el desarrollo de la acción humana.

Se puede decir que, en efecto el hombre siempre está sometido a cualquier tipo de riesgo; sin embargo, cuando realiza una labor, el riesgo que emerge en la actividad se desprende por la dependencia de una relación laboral que se construye para beneficios de un empleador. Por consiguiente, el derecho laboral entendió que el riesgo debe, en principio mitigarse, es decir, deben existir, políticas, normas, etc., para evitar que la persona padezca daño.

Por otra parte, las instituciones jurídicas concibieron que no solamente el riesgo se produce desde dimensiones físicas del cuerpo humano, sino que también el trabajador está sometido a factores mentales, emocionales, entre otros. Así, el riesgo psicosocial son todas aquellas probabilidades a las que se enfrenta un trabajador en el desarrollo de sus funciones, por causa del empleador, un jefe inmediato o los mismos compañeros de trabajo, en donde se presiona a una persona, desmeritando su trabajo o sus condiciones físicas, acosándola sexualmente, exigiendo trabajo en horas que no corresponden con las laborales, entre otras conductas. Lo anterior implica la existencia de una presión que contribuye a un malestar psicológico y, por tanto, a posibles consecuencias síquicas a causa de dicha presión externa.

De este modo, cuando las relaciones interpersonales que se desarrollan en un lugar de trabajo se convierten en nocivas, perjudican seriamente el desarrollo normal de una persona que trabaja en dicho entorno, estamos ante la configuración de un daño y con ello, de la concreción de un riesgo psicosocial, tales como el síndrome de *burnout*, adicción al trabajo, la violencia en el trabajo, la drogodependencia en el trabajo, el estrés laboral, al igual que el acoso laboral (MORENO JIMÉNEZ & BÁEZ LEÓN, 2010)

1.1. Modalidades del acoso laboral

La regulación normativa en Colombia ha definido qué puede entenderse por acoso laboral, incluyendo a la vez sus modalidades tales como el maltrato, la discriminación, el entorpecimiento y la desprotección, entre otras:

Maltrato laboral. Las acciones tendientes a menospreciar y menoscabar la integridad física y psicológica de una persona. Así por ejemplo, los insultos, las injurias, y menosprecio que puede sufrir una persona en el desarrollo de actividades laborales.

Discriminación laboral. El menosprecio que sufre una persona por su condición, género, raza, razones culturales o sociales, entre otros.

Entorpecimiento laboral. Las acciones que generan que una persona no pueda realizar su trabajo armónicamente, sino que son obstaculizadas por otras acciones u omisiones.

Desprotección laboral. Todas aquellas acciones que generan que el trabajador no pueda realizar las labores de forma segura porque existe un abandono, puede ser en términos psicológicos o de herramientas, que hace que la persona que realiza algún trabajo sienta una desprotección al realizarla. (Ley 1010, 2006)

Así, la tipología del acoso laboral nos lleva a determinar conforme la Ley 1010 de 2006 que:

- a. Los elementos que se protegen en Colombia son las acciones que vulneren la integridad, es decir, sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, ofensa, ultraje de la dignidad humana.
- b. Su presencia se condiciona a relaciones jerárquicas o subordinadas.
- c. Es una conducta persistente.
- d. Es una conducta demostrable.
- e. Se ejerce de forma horizontal o vertical.
- f. Debe irradiar un efecto negativo o dañino (miedo, intimidación, terror, angustia, perjuicio, desmotivación, renuncia, entre otros).
- g. El sujeto es una persona natural

Lo que la norma va a sancionar es todo acto hostil que produzca daño, siempre y cuando haya menoscabo a la dignidad humana en las relaciones de trabajo y, por tanto, se genere desprotección a bienes jurídicos protegidos constitucional y legalmente; de tal suerte, estaremos en presencia de la figura jurídica del acoso laboral.

De sus características legales, y aunque no es el problema objeto de investigación, disintimos de la estructura de la norma³, esto es que deba ser una conducta persistente y demostrable, en tanto que dichas particularidades. Aunque den la definición en Colombia de que es acoso laboral –no corresponden a una protección integral de la persona humana–, por ser excluyentes y restrictivas, ya

³ *Ibidem.*

que siempre que se vulnere la dignidad humana debe salvaguardarse a la persona. Lo anteriormente descrito sirve para precisar la redacción de la regulación que rige en Colombia; sin embargo, no se analizará en este artículo de investigación, en la medida que el tema de estudio es la interpretación extensiva del acoso laboral, pero basta la vulneración para que hablemos de la necesidad de predicar su defensa. Y para su argumentación resulta suficiente precisar que el artículo 7 de la Ley 1010 de 2006 consagró una excepción al respecto:

Artículo 7. Conductas que constituyen acoso laboral. (...) Excepcionalmente un sólo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral. La autoridad competente apreciará tal circunstancia, según la gravedad de la conducta denunciada y su capacidad de ofender por sí sola la dignidad humana, la vida e integridad física, la libertad sexual y demás derechos fundamentales. (Ley 1010 de 2006).

En Colombia, se entiende desde el punto de vista normativo que todo acto o conducta es acoso laboral en las modalidades anteriormente descritas (1.1.). En tanto que causan hostilidad o daño; estamos en presencia de la figura de acoso en diferentes singularidades, puesto que es un listado enunciativo y no taxativo de faltas.

La doctrina internacional que desarrolla esta figura jurídica será estudiada, a la par del derecho comparatista en el segundo capítulo. Así, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de acuerdo con (TRUJILLO FLORES, 2008) en su Carta de Principios Fundamentales de los Ordenamientos Laborales de 1998 expresó su compromiso para salvaguardar la integridad moral de los trabajadores. Dicha organización, según HERRERA (2010) llama la atención sobre la importancia de incorporar el acoso laboral como un flagelo de la realidad laboral mundial y por lo tanto la OIT estableció las posibles conductas de violencia en el trabajo. A continuación se señalaremos algunas:

Criticar injusta o exageradamente el trabajo realizado, control excesivo del trabajo, retiro de tareas, sobrecarga en el trabajo, tareas inútiles o absurdas, deformar u ocultar la información necesaria para llevar a cabo el trabajo, sabotaje del trabajo, desprestigiar a la víctima con respecto a su trabajo frente a terceros, criticar la vida privada de la víctima, vejaciones verbales, comentarios que atentan contra la dignidad de la persona (burlas, bromas fuera de lugar, racismo, sobrenombres), agresión física (empujar, escupir pisotear, toquetear), condiciones de trabajo insalubres (HERRERA, 2010, p. 393).

2. El acoso laboral desde el derecho comparado

El acoso laboral o también llamado *mobbing*, según expresión originaria del etólogo Korand Lorenz a mitad del siglo XX, constituye una figura que

permea y agrieta las relaciones de trabajo a nivel mundial. Pese a lo anterior, en el caso concreto de América Latina existe carencia de leyes específicas que regulen el acoso laboral. No obstante, con la expedición de la Ley 1010 de 2006, Colombia se ha caracterizado por ser el país pionero en definir una legislación precisa sobre la materia (DIAZGRANADOS QUIMBAYA, 2014). En este orden, es preciso advertir que pese a la escasez de una legislación específica de acoso laboral en países latinoamericanos, ello no significa que no se observen en sus sistemas jurídicos disposiciones que resulten aplicables, ya sea para evitar, corregir o para sancionar el acoso laboral o *mobbing* como se puede conocer en otras legislaciones (MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, 2013).

De conformidad con lo anterior, resulta necesario estudiar los avances jurídicos sobre acoso laboral en Latinoamérica, por lo tanto, se expondrán los aspectos más relevantes de dicho fenómeno haciendo una comparación con el marco jurídico de Colombia sobre la materia. En este sentido, se aclara que, el estudio que se desarrollará se encuentra enfocado a verificar si el elemento subordinación es determinante para establecer en las legislaciones latinoamericanas la aplicabilidad de la figura de acoso laboral, por tal razón se seleccionaron los sistemas jurídicos de Brasil, Perú, Argentina y México; sin embargo, por tratarse de un estudio de legislación en Latinoamérica, resulta pertinente realizar una breve referenciade las normas que regulan el acoso laboral en Venezuela, Bolivia y Chile y, de esta forma, mencionarlos principales progresos de estos países respecto a dicha institución jurídica.

El 26 de julio de 2005, Venezuela expidió la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo que establece en el numeral 5 del artículo 56 los deberes de los empleadores y las empleadoras, la obligación de abstenerse de realizar toda conducta que pueda resultar ofensiva, maliciosa, intimidatoria y de cualquier acto que perjudique psicológica o moralmente a los trabajadores, adicionalmente establece la necesidad de prevenir toda situación de acoso que se manifieste por cualquier degradación de las condiciones y ambiente de trabajo como la violencia física, psicológica, el aislamiento y, etc. (Lopcyamat, 2005) Por otro parte, Venezuela publicó el 7 de mayo de 2012 la Ley Orgánica del Trabajo, los trabajadores y las trabajadoras (LOTTT).

De otro lado, el artículo 49 de la Constitución Política de Bolivia estableció que el Estado debe proteger toda forma de acoso laboral y, por ende, la ley establece las respectivas sanciones. Pese a la existencia de dicha disposición, la Ley General del Trabajo no contempla un artículo que regule específicamente el acoso laboral; no obstante, el numeral 4 del artículo 21 de la Ley n.º 348 propende por garantizar a las mujeres una vida libre de violencia, señala además, que el Ministerio del Trabajo, Empleo y Previsión Social tiene el deber de adoptar

y/o implementar medidas de protección contra toda forma de acoso laboral, es así como, podrá establecer o diseñar procedimientos pertinentes para que las víctimas de acoso presenten sus correspondientes denuncias, se investiguen los hechos generadores y, eventualmente, se impongan las sanciones procedentes. (Ley 348, 2013)

Por su parte, el inciso segundo del artículo 2° del Código del Trabajo de Chile, modificado por la Ley n.º 20607 del 8 de agosto de 2012 reguló de manera expresa que el acoso laboral es contrario a la dignidad humana y, por ende, lo definió de la siguiente forma: “Toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”. (Ley 20.607, 2012) Además, se estableció la figura de acoso laboral como una justa causa de terminación del contrato de trabajo, también está previsto en los casos de despido indirecto, y por ende, la posibilidad de reclamar la indemnización correspondiente.

2.1. Categorías desde el derecho comparado

En Brasil se denomina al acoso laboral, como “*Assedio Moral*” o “*Danopessoal*” o “*tortura psicológica*” (VEGA, 2011). En dicho país no existe a nivel nacional una legislación específica de acoso laboral. Sin embargo, la Constitución Política de dicho país regula en su artículo 23 y 200 la protección al trabajador del “*Assedio Moral*”. Al respecto, es importante aclarar que dicho país se encuentra organizado administrativamente en Estados, un Distrito Federal y más de 5000 municipios, de los cuales alrededor de 340 cuentan con regulación del “*Assedio Moral*”, tal y como se describe:

1) La Ley Complementaria núm. 12.561 de Río Grande del Sur define el “*Assedio Moral*” como todo acto, gesto o palabra, que practicados de forma repetitiva por servidor público, en ejercicio de sus funciones, pretenda atentar la autoestima y la integridad psicofísica de otro servidor, con perjuicio de su competencia funcional (MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, 2013).

2) El artículo 2 de la Ley contra el “*AssedioMoral*” del Estado de Sao Paulo, establece que el “*Assedio Moral*” es todo acto, gesto o palabra, que practicados de forma repetitiva por agente, servidor, empleado o cualquier persona que abusando de autoridad que le confiere sus funciones, tenga por objetivo o efecto atentar contra la autoestima y la autodeterminación del servidor, con daños al

ambiente de trabajo, al servicio prestado al público y al propio usuario, bien con la evolución, la carrera y la estabilidad funcional del servidor⁴.

3) El artículo 2 de la Ley núm. 2.210 sobre “*Assedio Moral*” en la Administración Municipal de Ubatuba, regula cualquier tipo de actos, acoso, gesto o palabra ejercida con abuso de poder jerárquico, que atenta la honra, autoestima y la seguridad del servidor público, forzándolo a dudar de sí mismo o de su competencia, implicando un daño al ambiente de trabajo, a la evolución profesional. (MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, 2013, p. 82).

De otro lado, según el autor⁵ para el año 2012 México reformó la Ley Federal del Trabajo, en el sentido de adicionar el artículo: 3° bis, y como consecuencia de ello incluyó la definición de acoso laboral independiente al del acoso sexual; sin embargo, se delimitó el hostigamiento al acoso laboral vertical descendiente, así:

Artículo 3°. Bis. Para efectos de esta ley se entiende por:

a) Hostigamiento, el ejercicio del poder en una relación de subordinación real de la víctima frente al agresor en el ámbito laboral, que se expresa en conductas verbales, físicas o ambas; y

b) Acoso sexual, una forma de violencia en la que, si bien no existe la subordinación, hay un ejercicio abusivo del poder que conlleva a un estado de indefensión y de riesgo para la víctima, independientemente de que se realice en uno o varios eventos. (MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, 2013, p. 5).

Según (BLANCAS BUSTAMANTE, 2007) en el Perú se diferencia el *mobbing* y el acoso moral, toda vez que el primero se encuentra dirigido más a las persecuciones colectivas o a la violencia que se desprende de la organización, mientras que el segundo, está referido de acuerdo con la psicoanalista francesa Marie-France Hirigoyen, a agresiones más sutiles y, como consecuencia más difícil de advertir y de probar.

En este sentido, razona que la expresión acoso moral es la más acertada para referirse a las conductas estudiadas, por cuanto recoge la idea de acoso, asedio y hostigamiento derivadas de la palabra *mobbing* o acoso laboral, y además de ello destaca la dimensión de la persona que siempre resulta afectada, esto es, su *integridad moral*. No obstante, el autor considera que de acuerdo con Hirigoyen, pese a las terminologías distintas y formas variables, según las culturas, de abordar dicho fenómeno, el acoso moral tiene un impacto importante en muchos

⁴ Ibídem.

⁵ Ibídem.

países y, por ende, es indispensable la identificación de dicha figura tanto en sus características esenciales como por los efectos que causan en las víctimas⁶.

De otro lado, según (GARZÓN LANDÍNEZ, 2013) Argentina define en la Ley 1225 de 2003 la figura estudiada:

Por medio de la cual se sancionan los actos de violencia en el trabajo, el maltrato psíquico y social como: “la hostilidad continua y repetida del/ de la superior jerárquico en forma de insulto, hostigamiento psicológico, desprecio y crítica”. En este orden, conceptualiza el acoso laboral, así: “La acción persistente y reiterada de incomodar con palabras, gestos, bromas, o insultos en razón de cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo (GARZÓN LANDÍNEZ, 2013, pp. 210-211).

También Colombia, se definió al acoso laboral así:

Para efectos de la presente ley se entenderá por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo. (Ley 1010, 2006, art. 2)

Lo anterior, fue acogido por Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-881 de 2006, dándole una perspectiva enfocada a la vulneración de la dignidad humana⁷. En el mismo artículo de la ley⁸, además de definir el acoso laboral, también se señalan las modalidades de acoso laboral, las cuales según (Diazgranados Quimbaya, 2014) no son taxativas: a) maltrato laboral; b) persecución laboral; c) discriminación laboral; d) entorpecimiento laboral; e) inequidad laboral y d) desprotección laboral.

Tal y como se observa, la mayoría de las definiciones de acoso laboral transcritas exigen para la materialización de dicha figura la ocurrencia reiterada de actos hostiles; sin embargo, como se puede observar, para la legislación colombiana el mencionado requisito no es absoluto, por cuanto se permite de manera excepcional la ocurrencia de una sola conducta atentatoria de la dignidad del trabajador para tipificarla como acoso laboral.

⁶ Ibidem.

⁷ En materia de tutela y la protección de derechos puede consultarse (JIMÉNEZ RAMÍREZ, 2014).

⁸ Ibidem.

De otro lado, también se identifica en las conceptualizaciones citadas, que algunas de ellas se restringe el acoso laboral a los siguientes aspectos:

a) A la vinculación contractual con el Estado: Como se pudo observar en las definiciones de “*Assedio Moral*” que tienen consagrados algunos municipios de Brasil, se restringe la aplicación de dicha figura a los trabajadores del sector público. Sin embargo, en dicho país también se encuentra vigente la Ley n.º 11948 de 2009 que permite inferir que el “*Assedio Moral*” no es privativo del sector estatal. Por su parte, (Ley 1010, 2006) en Colombia, está dirigida a trabajadores del sector privado y público; no obstante, diferencia el proceso sancionatorio en cada uno de los casos, puesto que si la víctima pertenece al sector privado se aplicará el procedimiento establecido en dicha ley, pero si se trata del sector público las conductas de acoso laboral son calificadas como faltas gravísimas y, por lo tanto, se deberá iniciar un proceso disciplinario en contra del acosador, siguiendo lo regulado en el Código Disciplinario Único;

b) A la relación laboral que implica subordinación: en Colombia la Corte Constitucional (Sentencia C-960, 2007) encontró exequible que la Ley 1010 de 2006 se aplique a los contratos realidad. En Brasil, México y Argentina la normatividad de acoso laboral únicamente tiene operatividad en las relaciones laborales subordinadas, excluyendo así las otras vinculaciones de trabajo como las que celebradas por los cooperados o contratistas;

c) Al acoso laboral vertical descendiente: en países como Argentina, México y Brasil, no incluyen en la definición de acoso laboral, las otras clases de dicha institución jurídica que se pueden presentar en el ambiente de trabajo, como la vertical ascendente (Acoso de un subalterno a un superior), el horizontal (entre compañeros de trabajo) y el mixto.

2.1.1. Afectación de los derechos fundamentales por las conductas de acoso laboral

Para (TRUJILLO FLORES, 2008) el acoso laboral requiere que las conductas configuradoras, además de deliberadas y sistemáticas, estén direccionadas a humillar y denigrar al acosado, sea para lograr su sometimiento o la pérdida de su trabajo. Lo señalado desde luego puede desembocar en un daño físico, síquico o moral en la víctima y por ende la vulneración de sus derechos fundamentales. Aunado a lo anterior, el acoso laboral también termina por afectar negativamente el clima laboral de las organizaciones y empresas, y con ello se disminuye la productividad y competitividad de las mismas.

Como consecuencia de lo anterior, en Latinoamérica países como Perú, Brasil, México y Colombia, enlistan o relacionan los derechos fundamentales que son vulnerados por el acoso laboral. En Perú, según (BLANCAS BUSTAMANTE, 2007) se considera que el acoso laboral puede transgredir los siguientes derechos de rango constitucional: la dignidad de la persona humana, la integridad moral, psíquica y física, la igualdad ante la ley y el no ser discriminado, la intimidad personal, el honor y la buena reputación, el trabajo, ocupación efectiva y conservación del empleo.

Por su parte Brasil, establece que con la práctica de conductas de “*Assedio Moral*” se pueden afectar principalmente: el derecho a la igualdad, los derechos de la personalidad como la intimidad, vida privada, honra, también incluyen la libertad de expresión e información, libertad de creencia, protección de la salud e integridad física de la persona en el trabajo (MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, 2013).

En México, según la autora⁹ con el acoso laboral también se vulneran derechos fundamentales; sin embargo, los mismos son diferenciados entre los específicos y no específicos regulados por la Constitución Política de México. Dentro de los específicos se encuentran aquellos inherentes a la dignidad humana como el derecho a la protección de la salud, derecho a la integridad física en el trabajo, derecho a la seguridad social, entre otros. Mientras que, los derechos fundamentales inespecíficos son derechos que corresponden a cualquier ciudadano y que el derecho laboral debe tener en cuenta, se definen los siguientes: a) la intimidad en el entorno laboral; b) la libertad de creencia religiosa; c) la libertad de expresión y d) la no discriminación.

En lo que respecta a Colombia, los bienes jurídicos protegidos son: “El trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra y la salud mental de los trabajadores, la armonía entre quienes comparten un mismo ambiente laboral, y el buen ambiente en la empresa”. (Ley 1010, 2006)

Al respecto y de acuerdo con (BLANCAS BUSTAMANTE, 2007) la constitucionalización del derecho del trabajo constituye un componente esencial del Estado social de derecho, por cuanto los derechos fundamentales deben tener inmediata aplicación en las relaciones de trabajo, máxime si dichos vínculos son de alta relevancia en la sociedad actual por sus implicaciones sociales, económicas y entre otras. En este orden de ideas, el fenómeno del acoso laboral debe necesariamente regularse de manera específica a nivel mundial y especialmente en América Latina, puesto que el acoso laboral es una problemática de alta rele-

⁹ Ibidem.

vancia por sus implicaciones tanto sociales como constitucionales y, por tanto, según (TRUJILLO FLORES, 2008) es necesario definir mecanismos que permitan combatir las causas más que los efectos de la misma.

2.1.2. Protección jurídica del acoso laboral y su implicación probatoria

Debido a los efectos antes mencionados, es necesario revisar los mecanismos de protección jurídica que se han establecido en América Latina para contrarrestarlos o sancionarlos, en especial los contenidos en los sistemas jurídicos mexicano y peruano para aplicar el método comparatista frente a Colombia. Adicionalmente, se abordará el contexto probatorio del acoso laboral, principalmente en los procesos judiciales, en donde se advierten varias dificultades en su demostración, lo cual es consecuencia propia del proceso como un asunto cultural (SÁNCHEZ NOVOA, 2013).

2.1.2.1 Perspectiva del acoso laboral desde algunos países de América Latina

2.1.2.1.1. México

Si bien es cierto, México no tiene una regulación específica sobre acoso laboral, también lo es que en su sistema jurídico según (MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, 2013) existe legislación aplicable al fenómeno de acoso laboral. El artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil, ello aunado a la responsabilidad de los empresarios de los riesgos de la actividad laboral que puedan sufrir los trabajadores, determinan sanciones equivalentes a una indemnización reglada en la Ley Federal del Trabajo.

Es así como, la (Ley federal del trabajo, 1970) reglamentó el artículo 123 en mención, por lo cual definió las acciones más importantes que se pueden emprender en relación con el acoso laboral:

La rescisión de la relación de trabajo del acosador, sin responsabilidad para el empleador. Se encuentra regulada en el art. 47 de la Ley Federal y consiste en la facultad que tiene el empleador de terminar unilateralmente los contratos de trabajo a los trabajadores acosadores con justa causa, sin que ello por supuesto implique el reconocimiento y pago de indemnización. Lo anterior, desde luego que únicamente aplica al acoso laboral vertical ascendente y horizontal y desde luego se debe agotar el debido proceso para efectuar su despido.

La terminación de la relación de trabajo unilateral, sin responsabilidad para el trabajador acosado. Se estipuló que el trabajador hostigado, podrá



terminar sin ninguna responsabilidad la relación de trabajo por dicha causa. Al respecto, se precisa que por tratarse de un despido indirecto, la víctima tendrá derecho a exigir el pago de una indemnización (Ley federal del trabajo, 1970, art. 51)

La Responsabilidad del empleador frente al acoso con imposición de multa.

Sobre este aspecto, se encuentran los artículos 56 y 132 de la Ley Federal, de las cuales se deduce que el empleador, así desconozca las conductas acosadoras tiene responsabilidad en la mismas, por cuanto es el responsable del medio ambiente laboral, incluyendo el psicológico, por lo cual debe implementar medidas preventivas, so pena de las sanciones pecuniarias a que haya lugar.

Teniendo en cuenta que el acoso laboral puede ocasionar daños, el derecho civil mexicano consagra la acción de reparación del daño moral por responsabilidad civil, que puede ser invocado como instrumento de protección para los trabajadores objeto de hostigamiento laboral. De otro lado, el derecho penal de dicho país, contempla algunos tipos penales relacionados con el acoso laboral como la intimidación, el hostigamiento sexual, las amenazas, la extorsión y lesiones. Finalmente, en lo que respecta al derecho administrativo en México, se puede invocar la Ley Federal de Responsabilidades de los servidores públicos.

2.1.2.1.2. Perú y Colombia

Doctrina autorizada (BLANCAS BUSTAMANTE, 2007) establece que en el Perú tampoco existe legislación específica sobre la materia; sin embargo, definió los mecanismos de protección jurídica aplicables al acoso moral en dicho país, diferenciándolos así: la tutela preventiva, la tutela administrativa y la tutela reparadora.

La tutela preventiva. Se analiza a partir de: a) Prevención primaria: se refiere a las medidas encaminadas a evitar las conductas de acoso laboral como una política anti- acoso, explícita y eficaz o disponer de procedimientos, ágiles y eficientes, para que el acosado pueda formular las quejas y así se adopten decisiones necesarias; b) Prevención secundaria: tiene por objeto identificar las conductas o actuaciones que en el seno de la organización tengan el potencial de producir situaciones de acoso moral, una vez detectadas el empleador debe eliminarlas o someterlas a estricto control y c) Prevención terciaria: ocurre cuando el acoso moral se ha producido, pero el acosado no ha abandonado su trabajo. El objetivo de las medidas incluidas en esta prevención es impedir la continuación del acoso y obtener la rehabilitación y reinserción de la víctima, como por ejemplo: restaurar la comunicación, devolver el puesto de trabajo, se terminen los agravios e insultos, entre otros.

En Colombia, las medidas preventivas de acoso laboral se encuentran consagradas en los reglamentos de trabajo de las empresas privadas y en los manuales de funciones de las entidades públicas. Sumado a lo anterior, la Resolución No. 2646 de 2008, también consagra medidas preventivas, como “la elaboración de códigos o manuales de convivencia, en los que se identifiquen los tipos de comportamiento aceptables en la empresa o la conformación de un Comité de Convivencia Laboral y de un procedimiento interno confidencial, conciliatorio y efectivo para prevenir las conductas de acoso laboral” (GÜIZA & CAMACHO, 2013).

También se estableció la conformación y funcionamiento del Comité de Convivencia Laboral en entidades públicas y empresas privadas. En dichos comités se configuran las acciones correctivas de carácter interno.

La tutela administrativa. Se refiere a la protección que debe garantizar el Estado a través de los inspectores de trabajo. De acuerdo con lo regulado en la (Ley n° 28806, 2006) de la Inspección del Trabajo, dichas autoridades deben garantizar de los derechos fundamentales en el trabajo y por lo tanto, pueden imponer sanciones a los infractores, por la ocurrencia de faltas leves, graves y muy graves. En lo que respecta a las faltas muy graves se regula en la ley¹⁰, por ejemplo: “Los actos de hostilidad y el hostigamiento sexual, así como cualquier otro acto que afecte la dignidad del trabajador o el ejercicio de sus derechos fundamentales o no adoptar las medidas necesarias para prevenir o cesar dichos actos”.

En Colombia, constituye una acción de carácter externa correctiva, acudir ante los Inspectores del Trabajo y, por lo tanto, dicha autoridad administrativa puede exigir a la empresa que prevenga al acosador, para que se abstenga de seguir ejecutando conductas transgresoras de derechos fundamentales.

La tutela reparadora. En lo que concierne a la tutela reparadora, los mecanismos procesales existentes en Perú que pueden ser invocados por el acosado para efectos de obtener la tutela jurisdiccional cuando el mismo ha sido producido o consumado, se dividen en tutela restitutoria y tutela resarcitoria.

La tutela restitutoria. Se consagra la acción de amparo, por cuanto tal y como se advirtió en líneas anteriores con las conductas de acoso laboral se vulneran derechos fundamentales; sin embargo, dicha acción procede por regla general cuando no existen vías ordinarias para la defensa del derecho, a

¹⁰ *Ibidem.*



menos que se demuestre de manera objetiva que se necesita una protección urgente de derechos y por ende la vía ordinaria carecería de idoneidad. De otro lado, la acción de amparo tiene como dificultad la inexistencia de una etapa probatoria, pues solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación y en este sentido pruebas como la testimonial, resultan inviables.

Tal y como se observa, con la acción de amparo resulta complejo la demostración de la ocurrencia de acoso laboral y, por ende, su protección jurídica, donde se requiere de prueba testimonial. No obstante, en lo que respecta al acoso funcional (se modifican en sentido peyorativo la posición jurídica del trabajador en la empresa) y organizativo (ejercicio desigual o mono direccional del poder de dirección), podría bastar con la prueba documental, válida en las acciones de amparo, para efectos de alcanzar la protección constitucional.

Lo expuesto tiene mucha semejanza en lo ocurrido en Colombia con la acción de tutela, toda vez que también se caracteriza por ser un mecanismo de protección sumario y preferente, por lo cual también tiene las mismas implicaciones descritas para Perú. No obstante, vale la pena precisar que tenemos procedimientos previos en vista de que la (Ley 1010, 2006, art. 13) que consagró un procedimiento sancionatorio especial, el cual tiene un término de caducidad de seis meses; sin embargo, la Corte Constitucional a través de las sentencia T-238 de 2008 posibilitó la interposición de la acción de tutela para esta clase de trabajadores.

En lo que respecta a la prueba del acoso laboral dentro el proceso laboral especial, se advierte que la (Ley 1010, 2006) consagra la presunción legal de ocurrencia de acoso si se logra acreditar la ocurrencia repetida y pública de las conductas; sin embargo, la Corte Constitucional estableció que la presunción de acoso laboral no opera para actos que ocurrieron en el ámbito privado. Lo anterior, no obsta para que dentro de dicho proceso, deba quedar plenamente acreditado el acoso laboral tanto privado como público (Sentencia C-780, 2007).

Finalmente, es importante indicar que las personas inmersas en esta conducta sin importar si su vinculación laboral es pública o privada, de conformidad con las normas existentes en Colombia se le concede un fuero de estabilidad reforzada por seis meses, contados a partir de la petición o queja de acoso laboral, que debe ser constatada por la autoridad administrativa o judicial competente, la cual garantizará que en dicho lapso el despido o la destitución del cargo no tengan efectos jurídicos.

La tutela resarcitoria. En esta tutela, se debe distinguir entre la acción indemnizatoria por despido indirecto y por responsabilidad civil contractual y

extracontractual, derivadas de los daños producidos por el acoso moral como: a) daño patrimonial b) daños a la salud y c) daños a la persona o el daño moral. La acción indemnizatoria por despido indirecto, tiene como fuente la renuncia del trabajador abocada por el acoso moral, lo cual desde luego no obedece a una decisión voluntaria. En estos casos, el trabajador tendrá derecho a exigir una indemnización equivalente a una remuneración y media mensual por cada año de servicios hasta el máximo de doce remuneraciones. Con esta indemnización se reparan los daños patrimoniales, causados a la víctima por la pérdida del empleo (BLANCAS BUSTAMANTE, 2007).

Con la segunda acción, la responsabilidad civil se busca resarcir los daños a la salud y moral ocasionados de la víctima de acoso laboral. Frente a dichas acciones son responsables el acosador y el empleador sobre todo cuando no haya adoptado medidas preventivas o correctivas, puesto que tanto sus representantes como los demás trabajadores, en caso de tratarse de acoso horizontal, están bajo su subordinación.

Sobre lo pertinente advierte el autor¹¹ que de conformidad con el acuerdo N°. 5 del Pleno Jurisdiccional Laboral, las normas del trabajo se encuentran incorporadas en los contratos laborales y por ende se infiere la obligación que tiene el empleador de respetar los derechos fundamentales del trabajador. Lo anterior abre la posibilidad a que en las demandas ordinarias laborales que tengan como propósito cesar el acoso o la indemnización por el despido indirecto, se reclame también el pago de una indemnización por los daños ocasionados por las conductas hostiles.

En Colombia, la indemnización por la pérdida de la capacidad laboral que se pueda ocasionar por incapacidades permanentes está tarifada¹², así como los perjuicios¹³ materiales o inmateriales ocasionados por acoso laboral, es decir, están

¹¹ Ibidem.

¹² De conformidad con el artículo 5 de la ley 776 de 2002 se tiene derecho al reconocimiento de la incapacidad permanente parcial cuando se presente una disminución o pérdida de la capacidad laboral entre el 5 al 49.9 %, la cual será cancelada a título indemnizatorio en proporción al daño sufrido (artículo 7). De perder el 50 % o más de la capacidad laboral se tiene derecho a una pensión por invalidez.

¹³ A título sancionatorio, la ley 1010 de 2006 en su artículo 10 establece que si el acoso laboral está debidamente acreditado será sancionado como falta disciplinaria gravísima para el servidor público; al pago de la indemnización descrita en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo; al pago de multa entre 2 a 10 salarios mínimos legales mensuales; o, con la obligación de pagar al sistema el 50 % de los gastos en salud.

descritos en la norma y es la indemnización a la cual el trabajador tiene derecho. Por tanto, la responsabilidad contractual se ve reflejada en la reparación tarifada o plena de perjuicios, entendiendo la primera como responsabilidad objetiva (Ley 776, 2002), y la segunda, como consecuencia de la imprudencia o impericia, falta al deber de vigilancia o falta al deber de cuidado por parte del empleador que hará que por culpa responda de forma subjetiva (culpa patronal); entonces, frente al acoso laboral el sistema responda objetivamente (tarifadamente), y en el evento de que se demuestre la culpa del empleador, responde de forma subjetiva.

3. Interpretación extensiva

3.1. Riesgos psicosociales

Recordemos que los riesgos psicosociales conforme la Unión General de Trabajadores de España, fundada en Barcelona en 1888, concordante con la Ley 31 de 1995, son “[...] aquellas condiciones que se encuentran presentes en una situación laboral”. De igual manera, la Universidad Autónoma de Madrid y el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (España), las definen como: “hecho, acontecimiento, situación o estado, que es consecuencia de la organización del trabajo y, que tiene una alta probabilidad de afectar la salud del trabajador”.

Así, los riesgos psicosociales son:

Las condiciones que conducen al estrés en el trabajo y a otros problemas conexos de salud y seguridad. Esas condiciones, normalmente denominadas factores psicosociales, comprenden aspectos del puesto de trabajo y del entorno de trabajo, como el clima o cultura de la organización, las funciones laborales, las relaciones interpersonales en el trabajo y el diseño y contenido de las tareas (por ejemplo, su variedad, significado, alcance, carácter repetitivo, etc.). El

MARITZA CRUZ CAICEDO, en el libro *El daño Extra patrimonial en el Acoso Laboral*, sostiene la idea que el acoso laboral produce un daño y por eso el deber de repararlo –ya se objetiva o subjetivamente–, empero desarrolla la idea de la responsabilidad extracontractual del empleador por falta al deber de cuidado, de vigilancia, de inspección, o de instrucción, el acoso laboral puede derivar en daño moral, daño a la vida de relación, daño biológico, daño a la salud o daño existencial.

A partir de un estudio jurisprudencial puede determinarse la realidad sobre el punto de hecho y de derecho. Una metodología aplicable a ese asunto puede consultarse en (PELÁEZ MEJÍA, 2013).

concepto de factores psicosociales se extiende también al entorno existente fuera de la organización (por ejemplo, exigencias domésticas) y a aspectos del individuo (por ejemplo, personalidad y actitudes) que pueden influir en la aparición del estrés en el trabajo. (TORRES TARAZONA, 2012, p. 256)

Por otra parte, existen factores que determinan el riesgo psicosocial. Por un lado, consideramos que existen unos riesgos externos y por otro, factores internos al sujeto:

Riesgos externos

Clima organizacional. Son todas aquellas políticas institucionales que realizan las organizaciones o los empleadores con el ánimo de mejorar las relaciones entre las personas que trabajan en conjunto. Esto puede aumentar la productividad de las empresas y, por ello, si se fortalecen las relaciones, por medio de políticas de las empresas. Disminuyen los riesgos psicosociales.

Las funciones laborales. La realización de las funciones laborales puede aumentar el riesgo psicosocial, toda vez que las personas que se exponen al peligro, pueden aumentar los problemas por la exposición constante.

Las relaciones interpersonales. Las relaciones en las empresas donde existen actividades que en muchas ocasiones se realizan bajo presión, aumentan los conflictos entre ellas y, por consiguiente, se debilitan las relaciones de solidaridad y ayuda mutua.

Riesgos internos

Riesgos psicológicos. Los riesgos psicológicos son todas aquellas conductas de las personas que, por su personalidad, carácter, formas de ser, etc., aumentan con ello, los posibles riesgos, por ejemplo, de sufrir estrés o de generar mayores conflictos entre las personas.

Para determinar los factores del riesgo psicosocial, éstos deben estar condicionados a ciertos elementos que se presentan en el desarrollo de la actividad que habilita una conducta considerada como acoso laboral. Dichos elementos son categóricos y se deben evidenciar en la acción u omisión del sujeto activo, bien sea de un agente superior o de agentes del mismo rango laboral, ya que deben ser:

Acciones reiteradas. Son todas aquellas acciones negativas que se presentan o configuran como acoso laboral y deben desplegarse en el tiempo y espacio definido. Es decir, que todo aquello que perjudica a una persona, en el ejercicio

de sus laborales, puedan ser evidenciadas en el tiempo determinando y espacio laboral claro y distinto.

Existir una intención de dañar o daño. Constantemente las empresas se encuentran en relaciones de trabajo que implican una exposición a daños; sin embargo, ésta se desprende del ejercicio mismo del cumplimiento de la labor. Por consiguiente, para que sea evidente el acoso laboral, es necesario demostrar la intención de un sujeto sobre otro de hacer daño. Es decir, de tener la intención de ocasionar sobre el otro, connotaciones negativas que impliquen perjuicio.

Entonces, los riesgos psicosociales buscan proteger el desarrollo de las labores en el ámbito de las relaciones de trabajo, independientemente de la modalidad contractual, por tanto, al simplemente protegerse el acoso laboral en el contrato de trabajo, se le está restringiendo su alcance como categoría psicosocial.

En Colombia, está regulado el acoso laboral en la ley 1010 del año 2006, siendo la teleología de la norma la de proteger al trabajador, quien es víctima de dicha conducta, y el ámbito de aplicación esta direccionado a las personas naturales en donde haya vínculo laboral –sin importar si es público o privado–; nuestra primera tesis es sostener que no solo el acoso laboral se da en las relaciones laborales, por el contrario, está presente en cualquier relación de trabajo, no es una figura exclusiva del contrato de trabajo, sino de cualquier relación en donde haya interacción entre personal, por consiguiente no es distintiva del contrato laboral, también está presente en contratos de prestación de servicios, en la medida de que el acoso laboral es un riesgo psicosocial. (CRUZ CAICEDO, 2012) Citando a Conde Colmenero lo considera de igual manera y establece que: “está directamente relacionado con los vínculos interpersonales en la empresa o entidad pública en la que el trabajador o servidor público presta sus servicios, en el ambiente laboral y la organización del trabajo en general”.

(MORENO JIMÉNEZ & BÁEZ LEÓN, 2010, pp. 22-48) Fundados en las características de los riesgos psicosociales y entre ellas la afectación de derechos fundamentales y los efectos globales sobre la salud física o mental del trabajador, elaboraron una lista de los principales riesgos entre ellos: el estrés, la violencia en el trabajo, el acoso sexual, la inseguridad contractual, el síndrome de *burnout* o síndrome de quemarse por el trabajo, conflicto familia-trabajo, trabajo emocional, y el acoso laboral. También, la adicción al trabajo y la drogodependencia o adicciones como consecuencia del trabajo, se pueden considerar riesgos psicosociales.

Conforme lo anterior, consideramos al riesgo psicosocial como la generalidad, siendo entonces el acoso laboral la especie, ya que lo que pretende regularse globalmente son todas esas conductas que generan consecuencias

negativas en el trabajador, generándose responsabilidad de aquella persona natural o jurídica que expone a la otra a factores de riesgo en el trabajo,—ya que son varios bienes jurídicos los que se tutelan—, por ende, tanto el empleador como el contratante quedan garantes del daño que pueda ocurrirle al trabajador o contratista, en tanto que al analizar los efectos de los factores psicosociales, causan el mismo daño, ya sea a un trabajador como a un contratista, y la falta de protección, no solo viola el derecho a la igualdad, sino que deja desprovisto a un grupo específico, que también debe estar resguardo por la exposición a diferentes factores intralaborales o extralaborales.

(CRUZ CAICEDO, 2012, p. 25) citando a Conde Colmenero, establece que el acoso laboral es una modalidad de riesgo profesional de carácter psicosocial, basando dicha apreciación en la exposición al riesgo que sufre la persona; concepto que compartimos y desarrollamos, ya que en Colombia se estableció que los riesgos psicosociales no solo son para la población trabajadora (contrato laboral), sino que además también incluyen en su campo de aplicación a los trabajadores independientes, a las personas naturales vinculadas por un contrato de prestación de servicios, o a todos aquellos vinculados por agremiaciones o cooperativas (Resolución 002646, 2008).

Conforme a ello, no es el elemento de subordinación que se debe analizar para la protección de trabajadores o contratistas, sino precisamente, es la exposición a factores de riesgos que debe entrar a proteger la ley de acoso laboral, la cual debe ser interpretada en el entendido de que también se aplica a los trabajadores independientes, a las personas naturales vinculadas por un contrato de prestación de servicios, o a todos aquellos vinculados por agremiaciones o cooperativas, en la medida de que se genera responsabilidad por la ocurrencia de una enfermedad, daño o lesión en contra de la salud de aquellos que están inmersos en relación de trabajo, sin importar su clase de vinculación.

3.2. Aplicación del acoso laboral de forma extensiva

Conforme lo anterior, la tesis esbozada en esta investigación, se sustenta en el ámbito de aplicación de los riesgos psicosociales, pero además, en factores como los bienes jurídicos tutelados, el derecho a la igualdad, la regulación normativa del sistema de riesgos laborales, y la teoría del riesgo creado y riesgo provecho:

3.2.1. Bienes jurídicos protegidos

(CRUZ CAICEDO, 2012) Establece que se genera daño extra patrimonial por acoso laboral y para ello realiza un estudio de los derechos que lesiona la

conducta, tales como la dignidad humana, la igualdad, integridad física, el honor, la intimidad, propia imagen, la no discriminación, todo en torno a las relaciones laborales; sin embargo, sostenemos que no solo estos derechos se ven violentados frente a un contrato laboral, sino que su vulneración está presente en cualquier relación de trabajo, sin importar que sea una clase de contrato, una orden de prestación, puesto que si dentro del actuar ya sea de un trabajador, contratista, operador o trabajador independiente se genera un acto hostil que atente contra derechos de rango fundamental, basta su violación para que proceda su amparo¹⁴.

Tanto debe ser así, que la conducta no necesita ser persistente como lo determina la ley 1010 de 2006, ya que si se vulneran derechos fundamentales es suficiente con un solo acto que cause daño o lesión, ya que al ser el bien jurídico protegido la dignidad humana, la cual se debe entender bajo el marco de un Estado social de derecho, en el cual la principal característica es que las personas pueden desarrollar sus proyectos de vida sin que se le menoscabe su integridad, y principalmente, garantizando la protección de los derechos humanos en el desarrollo de toda su vida. De igual manera, Cruz Caicedo citando a (CORTÉS GONZÁLEZ, 2015, p. 113) establece que los bienes protegidos son: la dignidad humana, trabajo en condiciones dignas y justas, libertad, intimidad, honra, salud mental, armonía del ambiente laboral y buen ambiente en la empresa.

Contrario a lo establecido en el Instituto Colombiano de Derecho Procesal (Corpus Vanegas, 2015, pág. 765) la protección no es exclusiva de las relaciones laborales subordinadas, y aunque la ley excluya a todas las demás, ello debe entenderse como falta de protección, pues recordemos que estamos frente a la exposición a un riesgo psicosocial, y el acoso laboral es una categoría del mismo. No compartimos la idea de excluir a todos aquellos seres humanos que se exponen a un daño, porque simplemente no quedó regulado por la norma, ya que la teleología del derecho social va mucho más allá que la simple protección formal.

Por tanto, al afectar bienes jurídicos, violentar derechos constitucionales como la igualdad, la ley que regula el acoso laboral en Colombia debe hacerse extensiva en su aplicación por interpretación –a todas aquellas personas que puedan estar expuesta a factores de riesgo–, puesto que recordemos que tanto el papel del Estado, como de la legislación dentro de un Estado social de derecho, en donde su presencia, además de ser reparadora deberá ser preventiva, implica dinámicas exclusivamente direccionadas a la protección de los derechos humanos,

¹⁴ Un estudio relevante en materia de violación sistemática, masiva y permanente de derechos fundamentales puede consultarse en (CALDERÓN ORTEGA, 2014).

estando inmersos en ellos, tanto la población asalariada como todos aquellos que se exponen a un daño, por ende, el resarcimiento no puede ir encaminada al ámbito de aplicación de la ley, sino que por el contrario, deberá involucrar por extensión a contratistas, trabajadores independientes, entre otros.

3.2.2. Derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad es uno de los pilares fundamentales del derecho constitucional, el cual busca que todas las personas sean integradas a las instituciones jurídicas sin discriminación alguna por su condición, clase, raza, religión, género, etc. Por consiguiente, el derecho deberá proteger a las personas de la misma manera, garantizando con ello, que ninguna se sienta excluida y por tanto menospreciada por las instituciones.

En cuanto al derecho laboral y el derecho a la seguridad social se busca que la persona independientemente de su contexto cultural o social sea protegida por los riesgos que emergen en la vida misma y más al interior de las organizaciones. Lo cual busca garantizar que todos accedan a iguales protecciones en las mismas condiciones.

De este modo, el derecho deberá proteger a las personas que en el ámbito laboral se encuentran en potencia de un riesgo. Por consiguiente, excluir a un sujeto por su modalidad contractual de las acciones que lo protegen de un posible riesgo, es restringir el derecho a la igualdad y por lo tanto, vulnera sus derechos sociales fundamentales.

En consecuencia, el derecho a la igualdad habilita la condición para proteger a las personas que realizan labores mediante un contrato de prestación de servicios, de los posibles riesgos a los que se vea enfrentado al momento de la ejecución del contrato. Por tanto, la protección no debe partir de que todos los contratos tienen los mismos elementos, o que solo se deben correlacionar con el contrato de trabajo, el resguardo surge, por tanto, para trabajadores por cuenta ajena, como para aquellos por cuenta propia, en el entendido que ambos están expuestos a factores de riesgo.

3.2.3. Regulación normativa del sistema general de riesgos laborales.

Ejemplo normativo de la cobertura del sistema de riesgos laborales y por ende de la protección desde la responsabilidad objetiva, son las leyes 731 de 2002 donde se crean mecanismos de afiliación destinados a mujeres rurales sin vínculo laboral; igualmente la Resolución 2646 del 2008 del Ministerio de Protección social en donde se desarrollan en Colombia los riesgos psicosociales que se

aplican a los trabajadores y al igual que a los contratistas, cooperativas de trabajo asociado, y trabajadores independientes; el Decreto 723 de 2013 que autoriza la afiliación de los contratistas e independientes que laboren en actividades de alto riesgo; Decreto 1047 de 2014 que autoriza el aseguramiento de los conductores de taxi; el Decreto 1443 de 2014 que regula el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo el cual también se aplica a contratistas e independientes; el Decreto 055 de 2015 en donde se reglamenta la afiliación de estudiantes al sistema de riesgos laborales y por último la Ley 1572 de 2012 en donde son afiliados obligatorios al sistema general de riesgos laborales los contratistas, cooperativas de trabajo asociado, los trabajadores independientes y los trabajadores informales.

Tratándose de protección no solo a personas vinculadas por contrato laboral, en Colombia se adoptó la nueva tabla de enfermedades laborales, y aunque solo va dirigida a trabajadores, tiene como objetivo la protección a factores de riesgo ocupacional, la protección en el lugar donde se desarrolla la labor, por tanto, es plenamente aplicable a personas naturales vinculadas mediante contrato de prestación de servicios. (Decreto 1477, 2014)

Para ultimar, la Corte Constitucional determinó que la protección de los riesgos laborales debe ser extendido a todas las personas, independientemente de su modalidad contractual, pues se encuentran frente a la posibilidad de un accidente, una enfermedad y en general de un riesgo. De la siguiente forma refiere que:

En el Sistema General de Riesgos Laborales está permitida la inclusión de los contratistas dentro del contexto de accidente de trabajo (Ley 1562, 2012, art. 3) pues la equiparación legal con los trabajadores dependientes materializa el principio de ampliación de la cobertura en seguridad social (Art. 48 CP) y repercute en el ámbito de la afiliación obligatoria sin modificar las relaciones contractuales previas. (Sentencia C-509, 2014)

Además de lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado¹⁵ que la ampliación de estos riesgos amplía la materialización del derecho a la igualdad, el cual es presupuesto de la seguridad social y, por tanto, de la consolidación de derechos humanos y la dignificación de las personas en Colombia.

Es así como, desde la regulación normativa la protección se da sin revisar la clase de vínculo contractual, *per se* el sistema equipara a todos, pues su objetivo es el prevenir y/o resarcir los daños producidos por riesgos fisiológicos,

¹⁵ Ibidem.

económicos o psicosociales, y al hacerlo también debe garantizarse la protección de los efectos que genere el acoso laboral dentro del sistema de riesgos laborales.

3.2.4. Teoría del riesgo creado y riesgo provecho.

Así las cosas, frente a la interpretación extensiva del acoso laboral como figura aplicable también a los trabajadores independientes y contratistas, al forjarse un daño se estaría inmerso en responsabilidad objetiva, esto es, el resguardo que el sistema da por autorización de la ley de forma tarifada para proteger el daño sufrido, sin revisar conceptos como el dolo o la culpa, en donde la culpa no modifica su protección, ni sirve como eximente de responsabilidad, ya que el empleador o el sistema quien responde *per se*, puesto que se origina “en el hecho jurídico del aseguramiento del riesgo” (ARENAS MONSALVE, 2011, p. 646)

(ACERO SÁNCHEZ, 2015) Citando a la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia determina que nace una fuente de responsabilidad al empleador cuando crea un riesgo como consecuencia de la actividad empresarial, –ya sea por él asumida o por el sistema–; aclaramos entonces que, al hablar de la responsabilidad objetiva en la seguridad social contemporánea, esta es exclusivamente a cargo del sistema de seguridad social.

En la medida de que se produzca un daño, siguiendo a este autor¹⁶ y al citar a Hinestrosa, dicha lesión o consecuencia por la exposición al riesgo, podrá generar perjuicios materiales e inmateriales, que ya sean de forma tarifada o por reparación plena de perjuicios, deben ser indemnizados. Al respecto se establece que: “En todo siniestro ocupacional es necesario contar con un agente que lo desencadena. Este agente puede ser de diferente naturaleza, por lo que pueden agruparse en: empleador, trabajador, la fuerza mayor o el caso fortuito, y el crimen social”. (PUYANA SILVA, 2011, p. 35)

Entonces, tanto el trabajador dependiente como el independiente hacen parte como afiliados al sistema de riesgos laborales en Colombia, ambos deben procurar el cuidado de su salud, utilizar elementos de protección, realizar exámenes ocupacionales, aplicar políticas de seguridad y salud en el trabajo, razones para darles tratamiento igual, sin importar su clase de vinculación, por cuanto al aplicar la teoría del riesgo creado, no es exclusiva del contrato laboral, en tanto que el tema argumentativo es “la protección”. Por tanto, creemos que tratándose de responsabilidad objetiva deberán amparar no sólo al trabajador por

¹⁶ Ibidem.

cuenta ajena, sino a aquel que lo hace por cuenta propia, en el entendido que, tanto uno como otros, –todos– están expuestos a factores de riesgo.

También se señala que la ley profesional de Prusia de 1853 atribuyó: “a las empresas ferrocarrileras la obligación de reparar los daños que cause en desarrollo de sus actividades, sin distinguir si el afectado era un trabajador, un extraño al servicio o un viajero” (RODRÍGUEZ MESA, 2013, p. 12). De tal surte que la ley de acoso laboral no debe tener como único campo de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena (dependientes), sino que debe ser extensiva a todos aquellos que estén expuestos a un riesgo, ya que se violentaría el derecho a la igualdad, se dejaría de lado la protección integral de algunos bienes jurídicos, sustentado simplemente en que el operador judicial dejó de lado a otros actores.

La Corte Constitucional al realizar el estudio frente al accidente de trabajo, claramente expuso que el legislador colombiano acogió la teoría del riesgo creado, en donde se establece una responsabilidad objetiva que tiene como efecto inmediato la obligación de reparar el daño. (Sentencia C-453, 2002)

Tanto la doctrina nacional como la Argentina, establecen la inclusión en el derecho de la teoría riesgo creado, así como la del riesgo provecho, tanto así que frente a este último se reseña que es: “la noción de responsabilizar a quien obtiene un beneficio –generalmente económico– por la incorporación de una cosa riesgosa a la sociedad” (CODAZZI, 2014) esto es:

[...] El nuevo Código Civil y Comercial recientemente aprobado por la Ley 26.994 ha establecido ciertas modificaciones sustanciales en materia de responsabilidad civil. Una de ellas es la incorporación de la teoría del “riesgo provecho” desarrollada por la jurisprudencia a lo largo de las últimas décadas [...].

[...] El citado artículo establece que se considera guardián a quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella. Idéntica consideración se propone para quien se sirve u obtiene provecho de una actividad riesgosa, incorporándose también este concepto jurisprudencial al derecho positivo [...] (CODAZZI, 2014, p. 1)

Por ende, en esta teoría (riesgo provecho): “será responsable todo aquél que crease un riesgo del cual se derive un daño y obtuviera un beneficio por él”, pero que al igual que la teoría de riesgo creado al generarse un daño se estaría inmerso en responsabilidad objetiva, sin examinar conceptos como el dolo o la culpa¹⁷.

¹⁷ Ibidem.

Entonces, las personas están expuestas a riesgos, y la responsabilidad objetiva incluye entre sus instituciones jurídicas las teorías del riesgo creado y riesgo provecho, ambas de aplicación en el derecho laboral y en la seguridad social; (IRISARRI BOADA, 2000) aclara que dentro de la responsabilidad objetiva la diferencia entre la teoría del riesgo creado y la del riesgo provecho se da, ya que el primero de ellos se sustenta en la reparación por el perjuicio sufrido pero que tiene limitantes puesto que no se responde de forma integral, sino tarifadamente, –como en el caso colombiano–; en cambio, al hablar de riesgo provecho debe generarse indemnizaciones por los daños ocasionados, esto es, responder aunque objetivamente, pero incluyendo una real indemnización por los perjuicios causados.

De otra parte, y para ultimar, se debe hacer extensiva la ley de acoso laboral conforme el análisis realizado; sin embargo, la Corte Constitucional (Sentencia C-960, 2007) se aparta de la tesis planteada en el presente artículo, ya que según la guardiana de la Constitución no se vulnera el derecho a la igualdad al excluir las relaciones de orden civil, comercial o administrativo, en tanto que el objeto de la norma era la protección dentro del contrato laboral.

Aunque la Corte Constitucional determinó que la relación laboral depende de las condiciones reales y no contractuales, siempre que se cumplan los elementos característicos del contrato laboral, encasilló necesariamente la figura al requisito de la subordinación, entendiéndolo como el poder de dirigir la actividad laboral a través de órdenes, instrucciones o imposiciones en donde está presente hasta el poder disciplinar.

Dicha discusión se centra, entonces, en buscar los elementos del contrato de trabajo, los caracteres de la relación laboral, pero no analiza con relación a la exposición a factores de riesgo, en el entendido que la subordinación no determina la única forma de violentar la dignidad humana, su vulneración está patente en las relaciones sociales, no sólo al interior del contrato laboral, entonces, al no incluirse, quedan desprotegidas las personas que estén vinculadas mediante un contrato de prestación de servicios o en su calidad de trabajadores independientes, puesto que el estudio que hace la corte, es frente a que los grupos no son iguales y en ello tiene razón, puesto que los elementos de uno y otro son diferentes, empero, yerra –la corte– en no revisar el ámbito de aplicación de los riesgos psicosociales, los bienes jurídicos protegidos, el derecho a la igualdad desde la exposición a factores de riesgo, la regulación normativa del sistema de riesgos laborales, y la teoría del riesgo creado y riesgo provecho.

Por todo lo anterior, la interpretación de la norma de acoso laboral en Colombia debe ser ampliada por los operadores judiciales y por los diferentes

actores del derecho laboral, esto es, hacer desde la seguridad social extensiva la interpretación, sin importar el vínculo o relación laboral, puesto que el objeto de la (Ley 1010, 2006) además de *definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión* en una relación laboral; también debe proteger bienes jurídicos protegidos como el trabajo en condiciones dignas y justas, la libertad, la intimidad, la honra, la salud mental, la armonía y el buen ambiente de la empresa.

Así, entonces, en tanto que se resguarden riesgos psicosociales, existan bienes jurídicos protegidos, se aplique el derecho a la igualdad, exista una regulación normativa del sistema de riesgos laborales, y se aplique la teoría del riesgo creado, la protección en Colombia del acoso laboral debe realizarse de forma holística y desarrollarse cuando un trabajador dependiente o independiente o contratista este expuesto a un factor de riesgo, ya que, lo que se predica dentro de un Estado Social de Derecho es la protección de derechos, y tanto el trabajo como la seguridad social son derechos sociales.

Finalmente, la protección no sería completa, si no se configura la responsabilidad civil del empleador por acoso laboral, y para ello se requiere la existencia de los siguientes requisitos (CRUZ CAICEDO, 2012):

- a) un hecho dañino producto de las conductas de acoso laboral (maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento, inequidad o desprotección laboral); b) la culpa del empleador por los hechos constitutivos de acoso laboral vertical y acoso laboral horizontal o la concreción del riesgo con ocasión de las funciones del trabajador que no esté obligado a soportar; c) el daño irrogado al trabajador, que puede ser de naturaleza patrimonial o extra patrimonial; d) el nexo causal entre el daño y la culpa del empleador o la relación de “ocasionalidad necesaria” para efectos de atribuir responsabilidad cuando se concreta el riesgo. En relación con los servidores públicos, la responsabilidad del Estado se podrá imputar a título de falla del servicio. (CRUZ CAICEDO, 2012, p. 82)

Por consiguiente, sostenemos que debe ser extensiva la interpretación de la figura del acoso laboral; además –igual que éste¹⁸– creemos que puede generar responsabilidad contractual de forma objetiva por todos aquellos sujetos (naturales o jurídicos) que se beneficien de la actividad, esto es, darle el mismo tratamiento al empleador o al contratante, puesto que nace una fuente de responsabilidad cuando crean un riesgo.

¹⁸ Ibídem.

Asimismo, respecto del acoso laboral, como lo afirma el autor¹⁹, el sistema deberá responder objetivamente, y en el evento de que se demuestre la culpa (imprudencia, impericia, falta al deber de vigilancia o falta al deber de cuidado) del empleador o contratante, responderá de forma subjetiva. Complementando lo anterior, el acoso laboral, sea dentro de un contrato de trabajo o cualquier otra denominación o vinculación, podrá generar responsabilidad extracontractual al menoscabar la salud física o mental o esferas personales, originando con ello daño moral, daño a la vida de relación, daño biológico, daño a la salud o daño existencial.

Conclusiones

El acoso laboral es una categoría de riesgo psicosocial.

En vista de las implicaciones constitucionales que acarrearán las conductas de acoso laboral, es necesario que los países latinoamericanos como por ejemplo México, Perú y Brasil entre otros, legislen específicamente sobre la materia. De tal forma que se establezca un concepto de acoso laboral que comprenda toda clase de trabajadores sin diferenciar el sector al pertenezcan o al requisito *sine qua non* de la subordinación, ello aunado a la importancia de incluir las clases de acoso laboral existentes como: el vertical, horizontal, mixto, personal, funcional y organizativo.

Dicha legislación también debe consagrar una disposición que prevea el acoso laboral ocurrido en privado, el cual puede ser invisible o de difícil demostración y, por lo tanto, se sugiere dinamizar la carga de la prueba, en el sentido de que no sea la víctima quien deba probar el acoso sino que el acosador sea quien lo desvirtúe o se admitan de manera excepcional, medios de prueba como la grabación.

Es también importante que en la legislación se defina de manera clara y precisa las medidas preventivas, correctivas y sancionatorias de dicho fenómeno, con el propósito de garantizar una protección jurídica eficaz.

Si bien es cierto, Colombia es reconocido como el país pionero en expedir una regulación específica sobre acoso laboral, lo cual sin duda alguna constituye un gran avance frente a los demás países latinoamericanos, que como se expuso aún tienen legislación dispersa e incompleta sobre la materia.

¹⁹ *Ibidem*.

La Ley 1010 de 2006 presenta diversas falencias, por cuanto se excluye en su ámbito de aplicación a los trabajadores independientes o cooperados y en lo que respecta a quienes se encuentran inmersos en contratos realidad, estos trabajadores deben esperar el tiempo que dure el proceso judicial hasta que se declare por un juez la existencia del mismo. En dicho evento, el fuero de acoso laboral reconocido por 6 meses, termina por convertirse en una figura inaplicable.

De otro lado, llama la atención que para un fenómeno que conlleva la vulneración de derechos fundamentales, tan sólo el legislador colombiano haya establecido seis meses para la caducidad de las acciones a impetrar, soslayando con ello el término de tres años establecido, por regla general, para la prescripción de derechos laborales en Colombia.

Resulta necesario flexibilizar la actividad probatoria en los mecanismos de protección jurídica de acoso laboral, toda vez que es de difícil demostración por parte de la víctima, máxime, se reitera en escenarios privados.

Debería –en Colombia– modificarse o proponerse una definición más amplia del acoso laboral. Así, la aplicación de la figura jurídica es restrictiva puesto que solo incluye a los vinculados por contrato de trabajo, por dicha razón, debe extenderse a todos aquellos que estén expuestos a un daño.

Se sustenta la interpretación extensión de la ley de acoso laboral para quienes estén expuestos en figuras como los riesgos psicosociales, al igual que por los bienes jurídicos tutelados, el derecho a la igualdad en la protección, la regulación normativa del sistema de riesgos laborales, y la aplicación de las teorías del riesgo creado y riesgo provecho.

Al darse la interpretación extensión de la ley de acoso laboral en Colombia, se estaría desarrollando un verdadero respeto a los derechos sociales.

Referencias

- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2007). *El acoso moral en la relación de trabajo* (1ª ed.). Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.
- ACERO SÁNCHEZ, D. A. (2015). *Un nuevo concepto de la culpa patronal* (1ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial U. Externado de Colombia.
- ARENAS MONSALVE, G. (2011). *El derecho colombiano de la seguridad social* (3ª ed.). Bogotá D.C., Colombia : Editorial Legis.
- CALDERÓN ORTEGA, M. N. (2014). Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del estatuto del trabajo en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 8(5), 71-97.

- CODAZZI, S. (27 de octubre de 2014). *El “beneficio” como factor de atribución en el nuevo Código Civil*. Obtenido de DPI Diario. Innovando el derecho : <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2014/10/civil-doctrina2014-10-272.pdf>
- CORPUS VANEGAS, J. S. (2015). Carga probatoria en el acoso laboral. *XXXVI Congreso colombiano de derecho procesal*, 761-774.
- CORTÉS GONZÁLEZ, J. C. (2015). *Régimen de los riesgos laborales y de la seguridad y salud en el trabajo* (2ª ed.). Colombia : Editorial Legis.
- CRUZ CAICEDO, M. (2012). *El daño extrapatrimonial en el acoso laboral. Extensión del daño como fuente de la responsabilidad civil del empleador* (1ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial U. Externado de Colombia.
- Decreto 1477. (05 de agosto de 2014). Ministerio del trabajo. *Por el cual se expide la tabla de enfermedades laborales*. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de: http://www.mintrabajo.gov.co/component/docman/doc_download/2096-decreto1477del5deagostode2014.html
- DIAZGRANADOS QUIMBAYA, L. A. (2014). *El acoso laboral, análisis conceptual y comparado* (1ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- GARZÓN LANDÍNEZ, T. C. (2013). Críticas y perspectivas de la Ley 1010 de 2006. Una aproximación desde la definición jurídica y psicológica del acoso laboral. (*Tesis de pregrado*). Bogotá D.C., Colombia: Colegio mayor de nuestra Señora del Rosario.
- GÜIZA, L., & CAMACHO, A. (2013). *Acoso laboral en Colombia* (1ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial U. del Rosario.
- HERRERA, M. (2010). “*El Acoso Moral en el Trabajo*”, tomado de las memorias del Primer Congreso Internacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. *Repensando el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el Siglo XXI y su incidencia en las relaciones laborales*. Bogotá D.C.: Editorial Universidad la Gran Colombia.
- IRISARRI BOADA, C. (2000). El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano. (*Tesis de pregrado*). Bogotá D.C., Colombia : Pontificia Universidad Javeriana.
- JIMÉNEZ RAMÍREZ, M. C. (2014). Procedencia de la acción de tutela contra sentencias: una aproximación a la jurisprudencia constitucional. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 37-69.
- Ley 1010. (23 de enero de 2006). Congreso de la República. *Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 46.160 de 23 de enero de 2006. Obtenido de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1010_2006.html

- Ley 1562. (11 de julio de 2012). Congreso de la República de Colombia. *Por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 48488 del 11 de julio de 2012. Obtenido de: <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Leyes/Documents/ley156211072012.pdf>.
- Ley 20.607. (08 de agosto de 2012). Ministerio del trabajo y previsión social; subsecretaría del trabajo. *Modifica el código del trabajo, sancionando las prácticas de acoso laboral*. Chile: Id Norma :1042709. Obtenido de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1042709>
- Ley 348 . (09 de marzo de 2013). Asamblea Legislativa Plurinacional. *Ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia*. La Paz, Bolivia: Gaceta oficial del Estado Plurinacional de Bolivia. Obtenido de: https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjIurursoqHSAhWK6iYKHYWbASgQFggeMAE&url=http%3A%2F%2Ffoig.cepal.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2F2013_bol_ley348.pdf&usq=AFQjCNE03kuTi0oNfkYGGVxc3NgJ0cziKQ.
- Ley 776. (17 de diciembre de 2002). Congreso de la República. *Por la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 45037 de diciembre 17 de 2002. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=16752>.
- Ley federal del trabajo . (01 de Abril de 1970). Cámara de diputados del H. Congreso de la unión. *El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos decreta:*. México D.F., México: Diario Oficial de la Federación el 1º de abril de 1970. Obtenido de: https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&sqi=2&ved=0ahUKEwi_z9m3o6HSAhVFyyYKHT5_D38QFggYMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.diputados.gob.mx%2FLeyesBiblio%2Fpdf%2F125_120615.pdf&usq=AFQjCNGM1cg1vbbJph7mkkVrWYTI1OqLoA&bvm=bv.147448319,d.eWE.
- Ley nº 28806. (19 de 07 de 2006). Congreso de la República de Perú. *Ha dado la Ley siguiente: Ley general de inspección en el trabajo*. Lima, Perú: Diario Oficial “El Peruano” del 22 de julio de 2006. Obtenido de: https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&sqi=2&ved=0ahUKEwjhg7M06HSAhUEQCYKHW8XAQkQFggYMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.mintra.gob.pe%2Farchivos%2Ffile%2FVIH_SIDA%2Fnomas_vih_sida%2Fley_28806.pdf&usq=AFQjCNHLuKQSAAnAIo6hA7JiHlXpIXtr7Q&bvm=bv.147448319,d.eWE.
- Lopcyamat. (26 de Julio de 2005). Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. *Por medio de la cual se expide la Ley orgánica de prevención, condiciones y medio ambiente en el trabajo*. Caracas D.C., Venezuela: Gaceta oficial nº 38.236 del 26 de julio del 2005. Obtenido de: <https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&sqi=2&ved=0ahUKEwiO7K3Xo6HSAhWF7CYKHVh0AasQFggeMAE&url=http%3A%2F%2Fwww.inpsasel>.

gob.ve%2Fmoo_doc%2Flopocymat.pdf&usg=AFQjCNETk3bAccaMbxCcZn4EvlUy0GcX8Q&bvm=bv.147448319,d.eWE.

- MENDIZÁBAL BERMÚDEZ, G. (2013). *El acoso laboral y la seguridad social* (1ª ed.). México D.F., México D.F. : Porrúa México.
- MORENO JIMÉNEZ, B., & BÁEZ LEÓN, C. (noviembre de 2010). *Factores y riesgos psicosociales, formas, consecuencias, medidas y buenas prácticas*. Obtenido de Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo: <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/PUBLICACIONES%20PROFESIONALES/factores%20riesgos%20psico.pdf>.
- PELÁEZ MEJÍA, J. M. (2013). Reglas de prueba en el incidente de reparación integral. *Revista Academia & Derecho*, 7 (4), 29-39.
- PUYANA SILVA, A. (2011). *El sistema general de riesgos profesionales en Colombia* (1ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial U. Externado de Colombia.
- Resolución 002646 . (17 de Julio de 2008). Ministerio de la protección social. *por la cual se establecen disposiciones y se definen responsabilidades para la identificación, evaluación, prevención, intervención y monitoreo permanente de la exposición a factores de riesgo psicosocial en el trabajo...* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial: 47059. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=31607>.
- RODRÍGUEZ MESA, R. (2013). *Sistema general de riesgos laborales* (1ª ed.). Bogotá D.C, Colombia: Editorial Universidad del Norte.
- SÁNCHEZ NOVOA, P. A. (2013). El fin del proceso un asunto cultural: la búsqueda de la verdad o la solución del conflicto. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 41-52.
- Sentencia C-453. (12 de junio de 2002). Corte Constitucional. Sala plena. *M.P.: Álvaro Tafur Galvis*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-3806. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2002/C-453-02.htm>.
- Sentencia C-509. (16 de julio de 2014). Corte Constitucional. Sala plena. *M.P.: Mauricio González Cuervo*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expedientes D- 10016. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-509-14.htm>.
- Sentencia C-780. (26 de septiembre de 2007). Corte Constitucional. Sala plena. *M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-6739. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-780-07.htm>.
- Sentencia C-960. (14 de noviembre de 2007). Corte Constitucional. Sala plena. *M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-6835. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/c-960-07.htm>.

- TORRES TARAZONA, L. (2012). *Derecho laboral y seguridad social en el Estado contemporáneo* (1ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Editorial Universidad Libre.
- TRUJILLO FLORES, M. (2008). *¿Por qué a mí? Mobbing en México en el marco de la hipercompetitividad y la globalización*. México: México colecciones encrucijadas Críticas y Asesorías y servicios editoriales Amaquemecan.
- VEGA, V. (Ed.). (2011). *Violencia, maltrato, acoso laboral, el mobbing como concepto* (1ª ed.). Argentina: Lugar editorial S.A.

Libre desarrollo de la personalidad: ¿batalla perdida o lucha incansable?*

Free personality development:
lost battle or tireless fight?

Recibido: Junio 11 de 2015 - Evaluado: Agosto 19 de 2015 - Aceptado: Octubre 3 de 2015

Astrid Johana Calderón Ibarra**

Para citar este artículo / To cite this article

Calderón Ibarra, A. J. (2016). Libre desarrollo de la personalidad: ¿batalla perdida o lucha incansable? *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), (123-146).

Resumen

En este artículo se analiza la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en torno a la doctrina creada respecto a la protección y alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad, esto cuando las instituciones educativas imponen a los estudiantes como requisito, para ingresar al aula de clase, el corte de cabello.

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación; artículo de reflexión. Producto resultado de investigación independiente del autor en el contexto del trabajo de grado para optar al título de Especialista en Derecho Constitucional.

** Abogada de la Universidad Libre Seccional Bogotá, especialista en Derecho Constitucional y candidata a Magister en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la mencionada Casa de Estudios. Asesora Jurídica en el Consejo Nacional Electoral y Docente de la Universidad Libre, Seccional Bogotá.

Correo electrónico: ajcalderon@registraduria.gov.co y astrid-calderon@hotmail.com.

La hipótesis consiste en que dicho accionar de los planteles de educación, constituye una clara violación al mencionado derecho fundamental. Primero, se construye una línea jurisprudencial que involucra como situación fáctica la posición de los estudiantes de sexo masculino, que en razón de sus cortes de cabello, son conminados por sus respectivos colegios a portarlos como lo establece el manual de convivencia; posteriormente se examinan las diferentes posiciones adoptadas por la Corte constitucional en su ejercicio de otorgar alcance a los derechos consagrados en la Constitución Política, en especial al que se estudia: Libre desarrollo de la personalidad. Finalmente, se determina el balance constitucional fijado por la Corte para el escenario constitucional objeto de investigación.

Palabras clave: Libre desarrollo de la personalidad, escenario constitucional, balance constitucional, línea jurisprudencial, manual de convivencia, juicio de proporcionalidad.

Abstract

This article analyzes the jurisprudence of the Constitutional Court, around the doctrine created regarding the protection and scope of the right to free development of the personality, this when the educational institutions impose the students to get a haircut as a requirement to enter the classroom. The hypothesis is that this action of educational institutions, constitutes a clear violation of the aforementioned fundamental right. First, a jurisprudential line is constructed that involves as a factual situation the position of male students, who, because of their haircuts, are ordered by their respective schools to carry them as established in the coexistence manual; The different positions adopted by the Constitutional Court in its exercise of granting scope to the rights enshrined in the Political Constitution, especially; Free development of personality. Finally, the constitutional balance established by the Court for the constitutional scenario under investigation is determined.

Key words: Free personal development, constitutional scenario, constitutional balance, case-law line, rules inside institutions of education, judgment of proportionality.

Resumo:

O presente artigo analisa a jurisprudência da Corte Constitucional, frente ao conceito criado de proteção ao livre desenvolvimento da personalidade, quando as instituições de ensino impõem aos seus alunos, como requisito de ingresso, um

estilo predeterminado de corte de cabello. A hipótese consiste em que tal exigência constituiu uma clara violação ao direito fundamental da livre personalidade. Num primeiro momento, faremos a construção jurisprudencial que inclui a situação fática dos cortes de cabelo aos alunos de sexo masculino, os quais em razão aos seus cortes de cabelo, são obrigados a mudá-los segundo as normas dos Manuais Internos de Convivência, num segundo tempo, faremos a exposição das diferentes posições tomadas pela Corte Constitucional no exercício da sua função outorgada pela Constituição Política. Por fim, fara-se um balance constitucional segundo as sentenças da corte frente ao tema da pesquisa.

Palavras chave: livre personalidad, escenario constitucional, balance constitucional, jurisprudência, manual de convivência.

Résumé:

Cet article analyse la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle de la Colombie par rapport à la doctrine créée face à la protection et portée du droit au libre développement de la personnalité. Plus précisément, au cas échéant où les écoles exigent aux étudiants une coupe de cheveux en spécifique. L'hypothèse exposée consiste à établir l'exigence des écoles face aux coupes de cheveux reste une violation au droit fondamentale des étudiants. Dans un premier temps l'on exposera la ligne jurisprudentielle ayant comme problème de droit la position des étudiants masculins en raison de leur coupe de cheveux puisque telles coupes sont contraires aux manuels internes de comportements des écoles puis dans un deuxième temps, l'on examinera les différentes positions adaptées par la Cour Constitutionnelle Colombienne, pour fin, dans un troisième temps, l'on déterminera la balance constitutionnelle fixée par la Cour Constitutionnelle de la Colombie face au libre développement de la personnalité.

Mots-clés: libre développement de la personnalité, scénario constitutionnelle, balance constitutionnel, jurisprudence, manuel de comportement.

SUMARIO: Introducción. - 1. La batalla comienza: construcción de la línea jurisprudencial. - 1.1. Ubicación de la Sentencia Arquimédica. - 1.2. Construcción de ingeniería reversa. 1.3. La sentencia fundadora. - 1.4. La sentencia modificadora. - 1.5. La sentencia consolidadora. - 1.6. La sentencia reconceptualizadora. - 1.7. La sentencia dominante. - 1.8. Gráfico de la línea jurisprudencial. - Conclusiones. - Referencias.

Introducción

Hacer alusión al derecho consagrado en el artículo 16 de la Constitución Política: El libre desarrollo de la personalidad, resulta complejo, en ocasiones

tedioso, por la distorsión que se ha hecho de su contenido y alcance, y casi siempre muy polémico. La razón de esta última afirmación tiene lugar al poner de manifiesto que en más de una oportunidad, como se demostrará con las sentencias a las que se hará referencia, las personas aducen violación al libre desarrollo de la personalidad ante la recriminación o medida adoptada, ya sea por un particular o por una autoridad pública, frente a un determinado comportamiento o decisión tomada por ellas.

En consecuencia, y con el ánimo de analizar el verdadero sentido que la Corte Constitucional Colombiana¹ le ha conferido a tan reconocido principio, en un escenario constitucional² bien definido, se formulará la siguiente pregunta: ¿existe violación al derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuando las instituciones educativas exigen a sus estudiantes de sexo masculino cortarse el cabello, como requisito para permitir su ingreso a las aulas de clase? *Prima Facie* se podría responder a la pregunta problema de forma afirmativa, es decir, que en efecto se produce una violación al derecho consagrado en el artículo 16 superior, cuando las autoridades de los centros de educación instan a sus estudiantes a cortarse el cabello en cumplimiento de las disposiciones de los reglamentos estudiantiles, so pena de suspensión o expulsión del educando.

Con tal accionar se pretende homogenizar la apariencia física de éstos, desconociendo la autonomía de los mismo, así como omitiendo de forma caprichosa por el respeto a estereotipos caducos principios estructurales del orden jurídico colombiano como el pluralismo, la dignidad humana, la tolerancia y el respeto a las diferentes opciones de vida.

Enunciado el asunto objeto del presente artículo, es menester señalar que el objetivo general del mismo consistirá en determinar si las instituciones educativas desconocen el derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuando imponen determinada presentación personal a los educandos, como requisitos para el ingreso y permanencia dentro de la institución. Para esto, se desarrollarán los siguientes objetivos específicos; en el primero de ellos se analizará cuál es el contenido y el alcance del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y en

¹ La Corte Constitucional de Colombia fue creada por la Constitución Política de Colombia de 1991, que a su vez fue promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 7 de julio del año de 1991, en la Gaceta Constitucional (HENAÓ HIDRÓN, 2004)

² El profesor López Medina denomina “escenarios constitucionales” a aquellas situaciones fácticas en la que juegan en sentido contrario diferentes intereses y en consecuencia, la Corte a través de subreglas de derecho se permite otorgar significado y alcance a los derechos litigados, concretizándolos en cada situación particular. (LÓPEZ MEDINA, 2006)

el segundo se establecerá en qué consiste y cuáles son los límites de la potestad reguladora de los colegios que, a través de manuales de convivencia, prescriben reglas de conducta e imagen a los estudiantes.

La modalidad del artículo será reporte de caso, puesto que se pretenderá realizar un acucioso estudio de las diferentes posturas jurídicas adoptadas por la Corte Constitucional, cada vez que le son presentadas situaciones similares a la planteada en el problema de investigación. Dicho esto, se realizará una línea jurisprudencial que identifique los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional, en aquellos eventos en donde entran en tensión el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los estudiantes, con la potestad conferida a las instituciones educativas de establecer su propio reglamento interno. Así pues, se presentará un análisis concreto de la doctrina constitucional construida en virtud de la tensión señalada.

Se pone de presente que la metodología que se utilizará, para dilucidar y hallar respuesta a la pregunta planteada, consiste en seguir las directrices trazadas por Diego Eduardo López Medina en su libro: *El Derecho de los Jueces*. Esto, para la construcción de una línea jurisprudencial, por lo que se procederá a dar cumplimiento a los pasos por él propuestos que son: a. elaboración del problema jurídico, b. ubicación del punto arquimédico, c. construcción de ingeniería reversa (LÓPEZ MEDINA, 2006).

La anterior decisión se fundamenta en la importancia, pertinencia y claridad del aporte teórico del profesor López Medina, que presenta en el libro referido, de forma sencilla pero muy rigurosa, la manera de construir líneas jurisprudenciales respecto a los grandes problemas jurídicos que le son presentados a la Corte Constitucional. Lo anterior, en aras de lograr una amplia comprensión del accionar de la Corporación en su tarea de salvaguardar y dotar de contenido y alcance los derechos consagrados en la Constitución Política.

Ahora bien, para dar inicio a esta investigación es menester formular el problema jurídico, que en palabras del profesor López Medina, ha de contener un elemento normativo acompañado de un elemento fáctico. Posteriormente se procederá a realizar la búsqueda de los pronunciamientos más importantes de la Corte Constitucional, teniendo presente la necesidad de que éstos guarden analogía fáctica con la pregunta formulada³.

³ Ibidem.

Las sentencias hito han sido clasificadas por el doctrinante colombiano en cinco grupos a saber: (a) la sentencia fundadora de línea, caracterizada como aquel pronunciamiento proferido por la Corte Constitucional en su primera etapa de funcionamiento, razón por la cual ante la falta de doctrina jurisprudencial se opta por acudir a experiencia comparada, así como a importantes síntesis de carácter histórico que enriquezcan el debate constitucional, propiciando la implementación de nuevas formas de concebir la sociedad y hacer frente a sus demandas reales; (b) sentencia consolidadora de línea, donde la Corte en virtud de la experiencia adquirida, redefine con mayor claridad y precisión una subregla de derecho otorgándole mayor solidez a un determinado balance constitucional; (c) sentencia modificadora de línea, este tipo de pronunciamientos introducen cambios sustanciales en el precedente, transformado ostensiblemente el balance constitucional vigente para la época; (d) sentencia reconceptualizadora, en ella la Corte – pese a que después de realizar una revisión integral de la línea, confirma el balance constitucional de la misma – se permite fijar una interpretación que a su criterio se acerca mejor al sentido que se le debe dar a un principio constitucional; (e) finalmente la sentencia dominante, es aquella que consagra el balance constitucional vigente, es decir, las subreglas de derecho actual que han de ser observadas por los servidores encargados de aplicar el derecho en un escenario constitucional concreto. (López Medina, 2006, pp. 164-165).

Dicho esto, el procedimiento a seguir consistirá en ubicar el “punto arquimédico”, es decir el pronunciamiento constitucional, que servirá de apoyo para encontrar las sentencias importantes dentro de la línea que se construirá. Para ello, el punto arquimédico deberá satisfacer dos requisitos: en primer lugar, ha de seleccionarse el fallo más reciente hecho por la Corte, y en segundo lugar, la situación fáctica de éste deberá ser análoga con el planteado en el problema de investigación⁴.

Una vez se haya situado la sentencia arquimédica, se procederá a dar el paso de “ingeniería reversa” por lo que se buscarán las sentencias hito dentro de la línea, a partir de las jurisprudencias citadas en la sentencia punto de apoyo, de tal manera que se empezará a construir una lista con todas aquellas que guarden relación fáctica con la pregunta objeto de discusión⁵.

Posteriormente, y con base en los fallos seleccionados como parte de la línea que se estructurará, se iniciará el proceso de lectura, análisis e interpretación

⁴ Ibídem, p. 168.

⁵ Ibídem, pp. 170-171.

de los mismos, con la finalidad de encontrar los puntos nodales⁶ –o subreglas de derecho– que permitirán conocer el balance constitucional⁷ vigente. Es decir, la doctrina actual de origen jurisprudencial entorno al derecho que se estudiará- libre desarrollo de la personalidad - facilitará la comprensión del significado que la Corte Constitucional le ha conferido al mencionado derecho en el contexto fáctico referido, obteniendo en consecuencia la respuesta a la pregunta de investigación.

1. La batalla comienza: construcción de la línea jurisprudencial.

1.1. Ubicación de la Sentencia Arquimédica.

Para la construcción de una línea jurisprudencial, y siguiendo lo expuesto, es necesario encontrar un punto de apoyo que permita extraer las sentencias hito dentro de la línea que se pretende elaborar, de tal manera que -en cumplimiento de la exigencia- se pone de presente que se fijó como sentencia arquimédica la providencia T-789 del 12 de noviembre de 2013, con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez.

La anterior decisión se fundamenta en que el fallo indicado satisface a cabalidad los requisitos que se deben observar, ello con motivo de la ubicación del punto de apoyo, por cuanto después de haber realizado el rastreo en la relatoría de la página de la Corte, se constató que es la sentencia más reciente que aborda el escenario constitucional planteado en el problema jurídico de la línea. Por tanto, se respeta la exigencia de guardar analogía fáctica con el caso objeto de estudio, que comprende la tensión constitucional entre dos principios, estos son: el libre desarrollo de la personalidad versus el principio de participación, materializado en la potestad reguladora que el Estado le ha concedido a los colegios para que puedan darse su propio reglamento interno. (Sentencia T-789, 2013).

⁶ Los puntos nodales han de ser entendidos como aquellas subreglas creadas por la Corte, en virtud de la necesidad de materializar un principio constitucional, que se encuentra en abstracto y debe ser aplicado dentro de un caso objeto de litigio. De esta forma, indica el Diego López que por lo general los puntos nodales son citados en las sentencias hito de una determinada línea jurisprudencial.

⁷ Con el término balance constitucional se hace referencia a aquella doctrina creada por la Corte Constitucional en sus pronunciamientos y con la que se busca definir el contenido y alcance de un derecho fundamental. (López Medina, 2006)

A continuación se procede a referenciar brevemente la sentencia arquimédica, en ella se narra la situación de un estudiante de séptimo grado –de un colegio de la ciudad de Córdoba– quien se niega rotundamente a cortar su cabello pese a la insistencia del rector y del coordinador de disciplina de la institución. El joven argumentaba que llevar el cabello como lo exigían los directivos del colegio, resultaba violatorio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que en ejercicio de este él podía exteriorizar su forma de ser, en consecuencia no atendería los llamados de atención que le habían formulado en forma reiterada⁸.

En sus consideraciones la Corte Constitucional realiza un análisis del derecho al libre desarrollo de la personalidad, indica que éste demanda del Estado y de los particulares un compromiso especial encaminado a respetar el modelo de vida que cada ser humano de manera autónoma ha adoptado. La Corte enfatizó que las personas en virtud de la cláusula general de acción, contenida en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, están autorizadas por la Constitución para exteriorizar sus opciones vitales que han de ser respetadas por la sociedad y el ente estatal.

No obstante, se recordó que los derechos no son absolutos, admitiendo restricciones siempre que éstas sean razonables y proporcionadas a la luz del texto constitucional, así como también –para el escenario constitucional concreto– éstas limitaciones deben estar orientadas a salvaguardar los derechos de terceros y el orden jurídico en asuntos conexos directamente con el proceso de formación del educando.

Así las cosas, la Corte concedió la acción de tutela al considerar que, con la decisión del estudiante de llevar el pelo a su gusto, no se ponía en riesgo los derechos de otras personas ni tampoco atentaba el ordenamiento jurídico, razón por la cual la exigencia de la institución resultaba desproporcionada. Por lo anterior, se hacía necesario convocar a los integrantes del plantel educativo, con el propósito de reformar el reglamento estudiantil. (Sentencia T-789, 2013).

Sintetizada fáctica y jurídicamente la sentencia arquimédica, se procede a graficar lo que López Medina denomina “ingeniería reversa”, en otras palabras, la construcción del nicho citacional que facilita la ubicación de las sentencias hito dentro de la línea.

⁸ Ibídem.

Después de haber realizado la “ingeniería reversa”, se considera que las sentencias importantes dentro de la línea que se estudia son las siguientes: la sentencia T-065 de 1993, la T-366 de 1997, las sentencias de unificación 641 y 642 de 1998 y finalmente la T-565 de 2013. Los fallos seleccionados son en razón a su frecuente reiteración por parte de la Corte Constitucional, así como también por la importante fijación de subreglas de derecho que se hace en estos pronunciamientos. Lo anterior, con el objeto de establecer el alcance de los principios que entran en colisión en el caso concreto, estructurando la línea jurisprudencial y de esa manera permitiendo conocer el balance constitucional actual fijado por la Corte.

1.3. La sentencia fundadora

Efectuada la anterior explicación, se procede a analizar la primera sentencia de la línea correspondiente a la T-065 de 1993, con ponencia de Ciro Angarita Barón. En los hechos se narra la situación de dos estudiantes, que para el momento de presentar la solicitud de amparo cursaban grado once, en el Colegio Cooperativo Salesiano de la ciudad de Neiva. Los jóvenes decidieron impetrar la acción constitucional al considerar vulnerado su derecho al libre desarrollo de la personalidad, ello como resultado de la insistencia del rector y del coordinador de disciplina de la institución, quienes les manifestaban que si no se cortaban sus cabellos, como lo exigía el reglamento estudiantil, serían suspendidos de las clases y se les iniciaría un proceso de cancelación de la matrícula.

El Juzgado Promiscuo de Familia de la ciudad de Neiva conoció en primera instancia la solicitud, concediendo el amparo. El argumento del juzgado fue que los manuales de convivencia de los planteles educativos no podían desconocer las normas consagradas en la Constitución, en consecuencia no era aceptable apelar a la disciplina al interior del plantel cuando se desconocían derechos fundamentales. En respuesta, el colegio impugnó la decisión argumentando que el accionar de sus directivos tenía como propósito formar hombres aceptados por la comunidad y respetuosos de las costumbres de la misma, ello en aras de ser partícipes de las oportunidades ofrecidas por ella. (Sentencia T-065, 1993)

En primera instancia el Tribunal Superior de Neiva revocó el fallo al considerar que –siendo el orden jurídico un limitante al derecho al libre desarrollo de la personalidad– los manuales de convivencia como reglamentos con plena validez al interior de los colegios, tenían la facultad de restringir el derecho

consagrado en el artículo 16 superior. Con este panorama el expediente llegó a la Corte Constitucional donde fue seleccionado para su revisión¹⁰.

La Corte inició el examen del caso puesto bajo su estudio, haciendo un recuento de la evolución histórica y normativa del derecho a la educación, en consecuencia se indicó que durante la vigencia de la Constitución de 1886, el alcance que se le otorgó al mencionado derecho fue el de ser una reacción a la corriente liberal radical; por ende, se le concedió un papel privilegiado a la iglesia católica en la misión de formar nuevos ciudadanos, por lo que la educación en el territorio nacional se tornó de carácter confesional¹¹.

Más tarde, con la reforma constitucional de 1936 se introdujeron cambios de importancia mayúscula en el sistema educativo con el propósito de modernizarlo, e ir diezmando su visión confesional. Pero fue hasta la Constitución de 1991 donde se produjo un cambio estructural en el modelo de educación, en consecuencia en el proceso de enseñanza la nueva constitución consagró importantes valores, transformando definitivamente el papel del docente y del estudiante al interior de la sociedad. La actitud pasiva, resignada y poco propositiva del educando, es reemplazada por una actitud participativa consecuente con los principios que caracterizan el modelo de Estado Social de Derecho, el cual es profesado por el artículo primero de la Carta Constitucional.

Respecto del alcance de los reglamentos educativos, la Corte se permitió manifestar que dichos ordenamientos deben ajustarse a las nuevas demandas de la sociedad¹², por lo tanto, no pueden seguir fungiendo como meras herramientas de imposición arbitraria, sino que por el contrario deben consultar principios fundantes del Estado colombiano como la democracia, la participación, el pluralismo, la tolerancia y el respeto a las diferentes opciones de vida. Por consiguiente, la Corte asevera que la apariencia física no puede tratarse como un fin en sí mismo; a causa de esto, en el momento actual no es posible excluir de forma caprichosa, de las bondades de la educación a todos aquellos que, en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad, deciden mostrarse

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Corte Constitucional. Sentencia de tutela número 065. (MP. Ciro Angarita Barón; 17 de junio de 1993) “Las instituciones educativas no podrán consagrar en sus reglamentos normas o principios que contraríen la Constitución, ni tratamientos que afecten el libre desarrollo de la personalidad o la dignidad humana del educando, toda vez que son nacionales de un país donde la diversidad y el pluralismo étnico, social y cultural son principios de práctica general”.

ante los demás de manera distinta. Por ello se estableció que el corte de cabello no es una condición para la admisión y permanencia del educando dentro del plantel académico. (Sentencia T-065, 1993).

De igual forma, la Sala de Revisión en cabeza de Angarita Barón, revocó el fallo de segunda instancia, concedió el amparo constitucional, e instó a las autoridades del colegio a no volver a incurrir en acciones similares, así como también señaló que la doctrina sentada en el fallo adquiriría carácter obligatorio en todos aquellos casos similares¹³.

Por lo anterior, se evidencia que la primera decisión que se analiza, responde a la pregunta problema de forma afirmativa, esto es, que existe una violación al libre desarrollo de la personalidad por cuanto los estudiantes en ejercicio del derecho a la propia imagen, pueden exteriorizar sus decisiones sin que por ello sean objeto de sanciones contempladas en los manuales de convivencia; dado a que éstos en todos los casos deben ajustarse a la Constitución.

La Corte sorprende por la especial connotación que le otorga al rol que deben desempeñar los colegios como agentes de cambio, responsables ante la sociedad de la formación de colombianos que pongan en práctica los valores consagrados en la norma superior. Por ello, enfatiza que no es posible que una institución –a través de la represión y la imposición arbitraria– consiga la formación de seres humanos solidarios, tolerantes, pluralistas y respetuosos de la diversidad. Así mismo, se permite realizar pedagogía constitucional al manifestar que todo reglamento debe ser respetuoso de las normas de la Constitución.

Referida la sentencia, se debe manifestar que se ha clasificado como la FUNDADORA DE LÍNEA, entendido que ha sido proferida el 17 de junio de 1993, etapa inicial de funcionamiento de la Corte Constitucional. De igual manera, en razón al vacío jurisprudencial en torno al tema, se realiza un amplio recuento histórico referente a la evolución del derecho a la educación, en donde se establece que el educando en virtud de la Constitución de 1991 adquiere un papel protagónico, que ha de ser respaldado por la institución educativa. Finalmente, otra de las características que López le atribuye a esta clase de sentencias, es el tener salvamentos de voto de magistrados disidentes, que se apartan de la interpretación transformadora que hace de la sociedad el Tribunal Constitucional, así pues en esta sentencia fundadora José Gregorio Hernández discrepa de la decisión adoptada por la Sala de Revisión, argumentando que cuando el estudiante firma

¹³ *Ibídem.*

la matrícula académica voluntariamente se compromete a obedecer el manual de convivencia. (Sentencia T-065, 1993)

Por último, es menester precisar que la Corte en esta sentencia fundadora, ubica el balance constitucional hacia un extremo de la línea, esto es, la prevalencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad sobre el derecho a la participación de los planteles educativos, materializado en la prerrogativa de darse su propio ordenamiento interno.

1.4. La sentencia modificadora

Dando continuidad al desarrollo de la línea, se procede a profundizar en la sentencia T- 366 de 1997, con ponencia de José Gregorio Hernández. En los hechos se narra la situación de un estudiante de la ciudad de Palmira que es frecuentemente conminado por las directivas del colegio a cortar su cabello, ante la negativa del actor el coordinador de la institución lo ha ofendido manifestándole verbalmente que con su cabello largo solo conseguirá hombres, e instándolo bajo amenazas de expulsión a llevar el cabello como “la gente de bien”. Por lo anterior, el padre del menor interpone acción de tutela en busca de la protección a los derechos fundamentales a la educación y al libre desarrollo de la personalidad de su hijo, por la conducta de los directivos del plantel.

El juez de primera instancia negó el amparo solicitado, dado que consideró que el colegio accionado actuaba legítimamente al exigir del estudiante respeto hacia el manual de convivencia, el cual él había aceptado en el momento de firmar la matrícula. Por su parte, la Corte al seleccionar el proceso para su respectiva revisión confirmó la decisión del *a quo*, al manifestar que en toda sociedad –con el ánimo de lograr una convivencia armónica– era necesario exigir de cada integrante obediencia por las normas previamente establecidas. (Sentencia T-366, 1997)

Así mismo, señaló que los planteles educativos en aras de la formación integral de los educandos, estaban en la obligación de solicitarles determinadas conductas que contribuirán a inculcarles el respeto por la disciplina, la autoridad y la observancia de reglas mínimas de convivencia. De no hacerlo, a criterio de la Corte, se estaba patrocinando una mala interpretación del derecho al libre desarrollo de la personalidad que conllevaría a una desfiguración del mismo y en consecuencia se avalaría la irresponsabilidad de dejar la formación de los colombianos al azar. En ese sentido, la Corte estableció con vehemencia que los colegios no vulneraban los derechos fundamentales cuando requerían el cumplimiento de las disposiciones disciplinarias, consagradas en los manuales de convivencia, por cuanto estos habían sido aceptados voluntariamente por

estudiantes y padres de familia; en consecuencia estos no tienen otra alternativa que cumplir con los deberes impuestos en el reglamento¹⁴.

Con la presente interpretación de los principios en tensión, se evidencia una clara predominancia de la potestad reguladora de los colegios sobre el derecho a libre desarrollo de la personalidad. Por tanto, se ha clasificado esta sentencia como la *MODIFICADORA DE LÍNEA*, debido a que transforma sustancialmente la interpretación que se había realizado del principio al libre desarrollo de la personalidad, en la sentencia T-065 de 1993, donde se establece que aquella prerrogativa de la persona para determinar con libertad su estilo de vida, no debe tener la intervención de terceros. En el fallo mencionado, la Corte faculta a los colegios a que, por intermedio de los manuales de convivencia, exijan a los estudiantes llevar determinada presentación personal con la intención de educarlos en la disciplina y el respeto a las normas.

En conclusión, el balance constitucional hasta el momento se traslada al extremo opuesto de la línea, esto es que, respondiendo a la pregunta de investigación, no existe violación al libre desarrollo de la personalidad cuando los colegios solicitan a sus estudiantes cortarse el cabello para permitir su ingreso al aula de clase.

1.5. La sentencia consolidadora

Entre tanto, dándole continuidad al desarrollo de la línea, se hace referencia a la sentencia SU-641 de 1998, con ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz. En el presente caso, un estudiante de grado once de Ciudad Bolívar, Antioquía, interpuso acción de tutela al considerar vulnerados sus derechos a la educación y al libre desarrollo de la personalidad, por motivo de los permanentes constreñimientos por parte del rector y la coordinadora de disciplina del colegio, que estaban encaminados a lograr que el joven se cortara el cabello conforme lo establecía el manual de convivencia de la institución.

El juez de primera instancia concedió el amparo, fundamentando su decisión en múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional en donde se le había otorgado prevalencia al derecho al libre desarrollo de la personalidad, sobre la potestad reguladora de los colegios. El Juez instó a éstos a realizar ajustes en las disposiciones de los reglamentos en aras de hacerlos compatibles con la Constitución.

¹⁴ *Ibidem*.

No obstante, ante la impugnación del plantel accionado, el juez de segunda instancia revocó la decisión del *a quo*, aduciendo también el respeto al precedente sentado por la Corporación Constitucional, por lo que refirió un número considerable de sentencias en donde se establecía que las instituciones educativas –en virtud de la función social que desempeñan, esto es la formación integral del colombiano– estaban facultadas para imponer parámetros de disciplina al interior de los colegios, los cuales debían ser acatados sin ningún reparo por los estudiantes, de no hacerlo se tergiversaba el significado del derecho al libre desarrollo de la personalidad, desconociendo el deber constitucional del Estado y los particulares de educar a los adolescente en el respeto a la autoridad, y el sometimiento a normas de convivencia indispensables para el óptimo funcionamiento de la sociedad. (Sentencia U-641, 1998)

Ante la falta de unificación de jurisprudencia, que permitiera a los jueces aplicar sin equívoco las subreglas de derecho fijadas por la Corte –para el escenario constitucional que se estudia–, en pleno el Tribunal Constitucional profirió la sentencia SU-641 de 1998.

Esta sentencia se ha clasificado como la CONSOLIDADORA DE LÍNEA, puesto que en ella se puede evidenciar el propósito de la Corte de establecer con mayor claridad y precisión las subreglas ya formuladas en la sentencia fundadora, lo anterior entorno a los dos principios en litigio que se analizan. Así pues, el presente pronunciamiento pone de manifiesto la prohibición a particulares y a autoridades públicas de exigir a las personas determinados parámetros de belleza, se recuerda que cada individuo tiene el derecho de proyectarse ante los demás conforme a su propio sistema de valores, estructuradores su modelo de vida. Por ello la Corte es enfática al reiterar que los seres humanos, en ejercicio del derecho a la propia imagen, están facultados por la Constitución para decidir de forma autónoma cómo se van a presentar a la sociedad.

De igual manera, la Corte asevera que en un Estado donde el ingreso a la educación es considerado un privilegio, imponer condiciones de ingreso y permanencia en razón a la apariencia física de los educandos, se torna en una decisión inconstitucional que no puede seguirse adoptando. Por tanto, los educadores deben ser respetuosos de los alumnos entendiendo que éstos –con la Constitución de 1991– están llamados a ser activos, a participar en la toma de decisiones que los afecten, y a ser autogestores de sus procesos de formación. En consecuencia, las instituciones educativas deben entender que a través de la educación se busca enseñar el respeto por los diferentes modelos de vida, así que el corte del cabello, el maquillaje y los diferentes adornos corporales son instrumentos a través de los cuales se exterioriza la personalidad de los educandos.

Con todo lo anterior, la Corte expresa con claridad que cuando los colegios imponen a los estudiantes –por medio de los manuales de convivencia– determinados patrones de apariencia física, sin duda alguna desconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Por consiguiente, el principio de participación materializado en la facultad de cada institución de darse su propio reglamento interno, tiene como límites la Constitución y la ley; por ende, la comunidad educativa en el proceso de elaboración de éste, debe ser respetuosa de la norma suprema. Así mismo, se debe indicar que la Corte caracterizó a los manuales de convivencia como contratos de adhesión que pueden ser modificados e inaplicados por orden judicial cuando el juez los encuentre contrarios a la Constitución. (Sentencia U-641, 1998)

Finalmente, es fundamental señalar que la presente sentencia de unificación fue objeto de salvamento de voto, por los magistrados José Gregorio Hernández ponente de la sentencia modificadora de línea y por el magistrado Hernando Herrera Vergara; ambos consideraron que el Tribunal Constitucional desfiguraba el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, dándole una connotación no deseada por el constituyente, y consecuentemente afectando de forma grave el proceso de formación de niños y jóvenes.

Adicionalmente, se afirma que esta jurisprudencia traslada el balance constitucional de la línea al otro extremo, es decir, que para 1998 la Corte determinó que los colegios incurrieran en violación al derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuando exigían a sus estudiantes hombres cortar su cabello como requisito para ingresar a clase¹⁵.

1.6. La sentencia reconceptualizadora

En el mismo sentido se pronuncia la Corte a través de la sentencia SU-642 de 1998, con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz. Esta jurisprudencia se considera como la *RECONCEPTUALIZADORA DE LÍNEA*, toda vez que pese a que confirma las subreglas de derecho establecidas en la anterior sentencia de unificación, se permite adicionar una interpretación más compleja de los principios en tensión, de manera que estructura con mayor rigurosidad el sentido de la línea jurisprudencial. Así pues, en este pronunciamiento la Corte introduce elementos jurídicos que le otorgan mayor peso a la teoría que ha creado, en torno a la ponderación del principio al libre desarrollo de la personalidad, y a la potestad reguladora de los colegios.

¹⁵ *Ibidem*.

Realizada esta precisión, se pone de presente que los hechos objeto de litigio tienen lugar en el Jardín Infantil de la Penitenciaría de la Picota, establecimiento en el que una menor de cuatro años de edad se negó a obedecer la orden de la directora de la institución, que consistía cortar su cabello como requisito para ingresar a las clases. El padre de la niña, recluso en la penitenciaría, interpuso acción de tutela aduciendo violación al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

El juez de primera instancia concedió el amparo argumentando que los reglamentos estudiantiles no podían contener en sus disposiciones normas contrarias a la Carta Política; entre tanto, el juez de segunda instancia, ante la impugnación del jardín infantil que defendía la orden consagrada en el manual de convivencia –de que niños y niñas debían portar el cabello corto, en aras de evitar el contagio de la pediculosis capilar–, revocó la tutela aduciendo que cuando los responsables del menor suscribían la matrícula académica aceptaban el reglamento estudiantil, siendo legítimo el requerimiento formulado por la directora.

Seleccionado el expediente para su revisión, la Corte Constitucional se permite decantar una serie de subreglas de derecho de gran importancia para el caso. En primer lugar, se preocupa por establecer en qué consiste el derecho al libre desarrollo de la personalidad, manifestando que es la facultad que posee todo ser humano sin distinción alguna en razón a la edad, para decidir de manera autónoma el proyecto de vida que ha de orientar su camino, por ello el ámbito de protección al mismo se amplía cuanto más desarrolladas se encuentren las facultades intelecto-volitivas de las personas, que se presumen maduras cuando se llega a la mayoría de edad. (Sentencia U-642, 1998)

La Corte es clara al afirmar que el libre desarrollo de la personalidad ha de ser entendido como un “derecho de carácter relacional”, significando lo anterior que la protección va encaminada a salvaguardar las decisiones que los seres humanos de manera consciente e independiente adopten respecto a algo. En consecuencia, es trascendental conocer el contenido de la decisión con el objeto de analizar el grado de protección que se le dará al derecho de acuerdo al caso. Por ende, si la decisión de una persona solo le concierne y la afecta a ella –porque no interfiere en el ejercicio de los derechos de terceros ni tampoco transgrede el orden jurídico– se encuentra en el plano del núcleo esencial del derecho que se estudia, razón por la cual no es admisible ninguna clase de intervención. El libre desarrollo de la personalidad se protege celosamente y toda restricción es considerada contraria a la Carta, en cambio si la decisión que adopta la persona afecta los derechos de terceros o pone en riesgo valores del ordenamiento jurídico, sí es posible la intervención del Estado a través de restricciones que podrán

aplicarse siempre que se encuentren razonables y proporcionadas a la luz de la Constitución¹⁶.

Así pues, la Corte introduce el juicio de proporcionalidad como herramienta para determinar si la limitación impuesta por una autoridad pública o privada a un individuo, en el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es constitucional debiéndose evacuar cada etapa del juicio, esto es: el análisis de la idoneidad y la necesidad de la medida, así como la proporcionalidad en sentido estricto. Si la medida restrictiva supera satisfactoriamente estos tres estadios, es posible continuar con su aplicación, de lo contrario deviene en inconstitucional ordenándose su retiro¹⁷.

En el caso concreto se estudia la idoneidad de la decisión del colegio de ordenar a niños y niñas llevar el cabello corto, con el propósito de evitar el contagio de piojos y liendres, de tal manera que la Corte predica la idoneidad de la medida al manifestar que persigue un fin válido a la luz de la Constitución consistente en guardar la salud de los estudiantes del jardín infantil. Posteriormente, procede a determinar la necesidad de la medida solicitando concepto a la Academia Nacional de Medicina, con el propósito de ilustrarse respecto a los medios eficaces para la prevención de la pediculosis capilar. Según aquella, cortarse el cabello solo es eficaz para cumplir el fin predicado por la directora del colegio, si se hace al ras, es decir, manteniendo la cabeza completamente rapada, de lo contrario resulta inútil; por lo anterior, en virtud del concepto de la Academia Nacional de Medicina, se logró constatar que la exigencia del Jardín infantil era desproporcionada y no se conseguía el efecto deseado con su aplicación.

Por otra parte, con ocasión de los manuales de convivencia, se reiteró que éstos debían ser respetuosos de la Constitución entendiendo que la Norma Suprema prohibía las “medidas perfeccionistas”, es decir, aquellas encaminadas a estandarizar la apariencia física, el comportamiento y las formas de vida de los seres humanos. Dicho lo anterior, la Corte sentenció que *prima facie* las decisiones de las instituciones educativas, orientadas a imponer límites en la apariencia física de los educandos resultan inconstitucionales, siempre que no se pueda probar que con ellas se pretende la salvaguarda de un principio que para el caso concreto tenga mayor peso.

Finalmente se debe señalar que la Corte en su decisión revocó el fallo de segunda instancia, concedió el amparo y ordenó a las directivas del Jardín Infantil modificar las normas del reglamento estudiantil.

¹⁶ Ibídem.

¹⁷ Ibídem.

1.7. La sentencia dominante

Entre tanto, de manera similar se pronunció la Corte en la sentencia T-565 de 2013, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva. En los hechos se narra la situación de un joven que se reconoció con identidad sexual diversa, por esta razón decidió llevar su cabello largo. No obstante, su determinación enfureció a las directivas de la institución educativa llamándole la atención, no solo al joven sino también a su progenitora, de manera irrespetuosa e instándolos con gritos a cortar el cabello del menor, por cuanto el manual de convivencia exigía a los hombres el porte de cabello tradicional; de no obedecer la disposición, les advirtieron que al estudiante se le prohibiría su ingreso al colegio.

La madre del adolescente, decidió interponer acción de tutela aduciendo violación a los derechos de dignidad humana, integridad física y libre desarrollo de la personalidad. Los jueces de instancia negaron el amparo argumentado de forma similar que, pese a que en frecuentes ocasiones entraban en colisión los derechos de los educandos con las normas de los reglamentos de las instituciones educativas, en realidad no se configuraba violación a los derechos fundamentales, en el entendido de que lo que se buscaba a través de la restricción era la formación de seres humanos integrales, respetuosos de la disciplina y de las normas básicas de convivencia; de tal manera que se era necesario entender que al interior de los colegios no debía permitirse el cabello largo. No obstante, el juez de segunda instancia se mostró más garantista al afirmar que aun cuando la prohibición era válida, no se podía solicitar al estudiante cortar el cabello, sino portarlo de forma discreta al interior de las aulas de clase. (Sentencia T- 565, 2013)

Por su parte, la Corte Constitucional conoció el proceso permitiéndose reiterar las subreglas ya fijadas en las sentencia anteriores sobre el tema, adicionando que el libre desarrollo de la personalidad estaba integrado por la cláusula general de libertad, debiéndose entender por ésta como la prerrogativa que la Constitución le concedió a los individuos para elegir de forma autónoma sobre sus opciones de vida, sin intervención de terceros¹⁸.

La Corte precisó con claridad que las decisiones de los estudiantes relacionadas con su apariencia física, hacen parte del núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad; en consecuencia, no se admite ninguna clase de prohibición o restricción a la manera en como un joven desea mostrarse físicamente ante los demás. Estas determinaciones –a juicio del Tribunal

¹⁸ Ibidem.

Constitucional– van más allá de la mera moda toda vez que son expresiones propias de la identidad y de la personalidad de cada ser humano, así que merecen el mayor respeto por parte de las autoridades públicas y los particulares.

Ahora bien, es necesario conocer que cuando las decisiones de los estudiantes en efecto vulneran los derechos de terceros o alteran el orden jurídico, es posible imponer restricciones que deben cumplir con las características de ser razonables y proporcionadas, debiendo superar satisfactoriamente el juicio de proporcionalidad. (Sentencia T- 565, 2013)

De igual manera, la Corte fue enfática al establecer que, si bien la potestad reguladora de los colegios está contenida en el principio constitucional de participación, no por esta razón las instituciones educativas –en un mal uso de la prerrogativa– pueden imponer legítimamente un modelo de apariencia personal que deban acatar sus estudiantes. El establecimiento de ciertos patrones de apariencia física, que son mostrados por los planteles como normales, en realidad constituyen graves violaciones a los principios fundantes del Estado colombiano como la dignidad humana, la tolerancia, el pluralismo y la democracia. Por ello, la Corte prohíbe rotundamente a los centros de educación, imponer a sus educandos a través de las normas de los manuales de convivencia, estándares excluyentes de presentación personal.¹⁹ (Corte Constitucional, sentencia T-565, 2013).

En la presente sentencia, la Corte Constitucional concedió el amparo solicitado y ordenó al rector de la institución, en el término de treinta días contados a partir de la notificación del fallo, iniciar junto con la comunidad educativa un proceso de modificación de las disposiciones del reglamento estudiantil, tendientes a compatibilizarlas con la Constitución. Igualmente, se debe indicar que la jurisprudencia analizada se ha caracterizado como la *SENTENCIA DOMINANTE*, en otras palabras, aquella que contiene el balance constitucional vigente que han de aplicar los jueces en fallos similares. Cabe señalar, que desde la sentencia reconceptualizadora de línea, todos los fallos posteriores a ella han respetado sin variación alguna las subreglas establecidas en la *ratio decidendi*, señalándose como dominante la T-565 de 2013 toda vez que condensa con gran claridad el precedente sentado, conservando el balance constitucional en la mitad de los dos extremos de la línea.

¹⁹ *Ibidem*.

1.8. Gráfico de la línea jurisprudencial

Para mayor claridad de lo previamente expresado, se procede a graficar la línea jurisprudencial

¿Existe violación al derecho al libre desarrollo de la personalidad, cuando las instituciones educativas exigen a sus estudiantes, de sexo masculino, cortarse el cabello como requisito para permitir su ingreso a las aulas de clase?

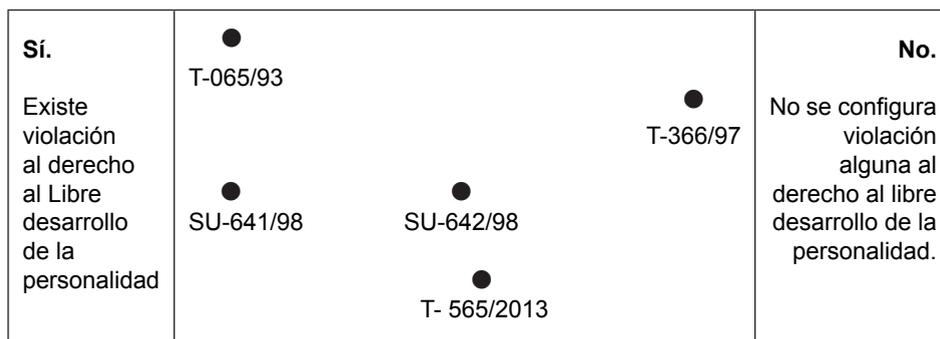


Figura 3.

Gráfico de la línea jurisprudencial. El autor

Conclusiones

Para concluir, después de haber hecho el análisis jurídico de las sentencias que se consideraron hito dentro de la línea - en razón a que la fundaron, la estructuraron y la consolidaron- es indispensable señalar que la hipótesis propuesta fue parcialmente confirmada. Esto, en el entendido de que según la doctrina jurisprudencial vigente, en torno al escenario constitucional planteado se ha considerado que las instituciones educativas no pueden exigir a los estudiantes de sexo masculino cortarse el cabello, como condición *sine qua non* para permitir su ingreso a las aulas de clase.

Lo anterior, debido a que *prima facie* tal requerimiento, es estimado por la Corte Constitucional como una intromisión arbitraria al núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad, configurándose una clara violación al mismo, salvo que se pueda comprobar –a través del juicio de proporcionalidad– que la restricción impuesta persigue la protección a un bien jurídico de mayor peso para el caso *sub examine*, debiendo necesariamente satisfacer los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad. De lo contrario, la Corte es contundente al

indicar que no es válida, siendo inconstitucional la limitación que desconozca los dos requisitos ya señalados.

Así las cosas, en la sentencia fundadora de línea, se pudo constatar cómo la Corte en un primer acercamiento a la situación fáctica estableció que los colegios no podían imponer limitación alguna a la apariencia física de los educandos, en razón al nuevo orden social estructurado por la Constitución de 1991; reconocida por ser celosamente protectora de la libertad, el pluralismo y las diferentes opciones de vida de los colombianos.

Por su parte, la Corte Constitucional, a través de la sentencia T-366 de 1997, modificó sustancialmente el precedente sentado en 1993 al considerar que las instituciones educativas estaban facultadas para exigir a los estudiantes – mediante las normas de los manuales de convivencia– determinados patrones de presentación personal con la firme intención de desarrollar en ellos la obediencia y el respeto por las normas de la vida en sociedad. Más tarde, con la sentencia SU-641 de 1998, la Corte se permitió retomar las subreglas de derecho fijadas en la sentencia fundadora, argumentando la imposibilidad de que a través de reglamentos estudiantiles los colegios homogenizaran a los educandos, eliminado por mero capricho las múltiples formas en como las personas exteriorizan su personalidad. Así mismo, se prohibió la imposición de límites que tornaran más trabajoso el acceso y permanencia de las personas al sistema educativo.

Mientras que con la sentencia unificadora 642 de 1998, la Corte mantuvo el precedente establecido por su antecesora; no obstante, reconceptualizó las subreglas de derecho establecidas, al determinar la necesidad de practicar el juicio de proporcionalidad, para evaluar la constitucionalidad de las medidas restrictivas impuestas en el seno del plantel educativo. Finalmente, el Tribunal Constitucional mediante la sentencia T-565 de 2013 reiteró que las decisiones adoptadas por los estudiantes, entorno a la manera de presentarse físicamente a la sociedad no pueden subestimarse, por cuanto han de ser tratadas como asuntos de mayor importancia, a través de los cuales se reivindica la identidad en ejercicio del derecho fundamental a la propia imagen.

En suma, es posible afirmar que no resulta pacífico el debate jurídico cuando entra en tensión un principio constitucional, como el libre desarrollo de la personalidad, el cual es altamente sensible y frecuentemente litigado con otra serie de valores de igual rango. La Corte en su tarea de fijar el sentido de las normas constitucionales, ha vacilado en más de una ocasión respecto al verdadero significado que debe dársele a los principios consagrados en la norma Superior. No obstante, para el objeto del presente trabajo, se ha podido constatar que después de una ardua labor al interior de la Corporación, los magistrados parecen

estar de acuerdo en que el Constituyente de 1991 optó por un orden altamente respetuoso de la libertad y de la dignidad humana –entendida como la facultad de cada individuo de escoger su proyecto de vida y actuar conforme al mismo–.

Se puede afirmar, teniendo en cuenta lo anterior, que cuando un colegio establece caprichosamente el modelo de apariencia personal que han de seguir sus estudiantes, desconoce con tal decisión un valor fundante del Estado Social de Derecho: la dignidad humana. Por ello, la Corte como máximo órgano encargado de velar por la guarda e integridad de la Constitución, proscribió toda decisión emanada de los planteles educativos, tendiente a privilegiar un único sistema de valores que resulta excluyente y en consecuencia violatorio de los derechos fundamentales, así como también es inadmisibles –a juicio de la Corte– que en la actualidad en virtud del progresivo garantismo de la jurisprudencia constitucional, un juez o un colegio argumenten que al firmar la matrícula académica los estudiantes quedan sometidos sin derecho a réplica al manual de convivencia, teniendo que aceptar normas manifiestamente inconstitucionales.

Referencias

- HENAO HIDRÓN, J. (2004). *Panorama del derecho constitucional colombiano*. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A.
- LÓPEZ MEDINA, D. (2006). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial* (2ª ed.). Bogotá D.C., Colombia: Legis S.A.
- Sentencia T-356. (20 de Junio de 2013). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. *M.P.: Jorge Ignacio Prelet Chaljub*. Bogotá. D.C., Colombia: Referencia: expediente T-3.786.028.
- Sentencia T-565. (23 de Agosto de 2013). Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. *M.P.: Luis Hernesto Vargas Silva*. Bogotá. D.C., Colombia: Referencia: expediente T-3.875.842.
- Sentencia T-578. (12 de Junio de 2008). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. *M.P.: Nilson Pinilla Pinilla*. Bogota.D.C., Colombia: Referencia: expediente T-1819282.
- Sentencia T-065. (17 de Junio de 1993). Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. *M.P.: Ciro Angarita Barón*. Bogotá D.C., Colombia: REF: Expediente 7142.
- Sentencia T-1591. (17 de Noviembre de 2000). Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. *M.P.: Fabio Moron Díaz*. Bogotá.D.C., Colombia : Referencia: expediente T-349 384.
- Sentencia T-366. (6 de Agosto de 1997). Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. *M.P.: Jose Gregorio Hernandez Galindo*. Bogotá. D.C., Colombia: Referencia: Expediente T-128564.

- Sentencia T-789. (12 de noviembre de 2013). Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. *M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente T-3.958.764.
- Sentencia T-889. (17 de Julio de 2000). Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. *M.P.: Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá. D.C., Colombia: Referencia: expediente T-303803.
- Sentencia U-641. (5 de Noviembre de 1998). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá. D.C., Colombia: Referencia: Expediente T-163536.
- Sentencia U-642. (5 de Noviembre de 1998). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz*. Bogota. D.C., Colombia: Referencia: Expediente T-164970.

Revista Academia & Derecho, Año 7, N° 12, 2016, pp. 147-184
ISSN 2215-8944

Universidad Libre Seccional Cúcuta - Facultad de Derecho
Ciencias Políticas y Sociales & Centro Seccional de Investigaciones

El derecho como resistencia: las decisiones político-jurídicas y la deuda en los casos de Argentina
(2001) y Ecuador (2007)
Juan Carlos Pacheco Giraldo

El derecho como resistencia: las decisiones político-jurídicas y la deuda en los casos de Argentina (2001) y Ecuador (2007)*

Law as Resistance: Political-Legal Decisions
And debt in the cases of Argentina (2001) and Ecuador (2007)

Recibido: Agosto 18 de 2015 - Evaluado: Noviembre 11 de 2015 - Aceptado: Diciembre 10 de 2015

Juan Carlos Pacheco Giraldo**

Para citar este artículo / To cite this article

Pacheco Giraldo, J. C. (2016). El derecho como resistencia: las decisiones político-jurídicas y la deuda en los casos de Argentina (2001) y Ecuador (2007). *Revista & Derecho*, 7 (12), (147-184).

Resumen

Se defiende la tesis de que el derecho se convierte en medio de resistencia para oponerse a las presiones del capital internacional. El éxito radica en tener

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto resultado de proyecto de investigación en el Grupo de Investigación Interculturalidad, Decolonialidad y Educación (IDEUL), adscrito al Centro de Investigaciones de la Facultad de Ciencias de la Educación.

** Sociólogo de la Universidad Nacional de Colombia con Maestría en Ciencias Sociales con énfasis en Ciencia Política de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO (Sede Ecuador). Docente investigador Universidad Libre-Facultad de Ciencias de la Educación, Bogotá.

Correo electrónico: juanpacheco88@yahoo.com.mx.

una voluntad política nacional utilizando herramientas legales. Se analizan dos casos: Argentina y Ecuador, en donde la renegociación de la deuda fracasó para el primer país y fue exitosa para el segundo. Se explica el uso del instrumento de auditoría de la deuda y se sacan conclusiones al respecto.

Palabras clave: auditoría de la deuda, deuda externa en Latinoamérica, derecho como resistencia, crisis de la deuda, caso Olmos.

Abstract

The thesis that the law becomes a means of resistance to oppose the pressures of international capital is defended. The success lies in having a national political will by using legal tools. Argentina and Ecuador are the countries where the debt renegotiation failed for the first and was successful for the second. The use of the instrument of debt audit is explained and conclusions were drawn.

Keywords: Debt audit, External Debt in Latin America, Law as resistance, Debt crisis, Olmos case.

Resumo:

No presente artigo se expõe a tese que a resistencia à se opor às pressões do capital internacional. O sucesso radica em ter uma vontade política nacional utilizando ferramentas legais. São analisados dois casos específicos: Argentina e Equador, países nos quais a dívida fracassou para o primeiro e deu certo para o segundo. Além de explicar o uso da auditoria da dívida e expor algumas conclusões dos casos.

Palavraschave: auditoria da dívida, dívida externa em americalatina, direito comoresistencia, crise da dívida, caso Olmos.

Résumé:

Il se fait la défense de la thèse de que le droit devient dans une mesure de résistance qui s'oppose aux pressions du capital international. L'en succès réside d'avoir une volonté politique nationale en utilisant des outils légaux. Il s'en analyse deux cas : L'Argentine et L'Equateur, dont la renégociation de la dette a échoué pour celle du premier pays et pour le deuxième il y fut réussi. Il s'en explique l'utilisation de l'instrument de vérification de la dette et ils s'en mettent à jour des conclusions.

Mots Clés: vérification de la dette, dette externe en Amérique Latine, Droit comme résistance, crise de la dette, case Olmos.

SUMARIO: Introducción. -1.1. Elementos generales. - 1.2. El derecho y la negociación en el nivel internacional. - 1.3. Un ejemplo: Fondo Monetario Internacional y negociación de la deuda. - 2. Materiales y métodos. - 3. Los hechos: la deuda, su renegociación y la auditoría. - 3.1. Antecedentes. - 3.2. Argentina y el caso Olmos. - 3.2.1. La deuda argentina. - 3.2.2. La denuncia y el fallo. - 3.2.3. El silencio oficial y cómplice de los responsables. - 3.3. Ecuador y la auditoría a la deuda. - 3.3.1. La evolución de la deuda ecuatoriana. - 3.3.2. La auditoría. - Conclusiones. - Referencias.

Introducción

El tema a tratar corresponde al concepto del “derecho como resistencia”, concebido aquí como una oposición legal (bien sea desde la sociedad civil o del Estado mismo) a un pluralismo jurídico fundado en las fuerzas económicas internacionales, provenientes de la banca internacional y concretadas en la deuda externa que tienen los países. La tesis a defender es sencilla: que el derecho se convierte en un medio de resistencia que se puede oponer a las presiones del gran capital internacional. Sin embargo, esta oposición supone una voluntad política nacional, que utilizando herramientas legales, podrá mejorar las condiciones de interrelación con el capital. Ello pretende demostrarse mediante dos ejemplos: el caso argentino, en donde a pesar de existir elementos para invalidar la deuda injusta, ello no fue posible; en contravía, el caso ecuatoriano sí lo pudo hacer, mediante un método de auditoría, que en últimas le terminó siendo favorable, rebajando la deuda a un 30% sobre lo pactado.

América Latina en general sufrió un proceso de endeudamiento en los años setenta del pasado siglo, muchas veces acogido por las dictaduras militares, y que luego entró en crisis durante la década de los años ochenta. La negociación no fue declarar el no pago de la deuda, sino renegociarla. Ello significaría diferencias sustantivas, ya que al final los países terminarían pagando una parte significativa de la crisis, mediante condiciones de ajustes al gasto social, los salarios y los impuestos. El punto central es que los mecanismos de endeudamiento y renegociación contaron con la aquiescencia tanto de los acreedores como de los deudores. Sin embargo hubo muchas ilegalidades, con responsabilidades desde las élites nacionales y desde la banca internacional. El desenlace fue diferencial: Argentina tuvo que cargar con el fardo de la deuda, mientras que Ecuador no. Y aquí el derecho y la política fueron fundamentales.

La situación-problema fundamental es la siguiente: es posible que el Estado, utilizando herramientas legales, pueda enfrentarse a la deuda externa que es

injusta, ilegítima y odiosa. De hecho, ello implica una posición doble: (i) ubicar la ilegalidad de la contratación, para así negociar rebajas o eliminaciones de la deuda; y (ii) enjuiciar a los responsables de ese tipo de deuda.

De hecho, el problema de la deuda de los estados se ha convertido en un problema global. El 5 de diciembre de 2014 la Asamblea General de la ONU, gracias a la discusión de los Fondos Buitre que amenazaban a Argentina, aprobó la creación de un comité especial para elaborar un marco jurídico multilateral para la regulación de los procesos de reestructuración de la deuda soberana. Hubo 16 países que se opusieron a la resolución, los cuales constituyen el 8,29% de los votos de la Asamblea General, pero que sin embargo representaban al 45,73% del Fondo Monetario Internacional. (Organización de las Naciones Unidas, 2014). El 3 de febrero de 2015 el “Comité Especial de Naciones Unidas sobre los Procesos de Reestructuración de la Deuda Soberana” inició sesiones (Organización de las Naciones Unidas, 2015). Así, el 28 de julio de 2015:

El Comité Ad Hoc creado en Naciones Unidas para los Procesos de Reestructuración de Deudas Soberanas aprobó hoy por unanimidad una serie de nueve principios para que los procesos de canje de deuda se realicen de manera justa, equitativa, legal y sostenible, limitando la acción de los fondos buitres.

De esta manera, el 10 de septiembre de 2015 la Asamblea General estableció por la Resolución A/RES/69/31 los principios básicos que se deben tener en cuenta para la reestructuración de la deuda soberana¹. Lo más relevante es que la Resolución defiende la discrecionalidad de los estados para elaborar sus políticas macroeconómicas (incluyendo la reestructuración de su deuda soberana), rechazando las medidas abusivas. Y para efectos del presente artículo se relievra que se debe defender el principio de transparencia y rendición de cuentas, la inmunidad soberana de jurisdicción y ejecución de la reestructuración, en el marco del estado de derecho.

La discusión sobre la deuda soberana y odiosa ha dejado de ser simplemente un asunto moral.

1.1 Elementos generales

En este artículo se lanza una hipótesis que confronta la idea de que el derecho va detrás de la economía. Así, se busca escapar de la visión de que el derecho es el “reflejo” de las contradicciones entre el capital y la fuerza de trabajo,

¹ Ibídem. (JIMÉNEZ RAMÍREZ & ARBOLEDA RAMÍREZ, 2015).

en una relación en donde la clase triunfante impone el derecho. Pero también se rechaza la idea de que el derecho es meramente un instrumento, que puede ser utilizado para bien o para mal, en un lejano eco del derecho visto desde la perspectiva de HANS KELSEN. Si fuese tan solo un instrumento, el derecho podría ser utilizado también como “derecho” para la modernización y también para la “liberación”. Más la “asepsia” del derecho (desde esa positivización como instrumentalismo abstracto) puede llevarlo a ser cómplice de la opresión de los pueblos del tercer mundo (FITZPATRICK, 2010). Más bien se señala que hay grandes tensiones entre el derecho como un cuerpo de doctrina (con una lógica interna que obliga a decisiones) y el derecho como instrumento de fuerzas económicas, en una relación que no se resuelve mecánicamente.

La hipótesis que aquí se defiende traslada la discusión a la esfera política. La interpretación pesimista sobre la globalización entroniza como decisoras absolutas a las grandes fuerzas económicas encarnadas en las empresas transnacionales, en la banca internacional y con ella en sus instituciones, como serían el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo, por ejemplo. Allí los estados estarían sujetos a las omnipotentes voluntades de estas fuerzas económicas globales, plegando su derecho al neoliberalismo global. En últimas, el poder económico estaría sometiendo a las esferas de la política y del derecho, convirtiéndolas en meros agentes de la voluntad capitalista internacional. El fenómeno, sin embargo es más complejo. Aquí no se pretende responderlo, pero sí se buscan encontrar fisuras en la concepción sobre la omnipotencia del capitalismo globalizado.

La pregunta de Robert Dahl sobre quién gobierna (DAHL, 2010), se podría trasladar al mundo globalizado, en donde tres elementos entran en juego: un sistema económico desigual (norte-sur, pero también de grandes corporaciones frente al resto del sistema), la fuerza militar de las grandes potencias y un sistema de organizaciones internacionales que, por ejemplo, pretenden regular la fuerza (Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas), el comercio (Organización Mundial del Comercio), el sistema económico-financiero para los Estados (Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial) o los litigios (la Corte Internacional de la Haya) . Si no existe un “Leviatán” en el nivel global (al menos para las grandes potencias), pareciera ser que en “última instancia” quien gobierna es quien decide, por lo que el realismo en las relaciones internacionales es el que prima. Ello incorpora a las grandes fuerzas económicas y a las potencias militares. Pero hay que recordar que frente al realismo geopolítico se planteó (ya hace 40 años) el concepto de interdependencia, en donde existen múltiples canales que conectan las sociedades, una agenda de relaciones interestatales de variados temas no jerarquizados y el no uso de la fuerza, conformándose una

interdependencia compleja (KEOHANE & NYE, 1988). Pero esta interdependencia funcionará preferentemente allí en donde las inversiones son intensas aunque no necesariamente haya un equilibrio recíproco. Naturalmente, la interdependencia puede presentarse en el intercambio desigual, donde a las materias primas y a la mano de obra barata (propio de países con bajo desarrollo industrial y tecnológico) les corresponden diseños y tecnología de transformación costosos (propios de los países desarrollados industrialmente, con fuerte incorporación de ciencia y tecnología). El ciclo de intercambio desigual vendrá avalado por instituciones y por un derecho internacional que pretenden regular la disidencia mediante medidas coercitivas de tipo económico, jurídico y militar. A éstas se unen las grandes empresas económicas de tipo transnacional, las cuales orientan sus dispositivos organizacionales y económicos hacia las zonas más rentables del sistema mundial. Desde esta última perspectiva puede darse la oposición entre el Estado y la economía multinacional, ya que no necesariamente los intereses del uno son los intereses de la otra.

Posiblemente en algunos espacios la interdependencia no funcionará, en donde la “guerra económica” no se resuelve claramente, ya que los recursos estratégicos de materias primas, tales como los recursos minero-energéticos, pueden ser controlados en cierto grado por el país o países propietarios del recurso. La alternativa, ante oposiciones decididas, podrá ser la guerra como expresión de la fuerza pura. Sin embargo, ello no puede ser una generalización. Como se verá en el presente artículo, la resistencia desde el derecho es posible, pero solo podrá darse desde los impulsos que el sistema político le dé al mismo derecho. Pero allí la complejidad es grande. La resistencia se plantea no solo desde la sociedad civil, sino también desde los estados en desventaja. Para nuestro caso, se hará una comparación entre el caso argentino y el caso ecuatoriano, teniendo en cuenta un elemento fundamental: la aplicación de la ley contra la “deuda injusta” (odiosa o ilegítima), que se define a continuación.

Deuda odiosa y deuda ilegítima

Tomado de (BOUCHAT, DE ROMANET, & JACQUEMONT, 2007, pp. 8-12)

1. La deuda odiosa

La deuda odiosa es una doctrina de Derecho formulada en 1927 por Alexander Nahum Sack, jurista ruso y ex ministro del zar Nicolás II. Escribía este autor: “Si un poder despótico contrae una deuda que más que estar destinada a satisfacer las necesidades e intereses del Estado, está destinada a fortalecer su régimen despótico para reprimir a la población que lo combate, dicha deuda será odiosa para la población de todo el Estado. Dicha deuda no debe ser asumida como obligatoria por la nación: es una deuda de régimen, una

deuda personal del poder que la ha contraído, por consiguiente su vigencia se interrumpe con la caída de ese régimen”.

Dicha doctrina introduce una excepción al principio de “continuidad del Estado” enunciada en el Convenio de Viena de 1983 sobre la sucesión de Estado en materia de bienes, archivos y deudas de Estado. Según esta norma, vigente en las relaciones internacionales, un Estado debe, independientemente de los cambios de régimen, cumplir las obligaciones internacionales que haya contraído. Sack considera que, en caso de deuda odiosa, el nuevo gobierno podrá sustraerse a los compromisos adquiridos por su predecesor, y que en principio debería asumir: “Dichas deudas no responden a una de las condiciones que determinan la regularidad de las deudas de Estado, a saber que las deudas de Estado deben de haber sido contraídas para fines que vayan en interés del Estado, y los fondos gracias a ellas obtenidos utilizados con ese fin.” Será por lo tanto considerada “deuda odiosa”, toda deuda contraída por un gobierno ilegítimo y/o cuyo producto sea utilizado con fines contrarios a las necesidades e intereses del pueblo.

Además, Sack presenta argumentos a favor de la responsabilización de los acreedores: si éstos conocen los designios del deudor, cometen “un acto hostil contra el pueblo” y se exponen al riesgo de que no les sea reembolsada la deuda si el régimen que la ha contraído cae. No podrán en ese caso reclamar lo que les es debido. Para acuñar el concepto de deuda odiosa, Sack se basó en una serie de casos históricos concretos. Puede decirse, por lo tanto, que el Derecho no hizo sino confirmar una situación de hecho.

2. La deuda ilegítima

La deuda ilegítima no tiene, en realidad, definición jurídica, pero hay una definición que se repite en los distintos casos estudiados de la historia del endeudamiento. Resulta bien fundado calificar de ilegítima una deuda contraria a la Ley o a la política pública, injusta, inadecuada o abusiva; una deuda que el país endeudado no puede ser obligado a reembolsar puesto que el préstamo o las condiciones vinculadas a la obtención del préstamo violan la soberanía y los derechos humanos. Por lo tanto, las deudas de los países del Sur entran en muchos casos en esta definición. Los préstamos otorgados por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, condicionados a la aplicación de políticas de ajuste estructural que han tenido consecuencias dramáticas para la población, son por consiguiente ilegítimos. Así pues, el concepto de ilegitimidad de la deuda deriva en primer lugar de una valoración moral. El concepto de deuda ilegítima aparece por primera vez en una frase oficial en 2000: el proceso Olmos.

Joseph Hanlon plantea cuatro condiciones de préstamo ilegítimo. Se trataría de un préstamo otorgado para reforzar un régimen dictatorial (préstamo inaceptable), un préstamo contraído a tipos de interés usureros (condiciones inaceptables), un préstamo otorgado a un país del que se conoce la escasa capacidad de reembolso (préstamo inadecuado), y por último un préstamo plagado de condiciones impuestas que generen una situación económica que dificulte aún más el reembolso (condiciones inadecuadas).

Pero mientras que Argentina fracasó en el intento de llevar a feliz término el enjuiciamiento a los responsables del endeudamiento injusto, o al menos de la renegociación de tal deuda, en el Ecuador tuvo éxito y se vio concretado en una efectiva renegociación.

El punto central a debatir tiene que ver con la pérdida de soberanía del Estado, en especial en lo atinente a las decisiones económicas. Como se verá ello fue real tanto en Argentina como en Ecuador. Este debilitamiento se asocia al retroceso del poder del Estado (fruto de las políticas neoliberales) y al avance del capital transnacional, el cual perfora las fronteras, en un marco de desregulación y de apertura económica. Este fenómeno es particularmente intenso cuando el manejo de la deuda es problemático, por lo que las imposiciones de los financiadores se imponen frente a las decisiones del Estado. ¿Ello es irremediable? ¿Qué papel tienen los arreglos del derecho frente a esta situación? ¿Puede el mismo derecho convertirse en un instrumento que combata o renegocie la deuda?

Con los elementos anteriores se pasará a examinar cada caso. Para Argentina es claro que los gobiernos de Alfonsín, de Menem y de De la Rúa, fracasaron en la renegociación de la deuda, más aún cuando en las políticas públicas primó el enfoque neoliberal, con una marcada pérdida de legitimidad y de autonomía frente al Fondo Monetario Internacional y el resto de la banca multilateral. Esta situación se replicó en Ecuador hasta el gobierno de Palacios, pero tuvo un giro decisivo con el gobierno de Correa.

Como se sabe, el sobreendeudamiento de estos dos países fue impulsado por la banca internacional y por las dictaduras, en un *boom* de los precios del petróleo en la década del setenta, que les abrió las puertas del crédito. A la entrada de las democracias, el endeudamiento continuó, llegando a cifras muy altas, y estando permeado por la corrupción y la ineficiencia.

¿Podían estos gobiernos adelantar un enjuiciamiento de los responsables del endeudamiento? En el caso argentino se propuso un enjuiciamiento (caso Olmos) que terminó en ser un acto simbólico, sin consecuencias prácticas. Para Ecuador se puede constatar una fuerte diferencia entre la política económica antes del gobierno de Correa y el manejo que éste le dio a ella entre 2007 y 2009,

momento en donde se renegocia la deuda externa de manera exitosa. ¿Por qué pudo Ecuador manejar adecuadamente el problema de la deuda y Argentina no? ¿Hubo diferencias de fondo entre el contexto argentino y el contexto ecuatoriano? ¿Qué tienen que ver las decisiones tomadas en uno y otro gobierno? ¿Cuáles fueron las diferencias? Y finalmente, ¿qué papel tuvo el derecho en uno y otro caso?

1.2 El derecho y la negociación en el nivel internacional

La confrontación entre el derecho nacional y el derecho internacional puede verse desde la emanación del poder jurídico y la base del poder geopolítico.

Según (SCOTT, 2010, p. 1) la “ley internacional es un sistema de reglas, principios y conceptos que gobiernan las relaciones entre estados y, de forma incremental, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, individuos y otros actores en el mundo político.” Pero lo que hay que entender es que la ley internacional es parte integral de la política, así como la ley nacional y local. Sin embargo, continúa señalando que mientras que en el nivel internacional no hay legisladores que “hagan leyes”, en las democracias liberales de los estados nacionales sí los hay². Parecería suceder que el equivalente nacional de legislador en el nivel internacional fuera la Asamblea General de las Naciones Unidas, aunque sus resoluciones no son consideradas como ley. Las fuentes de lo legal en el nivel internacional serían en principio los tratados o convenciones y las costumbres. Quizás otra diferencia se dé con respecto al uso de la fuerza: no hay una policía que fuerce la obediencia. Por lo tanto, ello pone en cuestión la efectividad de la ley internacional. De hecho, mientras que en el estado nacional se evidencia la existencia de la soberanía, en el nivel internacional existe es anarquía, pues la relación, al menos teóricamente, se da entre iguales. A lo anterior Scott dice que las formas para obligar el cumplimiento de la ley internacional de un país frente a otro pueden darse cuando un país toma medidas tales como la ruptura de relaciones internacionales, la realización de contramedidas, la verificación del cumplimiento de los acuerdos y tratados (inspecciones, informes) y las consecuentes posibilidades de imponer sanciones económicas, diplomáticas o militares. Otras vías incluyen acciones de cortes nacionales que lleven al cumplimiento de la ley internacional.

Por tanto, las negociaciones internacionales entre la banca y los Estados estarán trazadas por los acuerdos, según un instrumentalismo asociado a la

² Ibidem.

fuerza del capital. Detrás de ellas, los poderes reales, como la fuerza militar de los estados, la capacidad de veto o coerción económica y política y la constitución de organismos internacionales como la OMC, entrarán como actores relevantes frente a tales negociaciones. Lo cierto es que el ordenamiento legal y de política pública se verá afectado por los acuerdos con los organismos internacionales, incluyendo a la banca, como por ejemplo el FMI o el Banco Mundial.

1.3 Un ejemplo: Fondo Monetario Internacional y negociación de la deuda

Aquí se puede señalar un ejemplo destacado frente al endeudamiento, que es el del Fondo Monetario Internacional:

Cuando un país obtiene crédito del FMI, el gobierno se compromete a ajustar la política económica para superar los problemas que le llevaron a solicitar asistencia financiera a la comunidad internacional. Las condiciones de estos préstamos también sirven para garantizar que el país será capaz de reembolsar los recursos al FMI, de manera que esos recursos puedan ponerse a disposición de otros países miembros que los necesiten. (Fondo Monetario Internacional, 2014, pág. Primer párrafo).

La condicionalidad tendrá que ver con un ajuste en las políticas macroeconómicas y estructurales y en el seguimiento respectivo. Así, estas medidas deberán resolver problemas de balanza de pagos y salvaguardar los recursos del FMI. En otras palabras, el préstamo estará condicionado a las condiciones que el Fondo imponga (con ciertas variaciones) al país prestatario (véase por ejemplo el Anexo 1, en donde se revela la Carta de Intención del gobierno argentino de Néstor Kichner ante el Fondo³). Igualmente, los intereses se pactan bajo revisiones sobre los intereses del mercado y el seguimiento

³ Como señala el Fondo, hasta principios de los años 80 la condicionalidad se concentraba en medidas de política macroeconómica (Fondo Monetario Internacional, 2014). De hecho, “Durante las primeras cuatro décadas de su existencia, las condiciones impuestas por el FMI para los préstamos se centraron principalmente en medidas de política macroeconómica; estaban dirigidas a fortalecer las reservas internacionales, a restringir los déficit presupuestarios excesivos, a limitar el crecimiento de los agregados de crédito y a facilitar el ajuste de los tipos de cambio reales.” (MAYER & MOURMOURAS, 2005, p. 84). Nótese que el programa de ajuste estaba orientado básicamente a asegurar los pagos de deuda. Este fue el caso Argentina, de Ecuador y de los países latinoamericanos en su momento.

respecto del cumplimiento de los compromisos⁴, el cual se puede hacer gracias a los desembolsos escalonados a través del tiempo.

Pero las negociaciones no son mecánicas. Según (NEMIÑA, 2012) la disposición a otorgar concesiones por parte del Gobierno solicitante frente al Fondo se matiza, dependiendo de las posiciones del negociador gubernamental frente a la política económica o social, por ejemplo (más neoliberal, más interventor o indiferente, por ejemplo) y sus relaciones con los actores de influencia en el ámbito doméstico, pero también internacional. Por ejemplo, la posición de los Estados Unidos frente a la negociación y su capacidad de influencia condicionará al solicitante, ya que la capacidad norteamericana es significativa, por ser un socio significativo del FMI. Además, las condiciones macroeconómicas en términos de balanza de pagos, de posibilidades de encontrar excedentes en las rentas estatales (asociadas a los déficits fiscales) o en la disponibilidad internacional de créditos, condicionarán la negociación, dependiendo de la “urgencia” de crédito que tenga el solicitante⁵.

El ciclo de endeudamiento, no seguido por una expansión del PIB y de la productividad, y que no se traduzca en crecimiento, llevará a una crisis, que para el caso de la deuda argentina y ecuatoriana, llevaron al sobreendeudamiento: se acudía a más deuda para amortizar la existente y sus intereses⁶. Y es allí en donde la fragilidad del solicitante es más aguda.

⁴ Los compromisos, según el Fondo, pueden ser frente a acciones previas, criterios de ejecución cuantitativos que deberán cumplirse, metas indicativas, criterios de ejecución estructurales (Fondo Monetario Internacional, 2014).

⁵ Hay que recordar que además existen las “agencias de calificación de riesgo”, que clasifican los riesgos de los bonos estatales de deuda, pero que además dan referencia para la banca internacional y los inversores particulares.

⁶ A la estrategia de endeudamiento anterior se suma la que se da a través de “proyectos de desarrollo” (propios por ejemplo de la década de los setenta) y la resume así (PERKINS, 2004, p. 40): “En primer lugar, yo debía justificar los grandes créditos internacionales cuyo dinero regresaría canalizado hacia MAIN y otras compañías estadounidenses (como Bechtel, Halliburton, Stone & Webster y Brown & Root) en pago de grandes proyectos de ingeniería y construcción. Segundo, debía conseguir la quiebra de los países que hubiesen recibido esos créditos (aunque no antes de que hubiesen pagado a MAIN y a las demás empresas contratistas estadounidenses, como es natural), a fin de dejarlos prisioneros para siempre de sus acreedores. Y así serían receptivos cuando les pidiéramos favores como bases militares, sus votos en Naciones Unidas o el acceso a sus recursos naturales, como el petróleo y otros”.

2. Materiales y métodos

La estrategia investigativa desarrollada en el estudio correspondió a lo que Glaser y Strauss denominaron “muestreo teórico” (citados por Taylor & Bogdan, 1987, p. 155), donde el investigador “selecciona nuevos casos a estudiar según su potencial para ayudar a refinar o expandir los conceptos y teorías ya desarrollados. La recolección y datos y el análisis se realizan al mismo tiempo” (TAYLOR & BOGDAN, 1987, p. 155). Para el caso presente, se tomaron los datos de endeudamiento, se contextualizaron, para luego pasar a analizar el manejo que se le dio en Argentina (caso Olmos) y Ecuador (auditoría de la deuda), bajo el criterio del “derecho como resistencia”. De allí se extrajeron conclusiones que asociaban la voluntad política estatal y el uso del derecho para enfrentar las condiciones de la deuda odiosa.

El enfoque general del análisis aquí presentado corresponde a lo que se ha designado como “teoría crítica”. Se asume que aquí los hechos no son simplemente una construcción “objetiva” que alimenta la teoría (al modo del positivismo proveniente de la ciencia natural), sino que los hechos y la teoría se condicionan mutuamente en lo que es una construcción social (Horkheimer citado por (LEYVA & MESQUITA, 2012, p. 272). Se asume en este trabajo la afirmación de (HABERMAS, 1990, p. 323) en donde “Los hechos no son constituidos porque no son entidades en el mundo, sino correlatos de enunciados a nivel de la argumentación”, es decir, no existe la neutralidad valorativa.

Los fenómenos sociales son vistos como diferentes a los fenómenos naturales, por lo que se ha sostenido que el mundo social no puede ser comprendido en términos de relaciones causales o “por la subsunción de eventos sociales bajo leyes universales... porque las acciones humanas están basadas en, o mediante la infusión de significados sociales, es decir por: intenciones, motivos, actitudes y creencias” (FIELDING & FIELDING, 2011, p. 54). Es por ello que la indagación aquí se aparta del modelo naturalista y obviamente positivista.

El análisis realizado fue de carácter cualitativo, que se puede definir así:

El enfoque cualitativo también se guía por áreas o temas significativos de investigación. Sin embargo, en lugar de que la claridad sobre las preguntas de investigación e hipótesis preceda a la recolección y el análisis de los datos (como en la mayoría de los estudios cuantitativos), los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de los datos. (HERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ & BAPTISTA, 2014, p. 7)

Por ello se muestra un planteamiento general, que se enuncia al final del texto: la descripción de los hechos lleva a postular que es posible manejar la deuda aplicando el derecho, pero contando con la voluntad política estatal para realizarlo. De hecho, el estudio realizado buscó afirmar una idea clave: el derecho y su aplicación se asocian intensamente con la política. En los estudios cualitativos los planteamientos iniciales no son tan específicos y las preguntas de investigación no se conceptualizan y definen completamente (HERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ & BAPTISTA, 2014), por lo que el proceso investigativo realizado partió de unas ideas generales, para que teniendo en cuenta los hechos, y de manera especial la estrategia ecuatoriana de “auditoría de la deuda” como mecanismo legal para manejar el endeudamiento injusto, llevara a precisar la real utilidad del derecho como resistencia.

Otro aspecto cualitativo del estudio es que el tipo de recolección de datos fue no estructurado y se concentró en la revisión de documentos y fuentes secundarias, tal como lo definen HERNÁNDEZ, FERNÁNDEZ, & BAPTISTA (2014). A las cifras y análisis económicos se le juntaron las narraciones e incluso documentos sobre la deuda argentina y ecuatoriana, en un método interpretativo y de tipo narrativo (MCKERNAN, 1999), en tanto se buscaron diversos relatos académicos de los hechos del endeudamiento y su manejo, para así interpretar los sucesos alrededor del fenómeno estudiado.

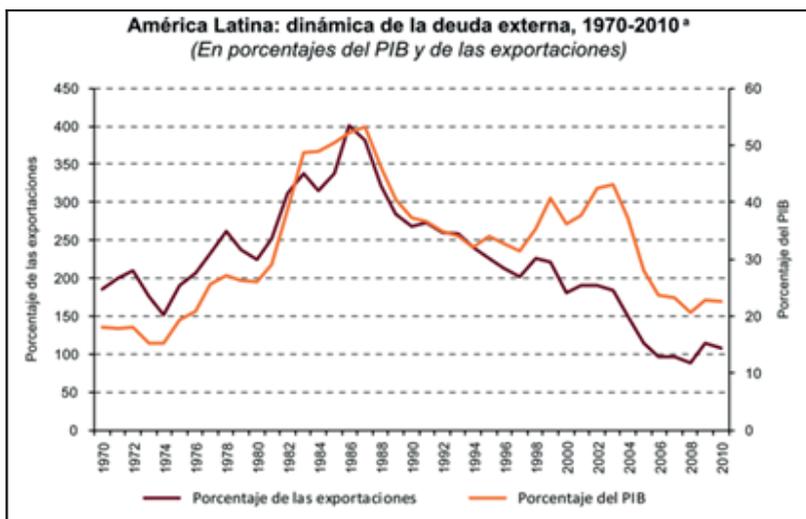
3. Los hechos: la deuda, su renegociación y la auditoría

3.1 Antecedentes

Para (OCAMPO, 2014) la crisis de la deuda de los años ochenta fue la más traumática en la historia de América Latina (que afectó a 18 países), solo comparable con un episodio un tanto menor, como lo fue el de la crisis del periodo 1998-2003, el cual es particularmente importante para Argentina y Ecuador. Pero Ocampo hace una comparación entre la crisis de los años 30 y la crisis de los 80, resaltando un elemento: que mientras en la primera América Latina generó una moratoria general (frente a una crisis originada en Estados Unidos), en la segunda no (que fue generada en América Latina y África), lo que implicó para esta última época un fuerte ajuste macroeconómico recesivo. Es así que la existencia de un sistema institucional internacional en los ochenta, agrega Ocampo, propició un pago continuado del servicio de deuda y políticas macroeconómicas más recesivas. Si antes de los setenta no hubo serios déficits fiscales, estos se dispararon cuando en la mayoría de los países “el acceso generalizado de la región al financiamiento externo

permitió financiarlos, es decir, en la segunda mitad de la década de 1970” (OCAMPO, 2014, p. 25). Ciertamente, el desequilibrio externo surgió cuando “a las crecientes demandas de recursos de inversión no les acompañaron aumentos del ahorro interno”, sino que fueron financiados externamente⁷. Esta financiación tuvo un auge en la segunda mitad de los setenta (fruto de una sobreoferta internacional de recursos financieros con bajos intereses), para luego interrumpirse bruscamente, presentándose una crisis de la deuda a comienzos de los años ochenta. América Latina absorbió “más de la mitad de la deuda privada que se dirigió hacia el mundo en desarrollo en 1973-1981” (OCAMPO y MARTIN, citados por OCAMPO, 2014, p. 30). Cuando se desencadenó la crisis, potencializada en parte por el alza de intereses de la Reserva Federal de EE.UU. en 1979, encareciendo significativamente el servicio de la deuda, la fuga de capitales fue particularmente masiva en Argentina, México y Venezuela. A lo anterior se sumaría la desaceleración económica del mundo industrializado y la recesión estadounidense, nos seguirá recordando Ocampo.

Gráfico 1



Fuente: (OCAMPO, 2014, p. 34)

⁷ *Ibidem.*

Así:

El efecto conjunto de la cesación abrupta y prolongada de la financiación externa, que duró casi una década, y las crecientes obligaciones del servicio de la deuda se convirtió en un choque externo masivo que transformó las transferencias netas de recursos de cuantías positivas (equivalentes al 2% o el 3% del PIB) a negativas (en torno al 6% del PIB)... Frente al gran riesgo de quiebra de los bancos internacionales y, especialmente, de los estadounidenses, sobreexpuestos en América Latina (la deuda latinoamericana era equivalente al 180% del capital de los nueve bancos más grandes de los Estados Unidos), los Gobiernos de los Estados Unidos y otros países industrializados presionaron al FMI y los bancos multilaterales de desarrollo para acudir al rescate, movilizando recursos de financiamiento en mayores magnitudes que en el pasado. (OCAMPO, 2014, pp. 34-37)

Más que moratorias, se dieron acuerdos de renegociación, bien favorables a los bancos. Según Ocampo hubo tres fases. La primera se dio hasta 1985, con ajustes macroeconómicos masivos, con comités bancarios para la refinanciación de la deuda, manejando caso por caso y con apoyo a los acreedores por parte de los países industrializados. Una consecuencia importantísima, que se vio reflejada en Argentina y Ecuador, fue la nacionalización de la deuda (véase por ejemplo Gráfico 2).

Gráfico 2

Facsímil del comunicado del gobierno argentino cuando nacionaliza la deuda en 1982

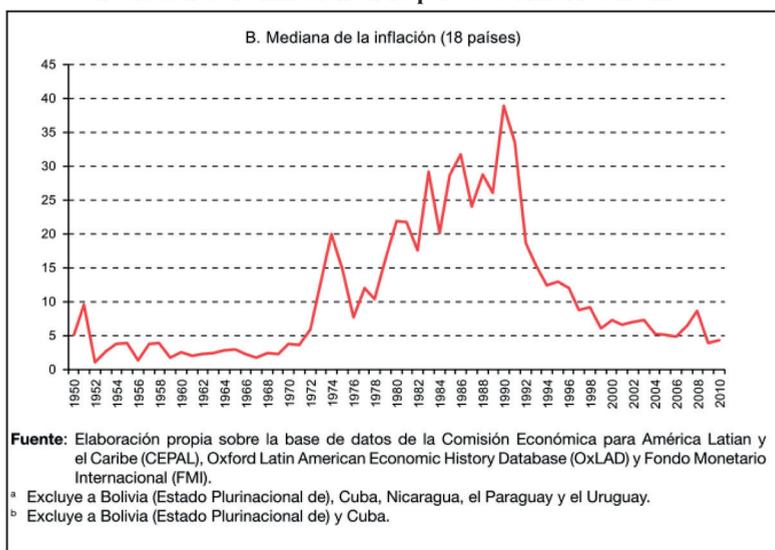


Fuente: <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/comytexord/A0251.pdf>

Ocampo señala que la segunda fase fue la del primer plan Baker, que planteo un ajuste estructural encabezado por el Banco Mundial, mejores condiciones financieras y algunos recursos adicionales, el cual tuvo que ser complementado en una segunda etapa con recompras de la deuda, bonos de salida con bajas de interés y canjes de deuda. La tercera fase correspondió al Plan Brady, con reducción de saldos de deuda por medio de emisión de bonos de deuda (10 países emitieron 148000 millones de dólares, con bajos intereses y plazos entre 25 y 30 años) y renovación al financiamiento externo privado. En últimas hubo una reducción de la deuda total entre un 7% y 12%, pero sobre todo una estabilidad del sistema financiero internacional, en donde los acreedores habían tenido el riesgo de encontrarse con deudores insolventes. Los costos en crecimiento económico fueron grandes, como en el caso de la inflación (Gráfico 3), problemas en la inversión pública, con recortes de la inversión de las empresas estatales, recesión y el retroceso industrial, los cuales frenaban la inversión privada. Los costos sociales fueron cuantiosos en la década de los ochenta. Por ejemplo, la pobreza aumento del 40,5% en 1980 al 48,3% en 1990, según datos de la CEPAL (citado por OCAMPO, 2014, p. 44). De hecho, el pago de la deuda significó una transferencia de los recursos sociales (ahorro interno) hacia los acreedores, sacrificando bienestar social.

Gráfico 3

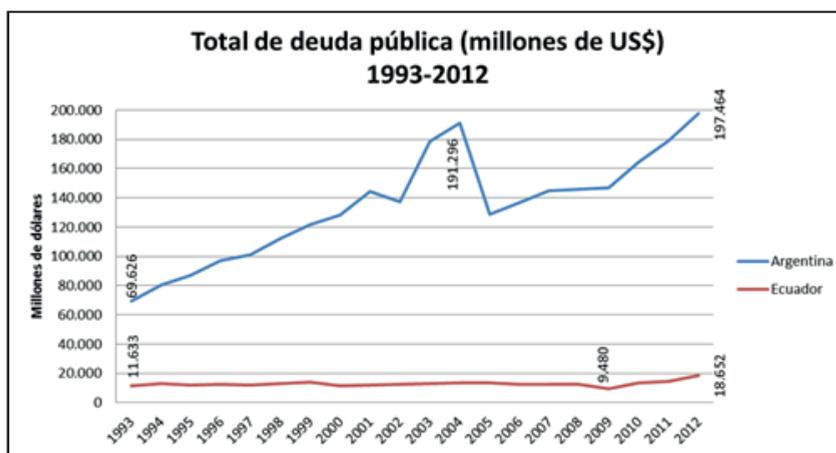
Evolución de la inflación en 18 países de América Latina



En: (OCAMPO, 2014, p. 45)

Esta dinámica de deuda pública y problema en los pagos también se dio en Argentina y Ecuador. El Gráfico 3 muestra la cantidad de deuda medida en millones de dólares para el periodo 1993-2012, para simplemente resaltar dos periodos: la crisis de la deuda para el periodo 2002-2003 en Argentina y la crisis 1999-2000 para Ecuador, así como el momento de renegociación de la deuda ecuatoriana para el 2009, en medio de la crisis mundial. Se observa que el endeudamiento argentino, siempre en ascenso durante los gobiernos de Menem, se disparó en el gobierno de De la Rúa, y no ha podido ser manejado tan adecuadamente desde ese entonces, si se considera en millones de dólares. De hecho, Néstor Kichner no lo logró exitosamente. En el caso ecuatoriano, guardadas proporciones, la dolarización de principios del 2000 no afectó tanto el volumen de endeudamiento externo mirado hacia afuera, aunque sí afectó el ahorro interno, con una fuerte descapitalización, en donde el monto de la deuda se incrementó, pero que fue manejado, en términos de renegociación de manera exitosa por Correa.

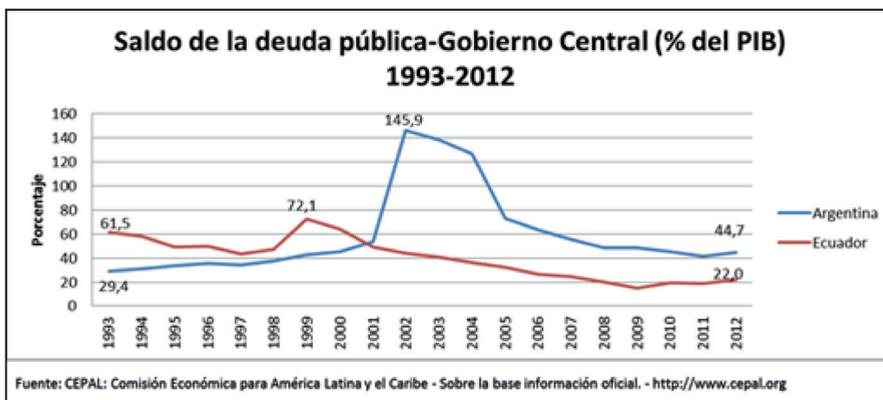
Gráfico 4



Fuente: CEPAL: Comisión Económica para América Latina y el Caribe - Sobre la base información oficial. - <http://www.cepal.org>

El Gráfico 4 muestra a la deuda como proporción porcentual frente al PIB. Allí, de manera similar, se muestra el desastre de De la Rúa en Argentina y la crisis ecuatoriana para el periodo 1999-2000, llegando a tener su valor más bajo hacia 2009 en Ecuador, con el mandato de Correa. De hecho, para el 2012, la deuda en Argentina era escandalosamente alta, ya que representaba el 44,7% del total del PIB argentino. Ecuador, a pesar de su éxito, prácticamente duplicó el monto de su deuda, llegando a más de 18 mil millones de dólares en 2012 (Gráfico 3) y la proporción de deuda con respecto al PIB era del 22% para ese mismo año (Gráfico 4).

Gráfico 4



Surge la pregunta clave: ¿quiénes son los responsables de la crisis de la deuda? Y aquí no solo se plantea solamente a los responsables que la generaron, sino que también a quienes la manejaron, la negociaron y obviamente a quienes silenciaron tales responsabilidades. El problema es que aquí el concepto de responsabilidad no se ha traducido claramente al ámbito jurídico. Sin embargo, las auditorías a la deuda y el histórico fallo del caso Olmos en Argentina han cambiado el escenario.

3.2 Argentina y el caso Olmos

3.2.1 La deuda argentina

Como se puede constatar en el Cuadro 2 y Gráfico 4, la evolución de la deuda argentina tuvo un aumento sustancial durante la época de la dictadura que se inició en 1976, con un incremento del 465% para ocho años, pasando de US\$9700 millones a US\$45100 millones. Hay que recordar que a la oferta barata y abundante de crédito le siguió una caída de precios del petróleo, generando escasez de fondos y un aumento de las tasas de interés en 1979, para así desbordar los ritmos de nivel de deuda en Argentina.

Así, las reservas internacionales del país austral se vieron afectadas (Olmos, 2006), continuando la espiral de endeudamiento durante la época del paso y continuación a la democracia. Ni Alfonsín ni Menem pararon el endeudamiento y más bien siguieron cargando con el lastre anterior. A pesar de la privatización de las empresas estatales, con la política neoliberal de Menem, la deuda siguió incrementándose y de hecho, durante sus dos gobiernos la deuda aumentó en un 123%, pasando de US\$65300 millones a US\$146619 millones.

Cuadro 2
Evolución de la deuda argentina según periodos de gobierno

AÑO	PRESIDENTE DE LA NACIÓN	PARTIDO DE GOBIERNO	MONTO DEUDA EXTERNA (millones dólares)	% AUMENTO DE LA DEUDA EN EL PERIODO DE GOBIERNO	Observaciones
1966			3.276		
1967			3.240		
1968	Onganía		3.395		
1969		MILITAR de facto	3.970	+ 46%	
1970	Levingston		4.765		
1971			4.800		
1972	Lanusse		4.800		
1973	Cámpora/Perón		4.890		
1974		FREJULI	5.000	+ 62%	
1975	Martínez de Perón		7.800		
1976		MILITAR de facto	9.700		
1977	Videla		11.700	+ 465%	El mundo vive en la era de los petrodólares, los bancos internacionales ofrecen créditos fáciles a tasas bajas.
1978			13.600		Comienza el gran endeudamiento del Estado argentino. A partir de 1980 se produce un viraje en la economía mundial. El crédito se vuelve escaso y caro. Pero nuestro país no parece estar a tiempo de virar: sigue aumentando su deuda, urgido por desequilibrios fiscales y comerciales. A fin de 1983 cada habitante debía al exterior US\$ 1.500. (ver NOTAS 1, 2 y 3)
1979			19.000		
1980			27.200		
1981	Viola		35.700		
1982	Galtieri		43.600		
1983	Signone		45.100		
1984			46.200		
1985			49.300		
1986	Alfonsín	UNIÓN CÍVICA RADICAL	52.500	+ 44%	
1987			58.500		
1988			58.700		
1989			65.300		
1990			62.200		
1991			61.334		
1992			62.986		
1993			72.209		
1994			85.656		
1995	Menem	PARTIDO JUSTICIALISTA	98.547	+ 123%	En 1992, el ministro Cavallo renegocia la deuda externa y logra ciertas postergaciones de las fechas de pagos y algunas deducciones de montos. Sin embargo, el endeudamiento sigue aumentando en forma galopante, engulléndose de paso lo que se pudo haber obtenido por las privatizaciones de empresas del Estado.
1996			109.756		
1997			124.832		
1998			140.884		
1999			146.219		
2000	De la Rúa	ALIANZA POR EL TRABAJO, LA JUSTICIA Y LA EDUCACIÓN	147.667	+ 22%	A fin del 2000 cada habitante debe al exterior US\$ 3.800.
2001	De la Rúa		180.000		
2004	Kirchner	FRENTE PARA LA VICTORIA	191.000		Las cifras están en observación ya que se carecen de datos seguros al haber problemas respecto de la confiabilidad de los mismos. Hay que tener en cuenta el canje realizado por deuda y el pago al FMI. Pero el problema es que no está claro si ese pago es de deuda pura o por cambio de letras contra reservas del Banco Central (cambiar deuda de un lado por deuda de otro).
2009	Fernández		200.000		

Fuente: FMM-Educación (FMM-Educación, Sin fecha)

En el gobierno de De La Rúa se sigue incrementando la deuda y es con Duhalde que se da un “default” parcial. Hay que recordar que ya desde los gobiernos de Alfonsín y especialmente en el de Menem el gobierno estaba viviendo de los préstamos internacionales, es decir, aumentando el volumen de deuda para sostener el funcionamiento del Estado. Este sería un lastre que cargarían el resto de gobiernos hasta la actualidad.

Pero, ¿qué falló en la renegociación de la deuda? ¿Por qué el megacanje de 1999-2001 fue un fracaso⁸?

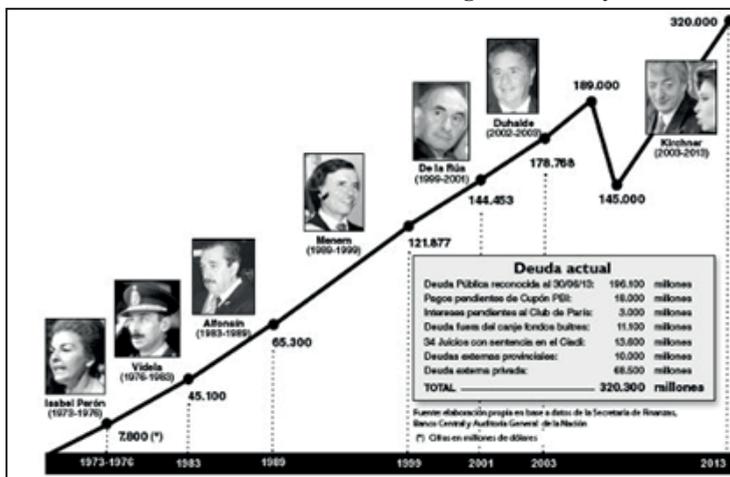
Sin duda, la orientación de política en el gobierno, su debilidad ante la banca y la corrupción llevaron a tal toma de decisiones.

La entrada de Néstor Kichner⁹ no cambió la situación, quien a pesar de haberle pagado anticipadamente al FMI la suma de 9.810 millones de dólares, siguió endeudando al país (Cuadro 2 y Gráfico 5).

⁸ El megacanje fue un canje de deuda pública utilizado entre 1999 y 2001 por el gobierno de Fernando De la Rúa e ideado por el entonces ministro de Economía, Domingo Cavallo. “Consistió en un mecanismo de canje de bonos de deuda pública para aplazar el pago de más de 20 mil millones de dólares en vencimientos de capital e interés es y así aliviar el déficit durante esos años. Se canjearon 46 bonos por otros 5, que aplazarían pagos hasta 2031. Entre onerosos intereses, comisiones y demás, la pericia realizada y las posteriores denuncias establecieron un incremento de la deuda en al menos 55.000 millones de dólares.” (MI Minuto Uno, 2014). Hay que anotar que Domingo Cavallo fue acusado penalmente, en causa ante el juez Ballesteros en 2005 y recientemente fue absuelto por el Tribunal Oral Federal 4. “Cavallo fue el único procesado en el juicio oral, ya que la Cámara Federal sobreseyó por prescripción de la causa a Mulford, al ex asesor del Ministerio Horacio Liendo y al ex secretario de Política Económica y actual diputado del PRO Federico Sturzenegger.” (pp. 12, 2014).

⁹ En su discurso sobre el pago de la deuda al FMI, Néstor Kichner señalaba que: “Nuestro reclamo de que esa institución cumpla un rol contracíclico, que no es más que exigir el cumplimiento de la finalidad para la que fue creado, evite el sistema de condicionalidades cruzadas, aumente el grado de transparencia de sus operaciones, reduzca el costo de su funcionamiento y mejore su capacidad de préstamo...”. (Kichner, 2005)

Gráfico 5
Situación de la deuda externa argentina 1973 y 2013



Fuente: <http://argentina.indymedia.org/news/2013/10/847953.php>

Quizás, a raíz de aplazar pagos (con el consabido aumento de intereses) y de tener que seguir funcionando con grandes dificultades económicas, se le suma el tener que seguir pagando una deuda antigua que se constituye en un lastre para Argentina. El ex diputado Mario Cafiero, señalaba que:

“ni Kirchner ni Lavagna se animaron a investigar la deuda antes de renegociarla”. Según el ex legislador, existe una deuda ilegítima de larga data generada por la última dictadura militar, que nunca fue indagada de fondo. “Uno de los errores fue no hacer un arreglo que comprendiera a todos los acreedores. El problema de Kirchner es que se quedó a mitad de camino”. (Perfil.com, 2008)

Lo más relevante, en el “Megacanje” con el gobierno de Néstor Kirchner, desde la perspectiva legal, fue lo siguiente (Juliá, 2006):

La nueva deuda pública: El objetivo de la operación de salida del default fue rescatar 62.000 Millones de U\$S de Deuda Vieja, contenida en 152 Bonos expresados en diferentes monedas, por 35.000 Millones de U\$S de Deuda Nueva (que al incluir los intereses capitalizados durante el primer decenio se irán a más de 45.000 Millones de U\$S). Además, se “renunció a cualquier objeción sobre la legitimidad de las acreencias, es decir sobre la validez de los bonos en default que fueron reestructurados,” y al “no haber desdoblado o separado las renegociaciones de dichas deudas sino haberlas unificado en

una sola gran operación de consolidación de pasivos, poniendo así en pie de igualdad títulos legales y títulos objetables” (subrayado nuestro).

Con el gobierno de Cristina Fernández, la deuda hacia el 2013 llegó a US\$320000 millones.

3.2.2 La denuncia y el fallo

El endeudamiento realizado durante la época de la dictadura estuvo plagado de irregularidades. Este podría catalogarse dentro del principio de “deuda odiosa” y “deuda ilegítima”, pero para ello debería ser encausado legalmente. La ilegalidad e ilegitimidad se pueden plantear según múltiples elementos asociados a tal endeudamiento. Se pasa a exponer algunos de esos elementos (aunque existen muchos más):

Un primer elemento que hay que resaltar es que el Banco Central, al momento de evaluar la deuda en 1985, solo conocía la deuda comercial (US\$2000 millones) de la deuda externa del sector privado. Los restantes US\$11000 o US\$12000 millones conformarían una deuda ilegítima. Los requerimientos por información a los bancos extranjeros sobre este tema no se respondieron, amparándose en el “secreto bancario” (OLMOS, 2006).

Un segundo elemento, visto desde el sector privado, es que agentes privados se “auto-prestaban”, depositando fondos en bancos extranjeros, los cuales a su vez les hacían préstamos que se llevaban a Argentina, donde se aprovechaban de los seguros otorgados por el Estado, de las tasas de cambio y de intereses diferenciales del mercado internacional con respecto al local: se trataba de un mecanismo cíclico, ya que las divisas volvían a los bancos extranjeros que otorgaban nuevos “préstamos” y así sucesivamente (MANZO, 2011).

Un tercer elemento que hay que recordar es que “el grueso de la deuda externa del sector privado –que hacia 1979 representaba cerca de la mitad del total adeudado por Argentina– fue traspasado al Estado entre los años 1981 y 1983 por intermedio de las comunicaciones “A” 31, 54, 61, 76, 137 y 251 del BCRA” (MANZO, 2011, p. 2).

Un cuarto elemento es que se dio “el endeudamiento de las empresas públicas en el exterior para conseguir dólares que no utilizaban y beneficiando a empresas privadas con esos dólares a través del Banco Central, con posterior estatización de las deudas privadas. YPF, por ejemplo, fue obligada a tomar deudas cada tres meses sin ninguna necesidad real. Es de destacar que a la compañía nunca llegaban esos dólares, que se quedaban en el Banco Central. En la última etapa del proceso, la deuda de YPF había llegado a 6.000 millones

de dólares; había crecido desde 1976 unas 16 veces, y llegó a constituir un décimo de la deuda total del país. Los dólares eran utilizados por los grupos privados para jugar y ganar con los tipos de cambio y la fuga de divisas.” (El Historiador, Sin fecha)

Un quinto elemento, desde el sector público, es que hubo “operatorias de créditos acordadas por sujetos que no eran funcionarios del Estado argentino, a tasas de intereses superiores a las de la media habitual, sin autorización previa del directorio del BCRA, sin disponer de los estudios técnicos de los sectores correspondientes, sin informar de los motivos que decidieron la selección de los acreedores ni de las modalidades y condiciones que le ofrecieron al BCRA y sin dejar registro del destino dado a los fondos obtenidos.” (MANZO, 2011, pp. 2-3).

La denuncia penal asociada a estos elementos la interpuso Alejandro Olmos (Foto 1) en octubre de 1982, incorporándose posteriormente otras denuncias, incluyendo una del futuro presidente Saúl Menem. El procesado fue el ex ministro Martínez de Hoz y al tribunal acudieron Klein (Secretario de Estado del Ministerio de Economía), los directores y gerentes del Banco Central, los directores y funcionarios de las empresas públicas y otras personas relacionadas. Se convocó a expertos peritos para estudiar la deuda externa, para determinar “cuánto se debe, a quién se debe y por qué se debe”, y además establecer la identidad de las personas comprometidas con las transgresiones jurídicas, elementos que fueron documentados en la causa penal. La causa constaba de 26 constancias y conclusiones que arrojaba la investigación criminal, de las cuales se enunciaron algunas más arriba. El detalle del proceso, de sus hechos, de los actores jurídicos y personas naturales se encuentra en (OLMOS, 2006).

Foto 1
Alejandro Olmos



Fuente: Video: Jorge Lanata-¿Quién era Alejandro Olmos?

-El juicio a la deuda externa

<https://www.youtube.com/watch?v=2FBIwDvdw58&feature=related>

En conclusión, la esencia de la denuncia, en el tema del endeudamiento externo, la señala (OLMOS, 2006, p. 90)

En la gestión de endeudamiento externo, manejada por los principales responsables de la conducción económica en áreas del Ministerio y del Banco Central, deben advertirse dos aspectos fundamentales en cuanto a la significación penal de la administración ejercida por aquellos responsables. Uno, es el que se refiere al grave perjuicio ocasionado a la economía nacional y cuya configuración delictiva se pretende enervar encuadrando todos los hechos en el marco de una “política” y no en el de una conducta “dolosa”. El otro aspecto es el determinado por los resultados lucrativos que, necesariamente, arrojan todas las operaciones de endeudamiento externo en beneficio de quienes participaron en su negociación.

El 13 de julio de 2000, el juez Jorge Ballesteros emitiría el fallo (de sobreseimiento por prescripción) frente a la causa instaurada por Alejandro Olmos contra José Alfredo Antonio Martínez de Hoz (ministro de economía del periodo 1976-1981). El fallo se constituía en un antecedente importante, ya que por primera vez se reconocía judicialmente la existencia de delitos frente al endeudamiento y la socialización de la deuda externa.

El juez Ballesteros resaltaba en su fallo:

-La arbitrariedad de los máximos responsables políticos y económicos, incluyendo directivos y gerentes de determinadas empresas y organismos públicos y privados, para incumplir la Carta Orgánica del Banco Central, para modificar los instrumentos legales a fin de prorrogar a favor de jueces extranjeros la jurisdicción de los tribunales nacionales, la no consideración de los registros contables de la deuda externa. Además se obligaba a las empresas públicas a endeudarse y obtener divisas que quedaban en el Banco Central, para volcarlas en el mercado de cambios y así sostener la política económica. Se agrega también la falta de control sobre la deuda contraída con avales del Estado por las empresas del Estado.

-Además de los préstamos tomados por el resto de empresas del Estado, se dio un endeudamiento del sector privado (bancos y empresas), donde esa deuda se hizo pública a través del régimen de cambio. Fue una socialización de los costos.

-Es claro que para el FMI existía un vínculo entre la deuda externa argentina, la entrada de capital externo de corto plazo y altas tasas de interés en el mercado interno y el sacrificio correspondiente del presupuesto nacional.

Finalmente el juez Ballesteros sugería el traslado de la causa al Congreso de la Nación para la determinación de la responsabilidad política de los actores de los sucesos que provocaron el fenomenal endeudamiento externo.

Era la primera vez en Argentina que se emitía un juicio de tal naturaleza.

3.2.3 El silencio oficial y cómplice de los responsables

El término preciso a utilizar frente al caso Olmos es el de impunidad.

La llegada de Raúl Alfonsín a la presidencia de la República llevó a reconsiderar el asunto de la deuda pública (OLMOS GAONA, 2012, p. 12):

En efecto, con la vuelta a un régimen democrático en diciembre de 1983, y consecuente con el propósito del Dr. Raúl Alfonsín de sólo pagar la deuda que fuera legítima, el Congreso dictó la ley 23.062, por medio de la cual se estableció que carecían de validez jurídica las normas y los actos administrativos emanados de las autoridades de facto surgidas de un “acto de rebelión”. Con posterioridad y mediante el dictado de la ley 23.854 se determinó que se rechazaban “las cuentas de inversión presentadas por el Poder Ejecutivo Nacional correspondiente a los ejercicios de los años 1976, 1977, 1978, 1979, 1980, 1981, 1982, y 1983”.

Además Alfonsín:

Creó, asimismo, en el senado de la nación la “Comisión Investigadora de Actos Ilícitos” y, por intermedio de la circular N° 340 del BCRA, conformó un cuerpo de contadores que tendría a su cargo el análisis de la deuda en moneda extranjera del sector privado existente al 31 de octubre de 1983. Finalmente, a principios de 1984, suspendió el pago de lo adeudado a los acreedores externos privados por un plazo de 6 meses y a los efectos de revisar la legalidad de los títulos de sus acreencias (MANZO, 2011, p. 3).

Posteriormente se disolvió la Comisión Investigadora y posteriormente (a 20 días de recibirse un préstamo del FMI), señala¹⁰ se decretó la amnistía por los delitos económicos vinculados a la deuda (resolución N° 1543/85).

A pesar de la ley 23.062 no se hizo nada al respecto. Baste señalar que después de casi 20 años de instaurada la denuncia por Alejandro Olmos, se pudo finalmente tener un fallo. Veamos algunos de estos elementos señalados por Alejandro Olmos Gaona, quien en una carta dirigida a varios congresistas argentinos señalaba la ignorancia y silencio frente al caso Olmos: indiferencia parlamentaria y de los gobiernos de Alfonsín, de De La Rúa, Duhalde, incluyendo el desoír a la justicia federal en sus requerimientos; el archivado de

¹⁰ *Ibidem*.

las investigaciones sobre la deuda; dejar sin efecto toda acción penal sobre el manejo indebido de divisas por orden del gobierno de la Unión Cívica Radical en 1985; el reconocimiento de la deuda con el Amor Bank de Holanda y con el Club de París, a pesar de que los auditores del Banco central demostraran el fraude; la realización del mega-canje en el gobierno de De La Rúa; la aceptación incondicional del gobierno de Menem de las obligaciones externas legales e ilegales; la minimización del número de sumarios por parte del Banco Central a pesar de los miles de implicados; el hecho de declararse incompetente el juez Reynoso frente a la investigación; el archivado en el Congreso de la sentencia del Juez Ballesteros y la desatención a su sugerencia de que fuese el Congreso quien adelantara el juicio de responsabilidades políticas; la indiferencia gubernamental y judicial a la continuación del endeudamiento, incluyendo el nuevo mega-canje realizado por Néstor Kichner.

Obviamente la sentencia del juez Ballesteros tuvo algunas consecuencias, entre otras sentar un precedente judicial, permitir que posteriormente se llamara a juicio al ex-ministro Cavalho (quien fue sobreseído en 2014) y que en los nuevos contratos de deuda se incluyeran cláusulas que exigieran que no se discutiera la legitimidad de las deudas contraídas.

3.3 Ecuador y la auditoría a la deuda

3.3.1 La evolución de la deuda ecuatoriana

En la dictadura militar de Lara y Poveda (1972-1979), y con el auge petrolero, la deuda pública externa pasó de U\$289 millones a U\$2603, agudizándose en razón del aumento de las tasas de interés por parte de EE.UU. hacia 1979. Pero fue en 1978, por una reforma constitucional, se le sustrajo al parlamento la posibilidad de examinar la política de endeudamiento, lo que llevó a la corrupción y clientelismo.

Posteriormente y durante 20 años se aplicaron políticas neoliberales, alineadas con las medidas propuestas por el FMI y el Banco Mundial, con el evidente empobrecimiento de la política social. De hecho, a principios de los años 80, con el salvamento del sector bancario por parte del Estado (la denominada *sucretización*), la deuda pasó de US\$1650 millones a US\$7500 millones. Pero lo que es relevante señalar es que se introdujeron reformas legales bajo la influencia de las instituciones financieras internacionales para asegurar el pago de la deuda, como fue el caso de un decreto que reconocía la impagabilidad de la deuda, o la emisión de bonos de deuda en divisas para cubrir la deuda privada. En los años 90 se emitieron los bonos Brady y en 1993 se emitieron bonos que nominalmente cubrían el saldo de la deuda pública (US\$909 millones), ya que previamente había financiado la deuda de 1983 a 1985. En 1994 se habían vuelto a emitir bonos y

acuerdos con bancos extranjeros. Hacia 1999 se dio una nueva crisis, que se buscó solucionar cambiando los bonos Brady por los bonos Global, con intereses del 10% y 12%. En el 2000 se dio la dolarización (que eliminó la moneda nacional), provocando la quiebra de los pequeños y medianos empresarios, así como la desvalorización del ahorro interno. A la pauperización se unió el conflicto social y la emigración de ecuatorianos al exterior (TOUSSAINT, DE ROMANET, LAMARQUE, BOUCHAT, & JACQUEMONT, 2008).

Hacia el 2001 se emite una nueva ley de responsabilización y transparencia fiscal, que garantizaba el reembolso de la deuda pública con los recursos del petróleo. Es así que:

Ecuador asistió a una proliferación de unidades encargadas de administrar proyectos financiados con créditos exteriores, pero que actuaban sin ninguna articulación entre ellas y en insuficiente coordinación con el gobierno. Por una parte la mala gestión y las disfunciones del sistema (que, a falta de un órgano de planificación y control eficaz, supeditaba las normas nacionales a las de las Instituciones financieras internacionales) y por otra parte las onerosas condiciones de reembolso impuestas al país (que era calificado de suficientemente pobre para beneficiarse de condiciones más favorables) sobrecargaron aún más el peso de la deuda del país (BOUCHAT, DE ROMANET, & JACQUEMONT, 2007, p. 14).

3.3.2 La auditoría

Con la subida del gobierno de Correa, y teniendo el antecedente de un escrutinio (auditoría) en el gobierno de Palacios, se realizó una revisión de la deuda externa ecuatoriana, a modo de auditoría. La premisa básica de este apartado es la siguiente: “Ecuador pudo investigar el origen de su deuda externa y comprobar las aberraciones políticas y jurídicas que se cometieron. Le sirvió para pagar menos y negociar en mejores condiciones con sus acreedores” (OLMOS GAONA, 2010). Pero el punto esencial es que fue la directiva presidencial, de un gobierno elegido democráticamente y con altos niveles de legitimidad, el cual llevó a cabo la auditoría y tomó las medidas correspondientes para manejar la deuda odiosa e ilegítima. Es decir, fue una decisión de VOLUNTAD POLÍTICA.

En efecto, al poco tiempo de llegar al gobierno, el presidente del Ecuador, Rafael Correa:

“creó la Comisión para la Auditoría Integral del Crédito Público (CAIC), mediante el decreto ejecutivo 472, tomando juramento a sus miembros el 23 de julio de 2007 en la Gobernación de Guayas, de la ciudad de Guayaquil... La CAIC, estuvo integrada por diez miembros ecuatorianos y cinco extranjeros... y fue presidida por el ministro de Coordinación de la Política, economista

Ricardo Patiño y se dividió en distintas comisiones, para proceder al trabajo que se les encomendara que comenzó, en realidad en el mes de enero del 2008, debido a una serie de trabas burocráticas, que recién en esa fecha pudieron superarse.” (OLMOS GAONA, Ecuador investigó su deuda externa, 2010).

Nótese que además de crearse la Comisión, los miembros nombrados eran de confianza del gobierno y seguramente estaban blindados ante el chantaje o soborno. De hecho se les tomó juramento.

Según el autor¹¹, quien fue miembro de la Comisión:

El presidente Correa consideró que el paso previo a cualquier renegociación de la deuda heredada de los anteriores gobiernos era analizar cuidadosamente su origen, su formación y, en definitiva, qué parte de ella era legítima y cuál no lo era, para proceder en consecuencia a cortar de raíz con una transferencia de recursos que impedía seriamente el desarrollo de emprendimientos productivos de interés nacional.

Así se examinaron, además de los aspectos contables, las consecuencias del endeudamiento, tanto en lo económico, en el medio ambiente, en los grupos sociales de indígenas o afrodescendientes, etc., pero que también se encontró con oposición de funcionarios estatales en el Banco Central y en el Ministerio de Finanzas, que provenientes de administraciones anteriores, no querían que las cuentas públicas se transparentaran, “ya que muchos de ellos, habían intervenido en algunas negociaciones.” (OLMOS GAONA, 2010).

Se encontró una gran similitud con el proceso de endeudamiento argentino. Un endeudamiento agresivo durante la dictadura, una estatización de la deuda privada (en el gobierno de Hurtado), renegociación de la deuda con la banca privada en condiciones onerosas y consecuentemente un crecimiento de la deuda, hasta la interrupción de los pagos en 1986. A principios de los noventa, como arriba se dijo, se dio la incorporación al Plan Brady, con una posterior refinanciación total de la deuda, en donde “se decidió de acuerdo con los acreedores, refinanciar la totalidad, volviendo a incrementarse la deuda, y las garantías fueron vendidas por Salomon Smith Barney (Citibank) uno de los que interviniera en la operación, desconociéndose el destino de los fondos, con excepción de algunas pocas sumas que pudieron ser documentadas.” (OLMOS GAONA, 2010)

Además de la aquiescencia ilegal del Procurador del Estado, hubo “aberraciones jurídicas” (expresión de Olmos Gaona), como las que se muestran en el Cuadro 2.

¹¹ Ibídem.

Cuadro 2

Hallazgos de la Auditoría de la deuda en Ecuador

- 1) *La indudable lesión a los intereses del Estado y al patrimonio público*
- 2) *La violación a principios fundamentales del derecho administrativo*
- 3) *La ignorancia del cabal destino de los fondos durante la dictadura.*
- 4) *La violación del Código Civil, el Código de Comercio y la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.*
- 5) *La violación de la Constitución.*
- 6) *La obligatoriedad de contraer préstamos con el FMI, aún cuando no se necesitara el dinero, como condición de cumplimiento del contrato con los bancos acreedores.*
- 7) *Se eximió de cualquier responsabilidad, por cualquier acto lesivo, a los bancos acreedores, representantes, empleados, directivos, etc.*
- 8) *Se renunció a cualquier tipo de inmunidad.*
- 9) *El Ecuador se hizo cargo de la totalidad de los gastos de los acreedores, sus abogados, asesores, operadores, etc.*
- 10) *Se firmaron convenios sin autorización legal.*
- 11) *Se renunció a todas las defensas que pudiese oponer el país, en caso de una acción legal.*
- 12) *Se renunció a cualquier acción legal, en caso de que el convenio firmado fuera nulo, ilegal o no ejecutable.*
- 13) *Los procuradores del Estado, incurrieron desde 1977 hasta el 2005 en los delitos de falsedad ideológica, prevaricato, e incumplimiento de los deberes de funcionario público.*
- 14) *Se estableció, falsamente, en los convenios que éstos se encontraban en legal forma bajo las leyes del Ecuador.*
- 15) *En el caso de los bonos 2012 y 2030, el convenio “Indenture” que establecía las pautas a las que debían ajustarse, no tuvo el obligatorio dictamen de la Procuraduría, y el mismo recién fue remitido a las autoridades ecuatorianas cinco años después de ser firmado por el Cónsul de Ecuador en Nueva York.*
- 16) *Se firmaron convenios con fechas antedatadas.*
- 17) *En la generalidad de los casos las emisiones de bonos fueron colocaciones privadas a ser negociadas en gran parte en paraísos fiscales y nunca obedecieron a las formalidades de una oferta pública, sujeta a las estipulaciones de la Securities Exchange Comisión de Estados Unidos, como correspondía a una negociación clara y transparente.*
- 18) *Se aceptaron créditos de los organismos multilaterales, para privatizar sectores estratégicos, y no para proyectos de desarrollo.*
- 19) *Se convalidó el abuso de derecho.*

Fuente: (OLMOS GAONA, 2010, p. Párrafo 11).

Señala además (OLMOS GAONA, 2010, p. Párrafo 13):

Ante la existencia de graves irregularidades, de los delitos de acción pública mostrados y del incumplimiento de los principios fundamentales del orden jurídico del país y aún de los Estados Unidos, a cuya legislación estaban sometidos los contratos, y los que aún se encuentran vigentes, el presidente Rafael Correa decidió que el Ministro Fiscal del Estado, Washington Pesantez, iniciara una indagación previa sobre la base de la voluminosa documentación reunida por la Comisión a los efectos de imputar a los responsables del endeudamiento, habiendo sido citados ya varios ex presidentes y otros funcionarios.

Es así que el escenario estaba puesto: se demostraban las irregularidades jurídicas en Ecuador y EE.UU. y la investigación e imputación a responsables (sin importar el rango). Era posible impugnar el crédito, adelantar acciones legales en el nivel internacional o negociar. Se optó por este último camino, pues al darse la crisis financiera en Europa y EE.UU. y bajarse el volumen de remesas, Correa, dirá Olmos Gaona, tuvo que enfrentar a los acreedores. El resultado: ofrecer pagar el 30% de los bonos en efectivo (US\$3200 millones), lo que fue afectado por el 92% de los acreedores, economizándose el Estado US\$7000 que se pagarían en intereses y amortizaciones en los años posteriores. En efecto, continúa diciendo Olmos Gaona, los acreedores no iban a arriesgarse en un pleito interminable y de resultados inciertos: “más vale pájaro en mano que cien volando”.

Un ejemplo:

Había una cláusula en los contratos de los Bonos Brady (que dieran lugar a los Globales y a su reestructuración en el 2000) que señala que “el término del acuerdo se contará desde los 21 años menos un día desde la muerte del último de los descendientes vivos del embajador de los EEUU en la Corte de Saint James, Joseph Kennedy, padre del ex presidente de ese país” (CARELLA, 2009, p. Párrafo 4).

Conclusiones

Por lo visto aquí, se puede constatar que la fuerza política, como ejercicio de la soberanía, transmitida al ejercicio del derecho, puede oponerse a las condiciones oprobiosas de la contratación con la banca internacional.

La imposibilidad de que Argentina enfrentara decididamente una renegociación bajo condiciones dignas tuvo que ver con el fracaso al juicio de la deuda impulsada por Alejandro Olmos debido a su prescripción. Este país ha tenido que cargar con el fardo histórico de la deuda. Varios factores se juntaron

para que se dificultara un enjuiciamiento a fondo: la ausencia de Voluntad política del Congreso y los gobiernos argentinos. De hecho, la voluntad política se ha visto controlada y minimizada cuando se necesitan fondos de crédito, asociados a las necesidades urgentes de los gobiernos. Ello se ha reflejado en el aumento del tamaño de la deuda argentina y una mayor presión sobre Argentina. Este país arriba a las negociaciones con los fondos buitre en condiciones precarias. A lo anterior se junta la corrupción del sector privado nacional e del sector privado internacional, quienes no están interesados en que se investigue el caso de la deuda. De hecho ellos inciden decisivamente en el Estado, más aún cuando muchos de los funcionarios gozan de una “puerta giratoria” hacia y desde el sector privado. Es además importante considerar que todavía muchos de estos funcionarios involucrados poseen gran influencia sobre los centros de decisión, por lo que pueden paralizar cualquier investigación. El problema de la deuda argentina y su expansión no se circunscribe a la época de la Junta Militar, sino que se extiende en el tiempo hasta la actualidad.

Para el caso ecuatoriano el panorama cambia por la llegada de Correa al poder. Su alto nivel de legitimidad y de gobernabilidad (gracias al apoyo de Alianza País, a la posibilidad de generar una constituyente, al dominio político sobre el Congreso, a sus altos niveles de popularidad), aunado a una voluntad asociada a un nacionalismo económico, que se concretó en el saneamiento de las finanzas públicas (eliminar la corrupción, controlar la evasión de impuestos, cambiar las condiciones de los contratos petroleros y renegociar la deuda), lleva a que su posición frente a la negociación de la deuda sea clara: la ilegitimidad de la deuda surge de la ilegalidad de la contratación y de la corrupción misma. Pero allí la decisión política y el apoyo a ella serán fundamentales.

Desde la perspectiva de los argumentos jurídicos, se puede buscar la suspensión de los reembolsos de las deudas públicas, que lleven incluso a la nulidad de los contratos de préstamo. Para ello, además de estudiar las cláusulas del contrato, también se deben examinar las circunstancias que lo rodean y el destino de los fondos demandados (VIVIEN & LAMARQUE, 2011).

Aquí se resumen algunas de las estrategias respectivas para declarar la nulidad de las deudas públicas. Para tal efecto nos basaremos en (VIVIEN & LAMARQUE, 2011). Serían los siguientes:

A) Los vicios del consentimiento (basados en la Convención de Viena de 1969):

La incompetencia del contratante, quien no tiene el poder suficiente para firmar el contrato o convenio.

La corrupción del contratante por medios directos o indirectos durante la negociación (pagos de sobornos o comisiones a miembros del Estado contratante)

La coerción ejercida sobre el contratante mediante actos o amenazas dirigidas contra el mismo (militares, políticas o económicas).

El dolo, en donde un Estado es llevado a firmar el préstamo mediante la conducta fraudulenta de otro Estado o de una organización internacional que haya participado en la negociación. Por ejemplo, si el contrato del FMI lleva al empobrecimiento de la población, ello va en contra de sus estatutos.

B) La causa ilícita o inmoral del contrato:

La compra de material militar (ej. violación del artículo 26 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, que impone a los Estados reglamentar el comercio de armamento).

La ayuda ligada: préstamos a cambio de compras obligatorias de bienes o servicios.

Financiación condicionada por el ajuste estructural, vulnerando la soberanía e interviniendo en los asuntos internos del Estado prestatario.

La construcción de proyectos no rentables o que conllevan perjuicios a las poblaciones y al medio ambiente.

La deuda privada se transforma en deuda pública.

El reembolso de antiguos préstamos ilegales: una deuda ilícita no pierde, debido a un proceso de renegociación o de reestructuración, su carácter ilegal.

El pago de deudas ya saldadas, donde se paga varias veces los préstamos.

C) El uso ilícito de los fondos prestados

La deuda salida de una colonización, en donde un país se independiza.

Los préstamos concedidos a dictaduras. Por ejemplo, la deuda odiosa, ya que los fondos pudieron ser utilizados en contra de la población y para favorecer el gobierno despótico.

Los préstamos a los regímenes llamados democráticos que violan el *jus cogens*¹² (Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, artículo

¹² “Es el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el que define el Ius Cogens como el conjunto de normas imperativas de derecho internacional general, establecidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto. Las normas de ius cogens no

53), de normas como estas: prohibición de llevar a cabo guerras de agresión, la prohibición de practicar la tortura, la prohibición de cometer crímenes contra la humanidad y el derecho de los pueblos a la autodeterminación.

Los préstamos desviados con la complicidad de los acreedores: préstamos contraídos con objetivos manifiestamente interesados y personales de los miembros del gobierno o de personas y agrupaciones ligadas al gobierno, sin ninguna relación con los intereses del Estado. La CAIC en Ecuador puso en evidencia el hecho de que algunos préstamos habían sido desviados de sus objetivos de «desarrollo». Efectivamente, tres créditos del Banco Interamericano de Desarrollo, que se suponía que beneficiarían a los sectores agrícolas, financiero y de los transportes, se utilizaron parcialmente para comprar bonos Brady.

D) Actos unilaterales contra la deuda ilegítima

No existe, en el derecho internacional, la obligación absoluta de reembolsar las deudas, más aún cuando el derecho internacional impone a los poderes públicos la prioridad de proteger los derechos humanos. Es decir, los derechos humanos están por encima sobre los derechos de los acreedores.

Desde el punto de generación de doctrina que alimente la jurisprudencia internacional, el sistema de arbitraje (usualmente anclado en los países sede de la empresa transnacional o del organismo internacional), en una constelación asimétrica de fuerzas, lleva a fallos desfavorables, que a la larga pueden favorecer al gran capital (VIVIEN & LAMARQUE, 2011).

¿El cambio debe darse hacia el financiamiento responsable? ¿Cuál perfil debe llenar? ¿Soluciona los desequilibrios Norte-Sur? ¿En qué queda la soberanía estatal? ¿Cuál debe ser el papel de las élites gobernantes? ¿Y cuál el papel de la sociedad civil?

Referencias

ALLISON, G. (1988). *La esencia de la decisión. Análisis explicativo de la crisis de los misiles en Cuba*. Buenos Aires, Argentina: Grupo Editor Latinoamericano.

pueden ser derogadas, salvo por otra norma del mismo rango. Cualquier tratado internacional contrario a una norma de ius cogens es nulo... Aunque no existe ningún catálogo oficial de normas imperativas, se considera que lo son, entre otras, la prohibición del uso de la fuerza, la prohibición del genocidio, la prohibición del racismo y el apartheid, el derecho de autodeterminación de los pueblos, la prohibición de la tortura, así como las normas fundamentales del Derecho humanitario.” (CEBADA, 2014)

- BOUCHAT, B., DE ROMANET, V., & JACQUEMONT, S. (14 de Agosto de 2007). *La deuda ilegítima de Ecuador. Por una auditoría integral de la deuda*. Recuperado el 30 de Noviembre de 2014, de CADTM: http://cadtm.org/IMG/pdf/Estudio_Ecuador_CADTM_14_Agosto2007_DEF.pdf
- CARELLA, A. (6 de Mayo de 2009). *La auditoría de la deuda externa del Ecuador*. Recuperado el 19 de Noviembre de 2014, de Comité para la Anulación de la Deuda del Tercer Mundo: <http://cadtm.org/La-auditoria-de-la-deuda-externa#nb2>
- CEBADA, A. (18 de Noviembre de 2014). *¿Qué es el Ius Cogens? / What is ius cogens?* Recuperado el 19 de Noviembre de 2014, de IUS COGENS: <http://www.iuscogensinternacional.com/p/que-es-el-ius-cogens.html>
- DAHL, R. (2010). *¿Quién gobierna? Democracia y poder en una ciudad estadounidense* (1ª ed.). Madrid, España : Centro de Investigaciones Sociológicas.
- El Historiador. (Sin fecha). *La causa Olmos y un fallo contra la deuda externa de la dictadura*. Recuperado el 30 de Noviembre de 2014, de http://www.elhistoriador.com.ar/articulos/dictadura/la_causa_olmos_y_un_fallo_contra_la_deuda_externa_de_la_dictadura.php
- FIELDING, N., & FIELDING, J. (2011). Comparative Methods in Social Science. En P. Atkinson, & Delamont (Edits.), *Sage Qualitative Research Methods* (Vol. I, págs. 53-72). Londres, Inglaterra: Sage.
- FITZPATRICK, P. (2010). La infamia del derecho. En P. Fitzpatrick, *El derecho como resistencia: modernismo, imperialismo, legalismo* (pp. 47-84). Bogotá D.C. , Colombia: Siglo del Hombre Editores.
- FMM-Educación. (Sin fecha). *Evolución de la deuda externa argentina*. Recuperado el 30 de Noviembre de 2014, de FMM-Educación: <http://www.fmmeduccion.com.ar/Historia/Notas/evodeudaargentina.htm>
- Fondo Monetario Internacional. (31 de Marzo de 2014). *La condicionalidad del FMI*. Recuperado el 17 de Noviembre de 2014, de <https://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/conditios.htm>
- Georgetown University y Organización de Estados Americanos. (1998). *Base de Datos Políticos de las Américas*. Recuperado el 11 de Noviembre de 2014, de <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Estado/soberania.html>.
- HABERMAS, J. (1990). *Conocimiento e interés*. Madrid, España : Taurus.
- HERNÁNDEZ, R., FERNÁNDEZ, C., & BAPTISTA, M. d. (2014). *Metodología de la Investigación* (6ª ed.). México D.F., México: McGraw Hill.
- JIMÉNEZ RAMÍREZ, M. C., & ARBOLEDA RAMÍREZ, P. B. (2015). La cláusula democrática en la Constitución: una aproximación a su alcance. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 53-90.

- JULIÁ, C. (23 de Septiembre de 2006). *La deuda externa después del mega canje de Kirchner y la cancelación de la deuda con el FMI*. Recuperado el 30 de Noviembre de 2014, de ALAI, América Latina en Movimiento: <http://alainet.org/active/13554&lang=es>
- KEOHANE, R., & NYE, J. (1988). *Poder e interdependencia. La política mundial en transición* (1ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Grupo Editor Latinoamericano.
- KIRCHNER, N. (15 de Diciembre de 2005). *Discurso de Néstor Kirchner sobre el pago al FMI*. Recuperado el 30 de Noviembre de 2014, de <https://es-es.facebook.com/notes/cristina-fernandez-de-kirchner/discurso-de-n%C3%A9stor-kirchner-sobre-el-pago-al-fmi/582174781810392>
- LEYVA, G., & MESQUITA, M. (2012). Teoría Crítica: El indisoluble vínculo entre la teoría social y la crítica normativa inmanente. En E. de la Garza, & G. Leyva (Edits.), *Tratado de metodología de las ciencias sociales: perspectivas actuales* (pp. 267-324). México D.F., México : Fondo de Cultura Económica.
- M1 Minuto Uno. (7 de Octubre de 2014). *Qué fue el megacanje: cinco claves para entenderlo*. Recuperado el 29 de Noviembre de 2014, de <http://www.minutouno.com/notas/340132-que-fue-el-megacanje-cinco-claves-entenderlo>
- MANZO, A. (11 de Marzo de 2011). Recuperado el 30 de Noviembre de 2014, de Sociología Jurídica América Latina y el Caribe.
- MAYER, W., & MOURMOURAS, A. (Diciembre de 2005). La condicionalidad del FMI: un enfoque basado en la teoría de la política con grupos de interés. *ICE*(827), 83-94.
- MCKERNAN, J. (1999). *Investigación-acción y curriculum* (3ª ed.). Madrid, España : Ediciones Morata.
- NEMIÑA, P. (5, 6 y 7 de Diciembre de 2012). *Notas para el análisis estratégico de los procesos de negociación entre el FMI y los Gobiernos tomadores de crédito. Versión preliminar*. Recuperado el 17 de Noviembre de 2014, de VII Jornadas de Sociología de la Universidad Nacional de La Plata. "Argentina en el escenario latinoamericano actual: debates desde las ciencias sociales": <http://jornadassociologia.fahce.unlp.edu.ar/actas/Nemina.pdf>
- OCAMPO, J. A. (31 de Mayo de 2011). *Seis décadas de debates económicos latinoamericanos*. Recuperado el 30 de Noviembre de 2014, de Initiative for Policy Dialogue: http://policydialogue.org/files/events/SEGIB-PNUD_Ocampo-final.pdf
- OCAMPO, J. A. (2014). La crisis latinoamericana de la deuda a la luz de la historia. En J. A. OCAMPO, B. STALLINGGS, I. BUSTILLO, H. VELLOSO, & R. FRENKEL, *La crisis latinoamericana de la deuda desde la perspectiva histórica* (pp. 19-51). Santiago de Chile, Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- OLMOS GAONA, A. (6 de Marzo de 2010). *Ecuador investigó su deuda externa*. Recuperado el 19 de Noviembre de 2014, de Radio Informaremos: <http://>

- radioinformaremosmexico.wordpress.com/2010/03/06/ecuador-investigó-su-deuda-externa-alejandro-olmos-gaona-la-arena/
- OLMOS GAONA, A. (2012). Deuda externa y derechos humanos: aspectos de una condicionalidad silenciada. *Tiempo de Gestión*, 9-39.
- OLMOS GAONA, A. (25 de Mayo de 2013). *Carta del historiador Olmos a Diputados: Escandalizarse por unos, y guardar silencio por otros*. Recuperado el 25 de Noviembre de 2014, de Portal Ecuménico Oikoumene: <http://www.portalecumenico.net/es/noticias-detalle.asp?cod=1965>
- OLMOS, A. (2006). *Todo lo que quiso saber sobre la deuda externa y siempre se lo ocultaron. Quiénes y cómo la contrajeron* (6ª ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediciones Continente.
- Organización de las Naciones Unidas. (5 de Diciembre de 2014). *ONU crea un comité especial para la negociación de reestructuraciones de deuda*. Recuperado el 18 de Agosto de 2016, de Centro de Noticias ONU: <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=31184&Kw1=deuda+soberana&Kw2=&Kw3=#.V7ZB9TWYWao>
- Organización de las Naciones Unidas. (3 de Febrero de 2015). *Comité Ad Hoc sobre procesos de reestructuración de deuda soberana comienza sesiones*. Recuperado el 18 de Agosto de 2016, de Centro de Noticias ONU: <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=31567&Kw1=deuda+soberana&Kw2=&Kw3=#.V7ZAYjWYWao>
- Organización de las Naciones Unidas. (28 de Julio de 2015). *Comité de la ONU aprueba principios para combatir la actividad especulativa en procesos de reestructuración de deuda soberana*. Recuperado el 18 de Agosto de 2016, de Centro de Noticias ONU: <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=32918&Kw1=deuda+soberana&Kw2=&Kw3=#.V7ZDnDWYWao>
- Organización de las Naciones Unidas. (10 de Septiembre de 2015). *La Asamblea General establece principios básicos para procesos de reestructuración de deuda*. Recuperado el 18 de Agosto de 2016, de Centro de Noticias ONU: La Asamblea General establece principios básicos para procesos de reestructuración de deuda
- Página 12. (6 de Octubre de 2014). *Cavallo, absuelto por el Megacanje*. Recuperado el 30 de Noviembre de 2014, de <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-256922-2014-10-06.html>
- Perfil.com. (7 de Noviembre de 2008). *La deuda externa de los Kirchner*. Recuperado el 29 de Noviembre de 2014, de <http://www.perfil.com/economia/La-deuda-externa-de-los-Kirchner-20081105-0037.html>
- PERKINS, J. (2004). *Confesiones de un gangster económico. La cara oculta del Imperialismo americano*. Barcelona, España : Ediciones Urano, S.A.

- SCOTT, S. (2010). *International Law in World Politics. An Introduction* (2ª ed.). Boulder, Colorado, Estados Unidos: Lynne Rienner Publishers.
- TAYLOR, S., & BOGDAN, R. (1987). *Introducción a los métodos cualitativos de investigación. La búsqueda de significados* (1ª ed.). Barcelona, España: Paidós.
- TOUSSAINT, É., DE ROMANET, V., LAMARQUE, C., BOUCHAT, B., & JACQUEMONT, S. (2008). La deuda ilegítima de Ecuador. En É. TOUSSAINT, V. DE ROMANET, C. LAMARQUE, B. BOUCHAT, & S. JACQUEMONT, *La deuda ilegítima de Ecuador* (pp. 15-35). Bogotá, Colombia : Fundación para la Investigación y la Cultura.
- VIVIEN, R., & LAMARQUE, C. (22 de Julio de 2011). *Algunos fundamentos jurídicos para declarar la nulidad de las deudas públicas*. Recuperado el 19 de Noviembre de 2014, de Comité para la Anulación de la Deuda del Tercer Mundo CADTM: <http://cadtm.org/Algunos-fundamentos-juridicos-para,6903>

La extrafiscalidad con fines ambientales en el impuesto al consumo en Colombia: IVA*

Extrafiscality for environmental purposes in the consumption tax in Colombia: VAT

Recibido: Julio 24 de 2015 - Evaluado: Noviembre 22 de 2015 - Aceptado: Diciembre 10 de 2015

Yesenia del Carmen Trejo Cruz**
Anayibe Ome Barahona***

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto resultado del proyecto de investigación denominado “Fiscalidad ambiental: implicación sobre los tributos tradicionales y su transcendencia en la política económica de Colombia”, que estudia, entre otros aspectos, la teoría de la extrafiscalidad con fines ambientales en el Impuesto sobre la renta y el IVA, del ordenamiento tributario colombiano.

** PosDoctora en Derecho Tributario Europeo y Especialista en Gestión Tributaria por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España; Doctora y Licenciada en Derecho por la Universidad Veracruzana; Docente de la Facultad de Derecho e Investigadora de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la U.V.; Nivel I en el Sistema Nacional de Investigadores; Nivel V del Programa de Estímulos al Desempeño del Personal Académico; Perfil deseable PROMEP; Miembro del Colegio Nacional de Profesores e investigadores en Finanzas Públicas A.C.; Miembro del Cuerpo Académico consolidado “Redes para el Desarrollo, Cultura, Ciencia y Tecnología en Transdisciplinariedad”.
Correo electrónico: maestriaderecho@hotmail.com.

*** Doctorando del Programa en Derecho Tributario Europeo, Universidad de Castilla – La Mancha, Toledo-España. Especialista en Gerencia Tributaria y Contadora Pública de la Universidad de la Amazonia, Florencia-Caquetá, Colombia. Profesora hora cátedra de la Especialización en Gerencia Tributaria y del Programa de Contaduría Pública, investigadora en el área de tributaria de la Facultad de Ciencias Contables, Económicas y Administrativas de la Universidad de la Amazonia, Florencia-Caquetá, Colombia.
Correo electrónico: a.ome@udla.edu.co.

John Jairo Restrepo Lizcano****

Para citar este artículo / To cite this article

Trejo Cruz, Y., Ome Barahona, A., & Restrepo Lizcano, J. J. (2016). La extrafiscalidad con fines ambientales en el impuesto al consumo en Colombia: IVA. *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), (185-212).

Resumen

El presente artículo de investigación aborda, inicialmente, los fundamentos de la fiscalidad ambiental y su avance en el ordenamiento jurídico colombiano, como preámbulo a la contemplación de las características extrafiscales de uno de los principales tributos en materia de recaudación colombiana: el Impuesto sobre las Ventas-IVA. Teoría que posibilita la cooperación de este instituto jurídico en la materialización de los objetivos de política ambiental, haciéndose notorio en las exenciones, no sujeciones y tipos impositivos altos y reducidos que contempla dicho gravamen.

Palabras clave: Fiscalidad ambiental, política ambiental, competencias ambientales, extrafiscalidad, impuesto al consumo.

Abstract

This investigation article approaches, initially, the foundations of the environmental taxation and its advance in the Colombian legal system, like preamble to the contemplation of the extrafiscality characteristics of one of the main tributes in Colombian taxation: the Tax on the Sales - VAT. Theory that makes possible the cooperation of this legal institute in the materialization of the environmental policy objectives, being made noticeable in the exemptions, not subjectations and high and reduced taxation rates.

Key Words: Environmental taxation, environmental policy, environmental competences, extrafiscality, consumption tax.

**** Magister en Derecho tributario y Especialista en Gerencia Tributaria. Docente tiempo completo de la Universidad de la Amazonia, docente Invitado de la Maestría en Tributación de la Universidad de Manizales, y de la Especialización en Gerencia Tributaria de la Universidad Autónoma de Colombia. Coordinador de la Maestría en Tributación de la Uniamazonia, y Director del Grupo de Investigación SINAPSIS.

Correo electrónico: jjairorestrepo@uniamazonia.edu.co

Resumo:

O presente artigo trata sobre os fundamentos da fiscalidade ambiental e o seu avance no ordenamento jurídico colombiano, afim de ser um préambulo à contemplação de características extrafiscais como um dos principais tributos colombianos, o IVA. Esta teoria possibilita a cooperação do imposto com um âmbito ambiental, amostrando as exceções, as sujeições e os tipos de cobros expostos por tal imposto.

Palavras chave: Taxa ambiental, política ambiental, extrafiscalidade.

Résumé:

Cet article vise avant tout à exposer les fondements de la fiscalité environnementale et son développement dans l'ordonnement juridique colombien, en tant que préambule à la contemplation de caractéristiques extra-fiscales de l'un des principaux impôts en matière de fiscalité colombienne : Le taux de valeur ajouté – IVA. Théorie permettant la coopération de l'institut juridique dans la mise en œuvre des politiques environnementales, face aux caractéristiques propres ce cet impôt.

Mots-clés: fiscalité environnementale, politique environnementale, compétences environnementales extra-fiscalité, taux de valeur ajouté.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - 1. Fundamentos de la fiscalidad ambiental y su avance en el ordenamiento jurídico colombiano. - 2. El IVA colombiano y sus características extrafiscales. - 2.1. Bienes exentos - son objeto de una desgravación tributaria total - (Art. 477). - 2.2. Bienes y servicios excluidos - que no son objeto del impuesto - (Arts. 424 y 476). - 2.3. Bienes y servicios gravados. Conclusiones. - Referencias.

Introducción

Los Estados hoy en día, se colocan a la vanguardia en la custodia del medio ambiente, integrando sus políticas públicas a través de sus ordenamientos, instituciones y programas. El caso estudiado no es la excepción, el legislador colombiano, en cumplimiento de las bases constitucionales, desde la década de los 90's del siglo pasado, viene armonizando la política ambiental y la fiscal, con la implementación –en los supuestos fiscales– de mecanismos de inducción de conductas que representan un menoscabo o uso excedido de los bienes que no son de apoderamiento personal y de los que sí lo son. En ese sentido, se aprecia un avance del Derecho público frente a la condicionante de los derechos individuales

y patrimoniales de las personas jurídicas y naturales, por cuanto, se necesita proteger la biodiversidad y los bienes presentes en especie.

El Impuesto sobre las Ventas, que agrupa los mismos comportamientos del Impuesto al Valor Agregado-IVA, de tinte internacional, es tomado –en lo sucesivo– como sinónimo de este último, en cuanto a las tipificaciones enunciadas, como parte de la praxis fiscal-cultural de Colombia; ordenamiento, donde constituye un gravamen controlado y gestionado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN–, y que opera a la luz de las conductas de enajenación de bienes, prestación de servicios e importaciones; aunque – esta vez– su examinación gira en torno a las características de un instrumento económico-fiscal, destinado a la preservación de la naturaleza en realización de los objetivos de política ambiental.

Así las cosas, y con el propósito de realizar un estudio lineal de la fiscalidad ambiental y no comparada, sin querer desarrollar –tampoco– la sistematización de los ordenamientos tributarios y su prelación, este trabajo se fundamenta en fuentes regulatorias del Estatuto Tributario y en doctrina de vertiente ambiental, en aras de identificar los comportamientos extrafiscales del IVA en su condición de figura tributaria nacida con fines meramente recaudatorios; siempre que es importante desdoblarse los aspectos que lo encausan como tributo que contribuye con el cumplimiento de las obligaciones constitucionales de índole ambiental.

La extrafiscalidad en los tributos de naturaleza fiscal se detecta en el fomento que éstos realizan sobre algún sector económico en particular, o, bien, en el incentivo del desarrollo social, como ha sucedido con el Impuesto sobre la Renta para la Equidad –CREE, establecido por la Ley 1607 de 2012, para propiciar la generación de empleo y la inversión social.

En ese contexto, se da solución a casos concretos en tesis y persiguiendo una visión pragmática del entorno en que transcurre el IVA, se incorporan criterios normativos, dictados en procura de la protección de los recursos naturales, y que involucra al sistema jurídico tributario.

Hechas las anteriores precisiones, este artículo de investigación, resalta los fundamentos generales de la fiscalidad ambiental, así como los preceptos constitucionales de protección ambiental, que han habilitado el avance de esta materia en el ordenamiento jurídico colombiano. Un abordaje necesario y previo al desarrollo de las características extrafiscales del IVA, un impuesto creado, exclusivamente, para allegar recursos financieros a las arcas del Estado, y que, gracias a las exenciones, no sujeciones y tipos impositivos altos y reducidos que contempla, denota favorecimiento del entorno natural, perfilándose, así, en un tributo que contribuye con la consecución de la política ambiental del país.

A los efectos de subrayar las características extrafiscales del gravamen, se analizan tres aspectos concurrentes del mismo: los bienes y servicios gravados; los bienes y servicios excluidos; y los bienes y servicios exentos.

En cuanto a la exención que dicta el Art. 477 E.T., la extrafiscalidad en el IVA se percibe en el biocombustible de origen vegetal y animal, un producto que sufre una desgravación total, considerando el legislador que éste causa menores efectos negativos al medio natural.

También se observa en el supuesto de no sujeción (exclusión) aplicado a los equipos y elementos nacionales o importados que se destinen a la construcción, instalación, montaje y operación de sistemas de control y monitoreo, siempre que se dé cumplimiento a las disposiciones, regulaciones y estándares ambientales.

Otra forma de repercutir en la mejora del entorno natural, está dado en la fijación de tipos impositivos (tarifas) elevados o reducidos. La legislación fiscal colombiana, *v. gr.*, estableció un tipo impositivo alto del 35% a los productores de alcohol o aguardiente; una medida que denota características extrafiscales tendiente a preservar los recursos naturales, siempre que la fabricación de alcohol o aguardiente constituye una actividad que, por tener una producción a gran escala, causa un deterioro notable al medio ambiente.

En lo referente a la tarifa reducida del 5%, es una medida que aplica –entre otros– a los vehículos tipo taxi y otros medios de transporte público. No obstante, se trata de un incentivo tributario que no favorece el ambiente, pues en el caso de los vehículos, la condición expresa para gravarlos a esa tarifa está referida a la destinación del mismo, esto es, que sean para la puesta al servicio público; dejando de lado la consideración del perjuicio ambiental, es decir, la emisión de contaminantes. Este incentivo es más una medida fomentadora del sector transporte, por cuanto alienta la adquisición de vehículos para destinarlos al servicio público. Es decir que se trata de una medida extrafiscal con fines diferentes a los ambientales.

Problema de investigación

¿El IVA colombiano, en su condición de figura tributaria netamente recaudatoria, posee comportamientos extrafiscales con fines ambientales?

Metodología

Tendiente a resaltar las actuaciones extrafiscales con fines ambientales del IVA colombiano, la metodología en esta investigación se fundamenta en el

método deductivo y descriptivo-analítico; siempre que inicia con la revisión de fuentes bibliográficas en materia de fiscalidad ambiental y se examinan algunos preceptos normativos del Estatuto Tributario que manifiestan el fenómeno de la extrafiscalidad tributaria en este impuesto.

1. Fundamentos de la fiscalidad ambiental y su avance en el ordenamiento jurídico colombiano

El instituto jurídico del tributo y los incentivos fiscales corresponden a dos figuras dinamizadoras del sistema tributario, ahora puestas a disposición del sistema de tutela ambiental; de ello se desprende –pues– el apelativo de fiscalidad ambiental, que va en paralelo a las políticas financieras y económicas. Respecto a estos dos mecanismos fiscales, la doctrina económica recomienda no apreciarlos “como instrumentos de política ambiental alternativos al resto, sino como instrumentos complementarios” (JOFRA SORA & PUIG VENTOSA, 2014, p. 4).

En el ámbito europeo, a raíz de la teoría pigouviana, el tributo ha cobrado más importancia, tanto, que se les considera “novedad institucional, debido a que, al concebirse para la protección del ambiente, no se ajustan de forma precisa a la estructura y finalidad del tributo ordinario” (AGUILA CARRALERO, 2013, p. 8). El impuesto ambiental se destaca –entonces– en el logro de los objetivos de política ambiental, y más en los programas de cambio climático, donde fomenta la introducción de tecnologías limpias evitando pagos impositivos futuros (eficiencia dinámica) y consigue que la reducción de emisiones ocurra a bajo coste (eficiencia estática) (LAVANDEIRA VILLOT, 2011, p. 7)

La literatura económica de forma generalizada comparte que los tributos son instrumentos y herramientas idóneas en el logro de los objetivos de política de medio ambiente, pero, considera que “no son los únicos útiles de trabajo con los que cuentan las Políticas Públicas para modular los comportamientos humanos a favor de una nueva sociedad” (CARBAJO VASCO, 2012, p. 12) .

Entre el establecimiento de un tributo y un incentivo fiscal, desde luego tiene mayor complejidad el primero, aunque ambas figuras surten iguales efectos, sin embargo, el incentivo tributario fue ideado para favorecer actividades beneficiosas, es decir, para estimular actuaciones y comportamientos protectores del entorno ecológico, en el que se desenvuelve la actividad económica; por eso, la fiscalidad ambiental es vista “como instrumento incentivador de la responsabilidad social de la empresa” (PATÓN GARCÍA, 2014, p. 85). Eso persigue el legislador colombiano, que ha dado en fijar incentivos fiscales en los impuestos tradicionales, de cara al sostenimiento de los ecosistemas, buscando que los administrados tributarios –a

través del pago de sus impuestos—coadyuven con el mantenimiento y protección del entorno natural.

Así las cosas, corresponde al legislador secundario adecuar los supuestos normativos fiscales, para que se cumpla su naturaleza extrafiscal y se atiendan los contenidos constitucionales, que enlistan los tópicos derivados de la reglamentación sobre el medio ambiente, recogidos en los Artículos 79, 80, 81 y 82 de la Carta Magna, que giran en torno a la protección de la diversidad ecológica, educación ambiental, planificación sobre manejo de recursos naturales, desarrollo sostenible, imposición de sanciones, reparación del daño ambiental, cooperación internacional y prohibición de armas químicas. Programas que requieren de un respaldo económico, para que los entes públicos cumplan en sus ramos tales metas.

Bajo esta tipificación constitucional, la fiscalidad ambiental guarda una naturaleza legislativa, inherente a las políticas de gobierno y programas institucionales, que permitan su aplicación concreta ante las diversas relaciones entre los particulares, y de éstos con el Estado. La recaudación fiscal, por ende, muestra una flexibilidad ante las partidas presupuestales, en el entendido de asignar remesas económicas al cuidado de la naturaleza, optimizando tales recursos, de modo que el Estado pueda garantizar un ambiente sano como lo pregona la Carta Magna.

Debemos enunciar que la visión fundante en la protección a los recursos naturales, se circunscribe al ámbito del Derecho Administrativo, bajo las especificaciones que atribuyen a este ramo, tendiente a la custodia y conservación de dichos recintos. Desde este punto de vista, se aprecia la disyuntiva del poder constituyente, en facultar a los entes de la Administración para el ejercicio de sus actuaciones; en un principio, sin la inclusión expresa de la vinculación entre política ambiental y fiscal. Sin embargo, esta adecuación normativa interna, debe obedecer al establecimiento de figuras legales sistematizadas y armonizadas entre sí, junto a los programas y políticas gubernamentales, siempre que el desarrollo de la política ambiental y económica debe caracterizarse en “plantear la necesidad de corregir los daños ambientales, pero sin cuestionar las bases del sistema económico [...]” (MEIER, 1981, p. 158); toda vez que “la fiscalidad ecológica o ambiental no puede estudiarse sin [considerar] (...) su relación con el crecimiento económico de las regiones” (GUERVÓS MAÍLLO, 2001, p. 293).

Lo anterior no es motivo de desánimo, corresponde al Ejecutivo actuante, insertar la fiscalidad transversal y horizontalmente, entre los sectores administrativos, donde las competencias tributarias y administrativas intervengan directamente en la aplicación de instrumentos económicos o exacciones, cuya finalidad sea incentivar o gravar las actividades lucrativas para aminorar o evitar deterioros al ambiente.

Resulta así evidente, que el legislador emisor de normas administrativas y fiscales, bajo una técnica legislativa sistematizada e incluyente, determine los supuestos a priori, sobre los que el administrado-contribuyente, se adecue a ellos en atención a su apoderamiento económico personal, imputando a cada caso concreto las figuras normativas correlativas a la protección ambiental.

Tal disyuntiva tipifica a la fiscalidad ambiental colombiana en una instancia legislativa, reglamentaria e institucional; debido a la delegación de competencias en las autoridades intervinientes en las políticas públicas que se encaminan a ese fin. Se da satisfacción de este modo, a las necesidades sociales; reiterando así la condición del medio natural, como un servicio o derecho colectivo que debe atenderse en sus programas, con el respaldo presupuestal, elementos económicos e inducción de conductas de los agentes participantes como planta productiva con (o sin) consecuencias nocivas a esos bienes de interés general.

En materia de fiscalidad ambiental el Estado colombiano vive en constantes retos (*v.gr.* el equilibrio natural), pues debe cubrir el grosor de necesidades y demandas sociales, al tiempo que debe estimular la inversión y producción económica, armonizando la conservación de los ecosistemas, limitando el ejercicio de actividades financieras, industriales; sin atentar contra la libertad de competencia o eliminación de fuentes de ingreso público y derrame de empleos.

En este sentido, identificamos al Derecho Administrativo, como el género, cuya especie: Derecho Ambiental, de manera específica, se encarga el desarrollo de la normativa aplicable al entorno de la naturaleza, en la regulación de conductas, cuya repercusión ambiental se hace acreedora a la imputación de sanciones administrativas, siempre que no se traduzcan en delitos ecológicos.

Hasta aquí, estas ideas delimitan el ámbito de la administración pública, en el sentido de establecer la salvaguarda al medio ambiente, y establecer un sistema normativo propio, referido a la implementación de un sistema fiscal respetuoso con el medio ambiente, con nuevas figuras tributarias que fomenten comportamiento positivos a tales efectos (LÓPEZ-GUZMÁN GUZMÁN & SÁNCHEZ CAÑIZARES, 2009, p. 352); que se circunscriba en cada región por la división política en cuestión, y que en el sistema jurídico colombiano, se hace eco de estos avances legislativos a la luz de las políticas ambientales, en la ejecución de su ordenamiento administrativo ambiental, que busca limitar o reconducir las conductas no afectas con el entorno ecológico de las personas jurídicas y físicas (naturales).

De este modo, surge el papel protector y garante del Estado, como titular de la potestad pública, para armonizar el uso de la propiedad privada y pública, a la luz del bien común; fincando las directrices normativas y sancionadoras, que

atenúen el comportamiento humano, marcando una responsabilidad compartida con los particulares, para el desarrollo sostenible de tales bienes.

Los ecosistemas al requerir de una conservación, demandan un tratamiento sectorial que atender, como la caza, fauna, reservas naturales, atmósfera, aguas, residuos, (Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente, 1994, pp. 5-11). Áreas que involucran la interacción de diversos entes de Estado, para poner en marcha programas que atiendan en la praxis los objetivos y las estrategias por dependencia, a esta finalidad. Así, encontramos el Código Nacional de Recursos Naturales, que establece la organización y distribución territorial de los entes públicos en su intervención en la protección del medio ambiente, generando los límites y libertades de competencias en la Administración Nacional, que correspondan en sus respectivas jurisdicciones. Fundado en el principio de protección al ambiente como un patrimonio de la humanidad, entre sus objetivos destacamos la regulación de “la conducta humana, individual o colectiva y la actividad de la Administración Pública, respecto del ambiente y de los recursos naturales renovables y las relaciones que surgen del aprovechamiento y conservación de tales recursos y de ambiente” (Decreto 2811, 1974, p. Art 2.3), ratificando a la luz del texto constitucional, el principio de responsabilidad entre el Estado y los particulares.

Por otra parte, el ordenamiento de aplicación general al territorio colombiano, fundamenta la vinculación de los sectores públicos, en beneficio de una transversalidad de actuaciones de los facultados y delegados estatales; así mismo, en materia de política ambiental, para su crecimiento y desarrollo, establece incentivos y estímulos económicos, por cuanto, “están llamados a jugar un papel clave en cualquier cambio masivo de consumo y estilos de vida hacia la sostenibilidad” (PORRO GONZÁLEZ, 2012); al tiempo que permiten la confluencia de la política ambiental con la fiscal, propias del país donde se desarrollen, tendiente a “fomentar la conservación, mejoramiento y restauración del ambiente y de los recursos naturales renovables, el Gobierno establecerá incentivos económicos” (Decreto 2811, 1974, Art 13).

Correlativamente a estas dos políticas, la organización y desarrollo de los entes de la Administración Pública, amparados en los principios constitucionales de buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia; deben atender los asuntos de su competencia para el cumplimiento de las demandas sociales, siempre que “la función administrativa del Estado busca la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes, de conformidad con los principios, finalidades y cometidos consagrados en la Constitución Política” (GRILLO RUBIANO, 2006, p. 14).

Particularmente, y de acuerdo al objeto de estudio, se señala la asignación de atribuciones en cabeza del Ministerio del Medio Ambiente, conforme la Ley 1333 de 2009, que concentra el procedimiento sancionatorio ambiental de Colombia; cuerpo legislativo que lo eleva a autoridad administrativa, con amplia competencia ambiental, en materia de actos administrativos preventivos y sancionatorios en el territorio colombiano, conducente a la conservación de los recursos naturales.

En paralelo, señalamos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, bajo el contenido del artículo 338 constitucional, que lo faculta en la creación de impuestos parafiscales y, por qué no, extrafiscales, como autoridad encargada de vigilar que la política fiscal operante, acorde a los principios constitucionales, en armonía con leyes y programas en su ámbito. De este modo, este Ministerio actualiza, modifica y abroga, –vía el Ejecutivo Nacional–, las normas tributarias no sólo tendiente a satisfacer la recaudación, sino en apoyo de áreas sociales que requieren ser incentivadas y conservadas, para el desarrollo humano. “Como puede verse, estamos frente al poder del Estado para crear los tributos y exigir prestaciones para atender sus fines [por medio de la] Potestad Tributaria Originaria –legislativa en concordancia al Ejecutivo–” (VASCO MARTÍNEZ, 2013, pp. 16-17).

En la praxis fiscal, a la DIAN le corresponde la socialización de los tributos con fines no recaudatorios –extrafiscales–, por la adecuación que hagan los pasivos a los hechos hipotéticos, como es el caso del Impuesto sobre las ventas, que para dar cumplimiento a la técnica legislativa e inducir en la conducta de los contribuyentes, se advierte que su participación como sujetos pasivos, no sólo recae en la tributación, también tienen responsabilidad ambiental, ya que su actividad empresarial tiene impacto ecológico. Estas encomiendas constitucionales y legislativas, en aras de conservar el medio ambiente, deben incidir en la conducta del contribuyente, pues asiste la necesidad de atenuar y modificar la explotación y uso de los recursos naturales que terminan en deterioro de los mismos.

El Ministerio de Hacienda cuenta con atribuciones sustantivas que permiten el desarrollo del país en materia fiscal y extrafiscal; asimismo, participa en competencias legislativas, administrativas y financieras, que coadyuven al cumplimiento de las políticas públicas. Esta cartera estructura el sistema jurídico tributario que tiene por objetivo principal el recaudo de impuestos, al tiempo que contribuye con la formulación de políticas de conservación del medio ambiente; por cuanto, propicia efectos en especie que conjuga con los deberes tributarios de los administrados, esto es, aprueba la incorporación de incentivos fiscales con finalidad medioambiental en los tributos tradicionales, de modo que la política pública ambiental de desincentivo incida eficazmente en la conducta de los individuos que afectan el entorno ecológico. Estos incentivos vienen en forma de deducciones, exenciones, desgravaciones, amortizaciones acumuladas, y tienen

por objetivo orientar la conducta de los agentes económicos que ocasionan daño al entorno ecológico, al tiempo que se fundamentan en el principio de disuasión, uno de los criterios que vertebran el Derecho ambiental (LIFSCHITZ, 2000, p. 195).

El Decreto 4712 de 2008, de 15 de diciembre, que modifica la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, enuncia categóricamente la participación de este ente público, en la eficacia de conducir la creación de la normativa tributaria, en apego al plan rector del Gobierno que en la Nación rija, y amalgamar, al mismo tiempo, los fines recaudatorios en los contribuyentes, de acuerdo a los efectos extrafiscales de los tributos. Así, el Decreto en cuestión, dicta una función particular al Ministerio, recogida en acción de actuar “como parte del Gobierno en la regulación del sistema de seguridad social integral (Decreto 4712, 2008, Art 3 numerales 27 y 30)”. Delegación que implica trabajo mancomunado con otras carteras ministeriales, principalmente con el Ministerio de Salud y Protección Social, y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público interviene, por tanto, como conducto de las expectativas constitucionales y legales, en razón de la planeación que el ejecutivo realiza, bajo el entorno de los derechos colectivos que se extienden al derecho a gozar de un medio ambiente sano; siendo, a la vez, un medio para fortalecer las políticas de tipo fiscal y ambiental. Así las cosas, encontramos que el Decreto en alusión, en sus numerales del primero al sexto, enuncia las categorías que le sirve al Ministerio de Hacienda en la ejecución de sus facultades en materia de políticas fiscal y ambiental; no obstante, destacamos el siguiente precepto, por cuanto – juzgamos–, es esencial en la aplicación de la normativa objeto de análisis:

6. Coordinar, dirigir y regular la administración y recaudación de los impuestos que administra la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales; y regular de conformidad con la ley, la administración y recaudo de las rentas, tasas, contribuciones fiscales y parafiscales, multas nacionales y demás recursos fiscales, su contabilización y gasto (Decreto 4712, 2008. Art 3).

La DIAN, en virtud del Decreto Reglamentario 2623 de 2014 en los Artículos 25 al 28, recibe facultades expresas para el cobro y aplicación del Impuesto sobre las ventas, a efectos de realizar las gestiones correspondientes, que conduzcan a la praxis fiscal en torno a sus libertades competenciales, que les habilita como entes fiscales, para materializar las relaciones jurídico-tributarias que se generan entre el obligado hacendario y los activos, en aras de dar cumplimiento a los imperativos constitucionales. A través de dicho Decreto, la autoridad fiscal materializa la obligación sustancial, en atención a

las cargas derivadas de las bases imposables, actuación que se conjuga con los imperativos legislativos sobre fines extrafiscales, como el caso que se expone a continuación.

2. El IVA colombiano y sus características extrafiscales

Una vez analizadas las bases constitucionales y de competencias administrativas de protección al entorno natural, se pasa al estudio del Impuesto al Valor Agregado (IVA), como instrumento económico que permite atenuar los efectos nocivos al ambiente que se desprenden de aquellas conductas irrespetuosas de los agentes económicos; no obstante, es bueno precisar – ante todo - que el IVA no clasifica como impuesto ambiental, toda vez que no influye en los precios de la misma forma en que lo hacen los impuestos cuyas bases imposables presentan características ambientales (PITRONE, 2014, pp. 83-84), sólo se trata de un impuesto de naturaleza fiscal que en las últimas dos décadas ha manifestado características extrafiscales con fines ambientales.

Los tributos tradicionales como el IVA, pueden perfectamente manifestar efectos extrafiscales, un fenómeno tributario legítimo en el ordenamiento jurídico español, una vez que el Alto Tribunal Constitucional indicara que el tributo no puede ser sólo una fuente de allegar ingresos al erario público, es decir, no sólo puede tener un «(fin fiscal), sino que también puede responder a políticas sectoriales distintas de la puramente recaudatoria (fin extrafiscal), de modo que el legislador puede configurar el presupuesto de hecho del tributo teniendo en cuenta consideraciones básicamente extrafiscales» (Sentencia 122, 2012). Con la habilitación constitución que resaltamos, en territorio español se han implementado tributos extrafiscales verdaderamente ambientales.

Hechas las anteriores precisiones y teniendo presente que el objeto de estudio se delimita al IVA como tributo con tintes extrafiscales, conviene traer a colación, que en territorio colombiano, en la búsqueda de la conservación de los recursos naturales, las figuras extrafiscales se conjugan con instrumentos jurídicos de comando y control, que se enmarcan en responsabilidad de tipo civil, administrativa y penal. En materia de Derecho civil, siempre que éste “presenta soluciones al problema de la contaminación ambiental, [pues] en él se consagran acciones populares [...] para evitar el deterioro del medio, siendo éstas de carácter preventivo [...] (RODRÍGUEZ ROJAS & ALONSO BEJARANO, 1997, p. 100); sin embargo, la responsabilidad civil presenta poca eficacia por las repercusiones al patrimonio y la falta de precisión de supuestos y hecho jurídicos, que acontecen en la práctica, con las conductas que provocan el menoscabo al ambiente.

Existe responsabilidad penal por la comisión delictiva contra la naturaleza, dando paso a la aplicación de normas penales por hechos concretos en Colombia. En ese sentido, el artículo 328 del Código Penal establece que “incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses y multa hasta de treinta y cinco mil (35.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”, quien “(…) se apropie, introduzca, explote, transporte, mantenga, trafique, comercie, explore, aproveche o se beneficie de los especímenes, productos o partes de los recursos fáunicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos, biológicos o genéticas de la biodiversidad colombiana”. Asimismo, el Art. 332 subraya que incurrirá en ilícito ambiental la persona que:

(…) provoque, contamine o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, ruidos, depósitos o disposiciones al aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas o demás recursos naturales, en tal forma que ponga en peligro la salud humana o los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos (...) [esto acarrea privación de la libertad de] cincuenta y cinco (55) a ciento doce (112) meses y multa de ciento cuarenta (140) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. (Ley 599, 2000)

En el caso de las personas jurídicas, el tratamiento es diferente, y aunque está comprobado que las empresas son las principales emisoras de contaminación, frente a ellas es imposible aplicar la ley penal, en consecuencia, son los socios que enfrentan las sanciones penales respectivas, además se requiere la comprobación del dolo en la conducta delictiva de los agentes contaminantes. (RODRÍGUEZ ROJAS & ALONSO BEJARANO, 1997, p. 124)

Se deja en materia administrativa la solución inmediata en contaminación ambiental, en virtud de los procedimientos relativos a los adeudos ante la Administración Pública, donde personas jurídicas y naturales, quedan en igualdad, ante la vigencia y efectos de tales normas, logrando mayor eficacia, “[...] no sólo se trata de multas, sino que también cabría el decomiso, la clausura del establecimiento de comercio y aun la cancelación de la persona jurídica [...]” (RODRÍGUEZ ROJAS & ALONSO BEJARANO, 1997, p. 125). Ahora bien, la incursión del Sistema Tributario Colombiano en los procesos de tutela ambiental, se sustenta en el Art. 366 de la Carta Magna, que proclama como objetivo fundamental del Estado, entre otras, propiciar el saneamiento ambiental en el país. Y en el Art. 79 del mismo texto constitucional, que proclama como “*deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines*”. Precisamente porque “en la ecología coinciden consideraciones políticas, económicas, jurídicas, éticas y técnicas, que precisan en ocasiones de una reflexión conjunta” (PATÓN GARCÍA, *Incentivos fiscales ambientales y responsabilidad empresarial*, 2013, p. 56).

Lo anterior explica la decisión del legislador ordinario de establecer incentivos económicos en favor del medio ambiente. Así, encontramos incentivos ambientales incorporados en el Impuesto sobre la Renta (*v. gr.*, Arts. 157,158-2, 173, 157, 207-2, 253, 125 E.T); también en el Impuesto Predial Unificado (Ley 44, 1990. Art 20) y desde un tiempo acá, en el IVA (*v.gr.* Arts. 424, 428-f, i E.T). No obstante, en virtud de la (Ley 99, 1993. Art 46.6), los departamentos que autónomamente decidan fijar el Impuesto de timbre a los vehículos, deben transferir hasta el 10% de lo recaudado por este impuesto, a las Corporaciones Autónomas Regionales - CAR, “como retribución del servicio de reducción del impacto o de control de las emisiones de sustancias tóxicas o contaminantes del parque automotor”.

Instrumentos económicos-fiscales que han servido de apoyo para el sostenimiento de políticas ambientales, cuyos ingresos –en proporción–, tienen por destino el cuidado y mantenimiento de los recursos naturales (SÁNCHEZ TORRES, CRUZ DE QUIÑONES, & MACIAS GÓMEZ, 1994, p. 99). No obstante, la doctrina especializada en materia de fiscalidad ambiental puntualiza que, la eficacia de un tributo de esa naturaleza “se alcanza cuando el nivel de recaudación se acerca a cero, hecho que indicaría una gran eficacia en la aplicación de la medida” (SANDOVAL CABRERA, 2008, p. 143); al tiempo que constituiría una prueba que el impuesto ha logrado modificar el comportamiento de los contaminadores, y con ello disminuir la afectación ambiental; siempre que la finalidad que apuntan los impuestos ambientales es influenciar en la conducta de los agentes económicos para que haya reducción y/o cese del perjuicio ambiental; en consecuencia, “un impuesto será ambiental si logra modificar el comportamiento de los contaminadores para que disminuyan el deterioro [causado] (...), con independencia del destino que se le asigne a la recaudación que se obtenga” (GAGO RODRÍGUEZ & LABANDEIRA VILLOT, 2013, p. 143) (GAGO RODRÍGUEZ & LABANDEIRA VILLOT, 2014, p. 143).

Estas contribuciones, cuyos efectos son extrafiscales, participan de la financiación de los programas institucionales de preservación de los recursos naturales, a la par de las tasas ecológicas. Sin constituir como tal, un impuesto verde, pues el Sistema Tributario que se analiza, no regula las tasas ecológicas, que por servicios el administrado, tiene que asumir ante el Estado, éstas quedan bajo control del ámbito administrativo y no fiscal.

Por otra parte, a la luz de las competencias acotadas en materia ambiental, depositadas en cabeza del Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, el legislador fiscal se ve imposibilitado en la normalización de tributos verdes, figuras que también despliegan aspectos sancionatorios, pues en caso de los sujetos pasivos incumplir con la obligación sustancial de estos tributos, se generaría el nacimiento de procedimientos coactivos de cobro; pero eso no impide que el

ámbito fiscal pueda contribuir con las políticas ambientales, básicamente con la formulación de impuestos atípicos ambientales. Con lo expuesto, inferimos, entonces, que el ordenamiento jurídico colombiano se acerca más a la corriente ambientalista que “proclamó al hombre como obra y artífice del medio que lo rodea, (...) [por lo que resulta necesario] una postura de la técnica legislativa en reconocer el carácter holístico y sistémico del medio ambiente” (RAMÍREZ REBOLLEDO, 1990, pp. 3-4). En ese orden de ideas, la encomienda al Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, se refrenda en la Ley 99 de 1993 Art. 5.8, que al tenor literal establece:

Evaluar los alcances y efectos económicos de los factores ambientales... realizar investigaciones, análisis y estudios económicos y fiscales en relación con los recursos presupuestales y financieros del sector de gestión ambiental y con los impuestos, tasas, contribuciones, derechos, multas e incentivos con él relacionados. (Ley 99, 1993)

El Sistema Jurídico Colombiano, distribuye el control sobre la protección al medio ambiente, en materia civil, penal, administrativa; participando los entes públicos y particulares en tal custodia. Ya sea por acciones de la sociedad, determinación de delitos e infracciones, que correspondan indistintamente ante la comisión de actos y su adecuación normativa.

En paralelo el Sistema Tributario –sin tratar de acotar la existencia de tributos ambientales–, participa de la implementación de instrumentos económicos, que induzcan en la conducta del contribuyente, ante el uso inadecuado y menoscabo de los recursos naturales; de esta forma el IVA como impuesto que representa un pilar en la recaudación colombiana, regula conductas cuya realización causan efecto negativo en la naturaleza, por ello se acota nuestro objeto de estudio a la revisión de sus supuestos normativos que permitan la ejecución de actividades empresariales bajo un apoderamiento económico, frente a los ecosistemas como interés tutelado en beneficio colectivo.

Implícito en un contribuyente, encontraremos bajo su desarrollo la explotación de bienes, ganancia, manipulación de elementos naturales para su procesamiento, la venta y el consumo. De este modo “[...] las empresas tradicionales se han servido en forma gratuita de los recursos naturales y resultado han generado el aumento de la contaminación del agua y del aire [...]” (DUQUE VÉLEZ, 2001, p. 103).

La producción industrial y el ejercicio de actividades empresariales, ha generado en un sentido positivo, la derrama económica y obtención de ingresos para los Estados, sin embargo, en forma colateral, deben medirse los deterioros y menoscabos a la naturaleza que ellos provocan; teniendo que implementarse,

en consecuencia, programas de gobierno, políticas específicas que tiendan a atenuar esta merma de los sistemas ecológicos, y sean respaldados por remesas pecuniarias presupuestales, para ser solventados.

Pareciera un contrasentido, que el mismo Estado sostiene y asume el costo por el daño ecológico ocasionado por actividades varias, imponiendo una pesada factura a los recursos naturales, a cambio de ganancias e inversiones económicas.

Sistemas tributarios como el colombiano, incorporan instrumentos económicos en figura de incentivos fiscales buscando modificar las conductas dañinas de los contribuyentes, así, encontramos de manera específica la tipificación que el legislador fiscal hace en el IVA; un impuesto que a comienzos de la década de los años 80's del S. XX, fue monofásico, y que a consecuencia de la informalidad de la economía colombiana, el Gobierno nacional se vio obligado a crear el régimen simplificado (PIZA RODRÍGUEZ, 2009, p. 5).

Al lado de los impuestos como ingresos ordinarios del Estado, en el marco de la legislación administrativa, existen las tasas ambientales, que participan de un régimen económico diverso e independiente a los procesos aplicables a los tributos. Estas tasas, (SANTANDER MEJÍA, 2002, p. 97) las define como “[...] ingresos no tributarios, que se establecen unilateralmente por el Estado, pero sólo se hacen exigibles en el caso de que el particular decida utilizar el servicio público correspondiente”. Se rigen por el principio de recuperación de costos, toda vez que se encargan de recuperar total o parcial los costos en que incurren los entes públicos en la prestación de un servicio público o realización de una actividad administrativa.

Con ello “se autofinancia este servicio mediante una remuneración que se paga a la entidad administrativa que los presta” (SANTANDER MEJÍA, 2002, p. 97). Según da cuenta la doctrina, desde hace aproximadamente cincuenta años, este tipo de tasas operan en Colombia, y se establecieron en lo correspondiente al uso de aguas (DUQUE VÉLEZ, 2001, p. 108).

Los municipios colombianos, en la integración de sus presupuestos por concepto de contribuciones nacionales, delegan un porcentaje al cuidado de los recursos naturales; el IVA al formar parte de este cesto de tributos, participa de los aportes locales a la conservación del medio ambiente, así, “los municipios deben dedicar a la protección ambiental el 1% de los recursos que reciban por concepto del Impuesto de Valor Agregado –IVA–” (DUQUE VÉLEZ, 2001, p. 108).

La Ley 1607 de 2012 introduce reformas al IVA, para dar paso al nuevo Impuesto sobre las ventas, que en vida tributaria hace las veces de un subsistema del IVA, junto con el Impuesto Nacional al Consumo, para agrupar las aristas sobre

la tónica de impuestos indirectos. De esta forma, el Sistema Tributario adquiere una variante tributaria en el manejo de las tarifas (tipos impositivos) que han quedado vigentes, para el Impuesto sobre las ventas, a la luz de la presente reforma.

Vale la pena apuntar, que, en sustancia, las modificaciones fiscales que se mencionan, y dan vida al nuevo impuesto sobre ventas, retoma conductas del IVA en general, precisando la actuación del sujeto pasivo –incidido– económico, en quien recaen las cargas tributarias, tanto formal y principal.

En el impuesto sobre las ventas, el sujeto que soporta el impuesto es quien adquiere o importa los bienes gravados, así como el que demanda la prestación de servicios no excluidos del IVA; éstos se conocen como sujetos incididos económicamente con el impuesto. (Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2015, p. 947, &10686).

Distinguiéndose al sujeto pasivo, –quien realiza el hecho generador–, con este sujeto incidido, que es el último de la cadena o proceso económico del bien o servicio, que efectúa el pago del impuesto en su postura de contribuyente, es decir, extingue “la obligación principal... a dar determinada cantidad de dinero (prestación) a un ente público a título de impuesto (...)” (VASCO MARTÍNEZ, 2013, p. 21).

La plataforma jurídica del Impuesto sobre las ventas, (mayormente conocido como IVA), muestra el presupuesto fáctico del legislador, en las diversas gestiones sobre productos, sujetos a tipos impositivos del 16% como tarifa general, la reducida del 5% y del 0% por presentarse una desgravación (exención) total del Impuesto; así como el 35% para casos específicos –como licores–, además de los bienes que se encuentran excluidos, que no causan el impuesto por presentarse con ellos un supuesto de no sujeción (MONSALVE TEJADA, 2013, pp. 404-527).

Ahora bien, pasamos al análisis específico de los regímenes clasificados en la Ley del Impuesto sobre las ventas, por los actos gravados o atenuados de cara a la fiscalidad ambiental.

Apoyados en el contenido del Régimen Tributario Nacional (Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2015), estudiaremos las actividades que se desarrollan y constituyen el ámbito material del Impuesto sobre las ventas, referente a la categoría de importación, enajenación de bienes y prestación de servicios.

2.1. Bienes exentos - son objeto de una desgravación tributaria total - (Art. 477).

La exención, también llamada exoneración tributaria, más que un beneficio fiscal es una técnica tributaria que impide el nacimiento de la obligación tributaria,

a través de una exoneración total; o –bien–, reducir la cuantía del tributo, mediante la aplicación de bonificaciones o deducciones (exención parcial), produciéndose, en todo caso, el hecho generador del tributo (FERNÁNDEZ BRENDES, 2004, p. 7).

La técnica de la exención que normalmente acompaña a los tributos con fines fiscales, y de la que se vale el legislador para otorgar beneficios, se conjuga “con los efectos propios de naturaleza extrafiscal que se quieren conseguir” (PASTOR DEL PINO, 2014, p. 1); es precisamente la decisión del legislador colombiano con el IVA, como se expone a continuación.

a) Bienes en estado natural. En la clasificación de bienes exentos, el Art. 477 E.T., hace una enumeración de éstos, en forma similar a los analizados en el Art. 424, de este ordenamiento, considerando el estado natural y de conservación de estos bienes, libres de procesamiento posterior, como leche y derivados, carne, animales vivos, refrigerados, huevos y alimentos del mar.

b) Bienes industrializados. Se contempla el alcohol y biocombustible de origen vegetal y animal.

c) Fines extrafiscales. Sobre el uso de biocombustibles que este numeral exenta literalmente, podemos considerar que se hace para causar menores efectos de deterioro al medio natural, en todo el territorio colombiano, vinculando la conducta del contribuyente, con el suelo, aire y agua; como bienes de interés general.

Se aprecia de este artículo –sin ser el tema central de la investigación– que la condición de bienes exentos al pago del Impuesto sobre las ventas, da derecho a solicitar devolución y compensación. Por lo tanto, los titulares de esos bienes que necesariamente debe estar inscritos en el Régimen Común del IVA, están en condición de acudir a la solicitud de devolución y compensación del Impuesto, porque corresponden a saldos a favor generados por concepto de IVA; salvo que bajo la exegesis legislativa, se trate de realizar las obligaciones administrativas con relación al Impuesto en colación, y trasladarlo al intermediario o consumidor último; pero en el mejor de los casos, aceptando este supuesto –deducido–, no tendría derecho a solicitar las instancias sobre pago en exceso o aplicar estos beneficios a otro trimestre o impuesto compatible, pues se requiere por ley de un saldo a favor con excedente; mermando visiblemente la extrafiscalidad enunciada, en el Impuesto sobre las ventas.

2.2. Bienes y servicios excluidos – que no son objeto del impuesto - (Arts. 424 y 476)

La exclusión del IVA colombiano tiene gran similitud con la no sujeción que se pregona a escala internacional, y tiene que ver con “la no realización

del hecho imponible descrito en la norma tributaria, es decir, no nace situación jurídica alguna, pero que puede ser completada por normas o preceptos didácticos” (FERNÁNDEZ BRENDES, 2004, p. 6).

El Estatuto Tributario contempla esta categoría que no genera el Impuesto sobre las ventas, y aplica a bienes y servicios destinados para la venta o por la importación de los mismos. Estos bienes están clasificados en:

a) Bienes de primera necesidad o básicos. Aquí ubicamos a los productos alimenticios en estado natural nacionales o importados, tales como el pan, harina, frutas, animales vivos, semillas, verduras, hortalizas.

b) Bienes industriales. Siempre y cuando sean para consumo doméstico. Como el gas, vitaminas, abonos, materiales para construcción, maquinaria –herramientas–, para ciudad y el campo, computadoras personales, gasolina, petróleo, vehículos de transporte, preparación de vacunas, entre otros.

c) Incidencia en la política ambiental. Con la aplicación de un supuesto de no sujeción en el IVA, los equipos y elementos nacionales o importados que se destinen a la construcción, instalación, montaje y operación de sistemas de control y monitoreo, necesarios para el cumplimiento de las disposiciones, regulaciones y estándares ambientales vigentes; son tomados como un beneficio fiscal dirigido a la conservación medio ambiental, no obstante, el sujeto pasivo deberá acreditar tal condición, ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, para que tales bienes no causen el IVA.

Bajo esta tipificación, el legislador ordinario, establece un estímulo fiscal, en apoyo a la conservación de los recursos naturales, siempre que los titulares de esos bienes, comprueben las bondades que arrojarán por medio de su labor empresarial, a los recursos naturales.

a). Servicios excluidos. Como servicios que se exceptúan del Impuesto sobre las ventas, el legislador fiscal atento al Artículo 476, se refiere a: médicos, odontológicos, hospitalarios, transporte público en sus modalidades, nacional y extranjero, intereses, rendimientos y arrendamientos financieros, vinculados con la seguridad social, los otorgados por entes públicos, en telefonía –en proporción legal–, arrendamiento de viviendas y espacios publicitarios, educación y vinculados a éste ramo; salud, venta de animales vivos, en fomento al deporte, cultura y entretenimiento familiar. Igualmente, bajo este rubro, se identifica la categoría de servicios destinados al cultivo, mantenimiento y uso de las tierras, –incluyendo riego, preparación, siembra, asesoría, fertilizantes, construcción, perforación de pozos–, aplicación de vacunas, productos veterinarios y programas de sanidad animal.

b) Extrafiscalidad. En los servicios de esta categoría, se advierte la exclusión del IVA, tratándose de actividades dedicadas al uso y explotación de los recursos naturales, considerando la condición del productor, en cuyo servicio se exceptúa el pago del Impuesto correspondiente por el servicio recibido a este fin. Ponderación legislativa de buena fe, a favor de este grupo de contribuyentes, sin embargo; no aporta una extrafiscalidad ambiental, toda vez, que los servicios excluidos, atienden a la capacidad económica del sujeto pagador del impuesto, cuya actividad preponderante es el uso de tales bienes, en ningún momento busca desincentivar las conductas que ponen en riesgo la conservación ambiental.

En paralelo a los bienes y servicios que el Estatuto Tributario reconoce en los Arts. 424 y 476, como excluidos del IVA, señalamos, a la luz de lo preceptuado por el Art. 428 E.T., las importaciones que no causan el Impuesto:

a) Importaciones. Aquí se recogen las materias para su transformación, materiales propios del servicio consular, armas para la defensa nacional, importaciones temporales de maquinaria para industrias básicas, importación ordinaria de maquinaria para la transformación de materia prima, importación de maquinaria o equipo cuyo fin sea:

[R]eciclar y procesar basuras o desperdicios [...] y los destinados a la depuración o tratamiento de aguas residuales, emisiones atmosféricas o residuos sólidos, para recuperación de los ríos o saneamiento básico para lograr el mejoramiento del medio ambiente, siempre y cuando hagan parte de un programa que se apruebe por el Ministerio del Medio Ambiente [...]. (Art. 428.f E. T). (Legis Editores S. A, E.T. 2015, Art. 428)

b) Fin extrafiscal. Este último caso de importaciones, revela claramente la vinculación de la política fiscal con la política ambiental; los estímulos otorgados a los importadores, que, con la maquinaria introducida al territorio colombiano, participen de los programas institucionales a nivel nacional, en protección a los recursos naturales. Se evidencia la función del legislador en este caso, en reconducir la conducta de empresarios en aras de fomentar la conservación de los ecosistemas.

2.3. Bienes y servicios gravados

A continuación, pasamos a la determinación de los beneficios extrafiscales, que se derivan de la tarifa general del 16%, y de las dos especiales del 5% y 35%:

1. Tipo impositivo 16% (general)

La tarifa del 16% está regulada por el Art. 468 E.T, y es aplicable a los bienes y servicios gravados con el IVA al tipo impositivo general vigente. También a las siguientes categorías.

a) Productos industrializados. El Art. 446 E.T., contempla las gaseosas y similares, y otras bebidas no alcohólicas; sin embargo, solamente se gravan las operaciones que efectúe el productor, el importador, o el vinculado económico de uno y otro.

b) Servicio de transporte internacional de pasajeros. Esta clase de servicio por indicaciones del régimen fiscal vigente:

(...) el impuesto se liquidará, sobre el valor total del tiquete u orden de cambio cuando éstos se expidan de una vía solamente y sobre el cincuenta por ciento (50%) de su valor cuando se expidan de ida y regreso. (Art. 461 E. (Legis Editores S. A, E.T. 2015, Art. 461)T.).

2. Tipo impositivo 5%

En este rubro se ubican los bienes gravados a una tasa diferencial del 5% (Art. 468-1 E. T.), que recae en actividades del contribuyente, tales como:

a) Productos naturales. Café –extractos y esencias–, harinas, aceite, granos, maíz, arroz, azúcar de caña, chocolate, semillas de algodón, nuez, sorgo, habas, pastas alimenticias, salvados.

En el caso del maíz y arroz, señalamos el contenido del Decreto 2686 de 2014, que con base en el precepto del Art. 424 E. T., establece que estos bienes no causan el Impuesto del 5% sobre las ventas, cuando no sean industrializados, es decir, cuando no hayan sido objeto de transformaciones y preparaciones, aun cuando exista intermediación comercial en ellos.

b) Productos industrializados. Maquinaria agrícola y avicultura, taxis y transporte público, carrocerías para vehículos públicos, incubadoras y criadoras, maquinas de ordeño, herramientas del campo, pastas alimenticias, productos de panadería, tortas, alimentación de animales, residuos de la industria.

c) Fines extrafiscales. En los bienes gravados a la tasa 5%, se precisa la postura coadyuvante a la economía del país, atenuante en el pago del Impuesto sobre las ventas, de estos productos, que atienden a un consumo o a un servicio; no obstante, carece de incentivos fiscales a favor del medio ambiente, pues en el caso de vehículos, la condición expresa es que sean para la puesta al servicio público, sin considerar la emisión de contaminantes, por ejemplo.

3. Tipo impositivo 35%.

a) Bienes industrializados. Bajo este tipo impositivo (35%) quedan sometidos aquellos bienes cuya “venta se efectúe por quien los produce, los importa o comercializa, o cuando fueran el resultado del servicio [regulado en el parágrafo del Art. 476 E.T.]”; como:

(...) el alcohol etílico sin desnaturalizar con un grado alcohólico volumétrico inferior a 80% vol.; aguardientes, licores, y demás bebidas espirituosas; preparaciones alcohólicas compuestas del tipo de las utilizadas para la elaboración de bebidas, distintos de los sabajones y ponches - cremas y aperitivos de menos de 20 grados. (Art. 473).

b) Fines extrafiscales. El legislador muestra una naturaleza extrafiscal del IVA, al ponderar el cuidado de la salud, con el consumo de estos productos nocivos para el organismo humano. En materia ambiental, se carece de estímulos claros al fomento de la conservación del suelo, el aire o el agua. Aunque, exegéticamente y de manera indirecta, podemos estimar que se tiende a la conservación de estos recursos, por cuanto se aplican tarifas elevadas a los productores de alcohol o aguardiente, cuya actividad, por tener una producción en gran escala, sí causan un deterioro al ambiente.

Conclusiones

Los incentivos fiscales, como parte integrante de la conservación del medio ambiente, no constituyen sanciones para los contribuyentes, pues su adecuación normativa recae en la actualización del pago de tributos, y cuando su conducta arroja un beneficio a la política ambiental, dependerá de la valoración real que haga el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, para obtener beneficios fiscales en los créditos a extinguir.

La política fiscal, se advierte un poco débil como coadyuvante al entorno natural, ello puede justificarse en las atribuciones, que en materia de protección a los recursos naturales, son otorgadas de manera exclusiva al Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Existe una falta de prelación normativa administrativa, que conduzca a una aplicación ágil por los administrados, pues la dispersión de supuestos jurídicos y expedición constante de Decretos reglamentarios, no dan certeza y seguridad en el particular, repercutiendo en el mejor cumplimiento de sus deberes.

Pudimos apreciar en el desarrollo de la presente investigación, que el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con tasas ambientales que pretenden

limitar el deterioro de la naturaleza, sin embargo, las responsabilidades que se regulan para la protección ambiental, buscan el cumplimiento constitucional y la protección del derecho colectivo y humano de un medio ambiente sano, que también cobra las veces de un servicio público. Siendo así, el Sistema Tributario parte del garantista presente en la finalidad de Estado, que se advierte en conjunto de todo el Sistema Jurídico.

El legislador, atendiendo sus competencias delegadas en materia ecológica, en vía de la autoridad fiscal y en paralelo al cobro de impuestos con finalidad fiscal, como es el caso del IVA, busca que los contribuyentes identifiquen su comportamiento económico vinculado con los recursos naturales, y que puede estar impactando negativamente el medio; situación que da un sentido extrafiscal a este gravamen nacional.

Se desdoblan atribuciones en el engranaje de las autoridades –civil, penal y administrativa-, con incidencia a las políticas ambientales, haciéndoles intervenir desde sus ámbitos para este recinto; sin embargo, se considera que la política fiscal debe hacer más presencia en el ramo ambiental, incrementando los incentivos económicos de protección del medio o regulando tributos ambientales típicos.

La técnica legislativa fiscal en general y en particular a nuestro caso de estudio, remite a una complejidad en el manejo de sus incorporaciones al Estatuto Tributario, que agrupa las reformas a las leyes en cuestión, dejando en estado de incertidumbre a los contribuyentes, a la luz de la falta de integración y unificación de textos hacendarios, al consignar en cada modificación, no a la fuente legal, si no al contenido del Estatuto; emanando también de ésta concentración normativa, una prelación legislativa imprecisa, que merma en el cumplimiento e identidad de los deudores tributarios.

De esta forma, el estatuto al reconocerse como una compilación de reformas a los ordenamientos tributarios colombianos, interrumpe la aplicación de éste sistema integralmente, causando escisión en las normas fiscales, cuyos actos deben ser encuadrados en la ley que contiene los hechos hipotéticos sustancialmente, que determinen el nacimiento de obligaciones hacendarias. Al parecer, con éste mecanismo administrativo, la ley fiscal de origen, queda relegada o sustituida por el Estatuto Tributario, lo que, en estricto derecho, refleja falta de seguridad en los contribuyentes.

La extrafiscalidad en el Impuesto sobre las ventas, en general es débil, logrando una escasa coyuntura con el medio ambiente, atentos a los bienes y servicios excluidos; específicamente en el artículo 424 del Estatuto Tributario, cuando estos bienes se destinen a la construcción y cumplan con los estándares aprobados por el Ministerio del Medio Ambiente. Así el precepto 476, puede ser

interpretado en esta finalidad, cuando los servicios se remontan al funcionamiento de la agricultura, ganadería y piscicultura, cuyos elementos usados se fincan en los productos en estado natural, a la conservación de tales bienes y sanidad animal.

Las importaciones reguladas como no generadoras del Impuesto sobre las ventas, en el Art. 428 del Estatuto Tributario, representan un caso concreto y claro de la fiscalidad ambiental en este tributo, a la luz de la introducción de maquinaria o equipo cuyo uso sea destinado al tratamiento de la basura, agua, restauración de ríos; atentos a los programas gubernamentales seguidos por el Ministerio del Medio Ambiente.

Fuera de estos casos, los tipos impositivos general del 16%, diferenciales del 5% y 35%, nos reflejan la inducción de conductas en los contribuyentes, en el uso de bienes y servicios que puedan causar un efecto nocivo a la naturaleza, fincando tales tarifas, en atención a sus capacidades económicas.

Por lo tanto, se requiere de un mayor reforzamiento a los estímulos fiscales, de cara a la política ambiental, en cumplimiento al derecho humano y colectivo: acceso a un ambiente sano, garantizado por los entes del Estado, con la intervención de la Política Fiscal, en la proporción de sus competencias a éste fin.

Se constata, que en la práctica fiscal, no existe la pronunciación de criterios jurisprudenciales sobre los cuales pudiéramos apoyar esta investigación, a la luz de las controversias que de manera concreta los particulares como titulares puedan promover el ejercicio de derechos accesibles por la imposición sobre el impuesto a las ventas, causando una vulneración a sus ámbitos económicos y jurídicos.

Referencias

- AGUILA CARRALERO, A. (2013). *Fiscalidad ambiental: alternativa para la protección del ambiente*. Editorial Academica Española .
- Carbajo Vasco, D. (2012). La economía del cambio climático y la fiscalidad. *Cronica Tributaria*, 38.
- Decreto 2811. (18 de Diciembre de 1974). Presidente de la Republica de Colombia. *Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente*. Bogota. D.C., Colombia: Diario Oficial No. 34243. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=1551>
- Decreto 4712. (16 de Diciembre de 2008). Presidente de la República de Colombia . Bogota.D.C., Colombia : Diario Oficial No. 47.205. Obtenido de : http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4712_2008.html

- DUQUE VÉLEZ, V. (2001). Incidencia fiscal en el medio ambiente. En *En economía- Derecho-Ecología. Coexistencia V foro*. Colombia: Universidad de la salle.
- FERNÁNDEZ BRENDES, S. (2004). Las exoneraciones y desgravaciones tributarias a la luz de los principios constitucionales. *Revista Foro constitucional iberoamericano*. Obtenido de: <http://www.idpc.es/archivo/1213086802FCI8ASFB.pdf>
- GAGO RODRÍGEZ, A., & LABANDEIRA VILLOT, X. (2013). La imposición ambiental como opción para España. *Papeles de economía española*. Obtenido de: <http://labandeira.eu/publicacions/wp142013.pdf>
- GRILLO RUBIANO, F. (2006). *Normas sobre organizacion y funcionamiento de la administración pública*. Colombia : Departamento Administrativo de la Función Pública.
- GUERVÓS MAÍLLO, M. (2001). Aspectos y posibilidades de la fiscalidad del turismo. *Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones*.
- JOFRA SORA, M., & PUIG VENTOSA, I. (31 de Enero de 2014). *Forum Ambiental*. Obtenido de Fiscalidad ambiental e instrumentos de financiación de la economía verde. Obtenido de: http://www.forumambiental.org/pdf/fiscalidad_ambiental.pdf
- LAVANDEIRA VILLOT, X. (2011). Nuevos entornos para la fiscalidad energética. *Cambio climático: Aspectos económicos e internacionales ICE*, 24. Obtenido de: http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_862_57-80__BDA1A1BEBD95CCBDCE468C93A9298DFB.pdf
- Legis Editores S. A. (2015). *Estatuto Tributario 2015*. Bogotá D.C.: Legis Editores S. A.
- Ley 44. (18 de Diciembre de 1990). Congreso de la República. *por la cual se dictan normas sobre catastro e impuestos sobre la propiedad raíz, se dictan otras disposiciones de carácter tributario, y se conceden unas facultades extraordinarias*. Bogotá. D.C., Colombia : Diario Oficial No. 39.607. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=283>
- Ley 599. (24 de Julio de 2000). Congreso de la República. *Por la cual se expide el Código Penal*. Bogotá.D.C., Colombia: Diario Oficial 44097. Obtenido de : <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>
- Ley 99. (22 de Diciembre de 1993). Congreso de la República. *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 disposici*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 41146 . Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=297>
- LIFSCHITZ, N. (2000). Fiscalidad y tutela ambiental. *Dikaion. Revista de fundamentacion jurídica*. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2116186.pdf>

- LÓPEZ-GUZMÁN GUZMÁN, T. J., & Sánchez Cañizares, S. (2009). Fiscalidad autonómica y medio ambiente. Una reflexión en torno al impuesto andaluz que grava la contaminación atmosférica. *Revista de Estudios Regionales*.
- MEIER, H. (1981). *Las relaciones entre Derecho y ambiente*. Obtenido de http://www.ulpiano.org/ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCAB/32/UCAB_1981-82_32_160-143.pdf
- Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente. (1994). *Manual práctico de Derecho Ambiental*. Madrid: España Artes Gráficas Benizal.
- MONSALVE TEJADA, R. (2013). *Impuestos 2013 : estatuto tributario concordado : últimas reformas tributarias, decretos reglamentarios del E. T.* . Bogotá D.C.: Centro Interamericano Jurídico-Financiero.
- PASTOR DEL PINO, M. (2014). La técnica desgravatoria en la configuración de beneficios tributarios. *Revista Crónica tributaria*, 184. Obtenido de : http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cron_trib/152_Pastor.pdf
- PATÓN GARCÍA, G. (2013). Incentivos fiscales ambientales y responsabilidad empresarial. *Pensar en derecho*. Obtenido de: <https://www.uclm.es/fundacion/rsuclm/pdf/investigacion/Gemma%20Pat%C3%B3n%20ficha.pdf>
- PATÓN GARCÍA, G. (2014). Fiscalidad, internacionalización de la economía social y fomento de la responsabilidad social empresarial. *Pensar en derecho*. Obtenido de: <file:///C:/Users/Marcela%20Florez/Downloads/13900-50128-1-PB.pdf>
- PITRONE, F. (Vol. 24, Núm. 49 2014). Definiendo los “Impuestos Ambientales”: Aportes desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *IUS ET VERITAS*. Obtenido de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/13616/14239>
- Piza Rodríguez, J. (2009). 25 años de historia tributaria. *Revista IMPUESTOS*, 6. Obtenido de: <http://www.revistaslegis.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/impuestos%20153.pdf>
- PORRO GONZÁLEZ, Á. (Abril de 2012). *Fiscalidad y otras incentivos económicos. ¿Promueven actitudes proambientales?* Obtenido de Centro Complutense de Estudios e Información Medioambiental: <http://opcions.org/sites/default/files/pdf/InformeCambioGlobalConsumo.pdf>
- RAMÍREZ REBOLLEDO, G. (1990). *Legislación ambiental en los países del Convenio Andrés Bello*. Bogotá D.C., Colombia: Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello (SECAB).
- RODRÍGUEZ ROJAS, S., & Alonso Bejarano, N. (1997). *Mecanismos jurídicos de la protección ambiental*. Bogotá. D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- SÁNCHEZ TORRES, C., CRUZ DE QUIÑONES, L., & MACIAS GÓMEZ, L. (1994). *Nuevo régimen jurídico del medio ambiente*. Medellín: Ediciones Rosaristas.

- SANDOVAL CABRERA, P. (2008). Análisis comparativo de la fiscalidad ambiental en México y en Europa: opciones de cooperación en el marco del Acuerdo de Asociación Económica. *Revista Electrónica Iberoamericana*. Obtenido de: https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_2_2008_1/REIB_02_01_Sandoval_Cabrera.pdf
- SANTANDER MEJÍA, E. (2002). *Instituciones de derecho ambiental*. Bogotá D.C.: ECOEDICIONES.
- Sentencia 122. (5 de Junio de 2012). Tribunal Constitucional de España. Pleno. Madrid, España: Boletín Oficial del Estado. Obtenido de: http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/22967#complete_resolucion&completa
- VASCO MARTÍNEZ, R. (2013). *Procedimiento tributario nacional : aspectos prácticos* . Medellín: CENTRO INTERAMERICANO JURIDICO-FINANCIERO.

El post conflicto y el modelo económico en Colombia*

Post conflict and economic model in Colombia

Recibido: Septiembre 6 de 2015 - Evaluado: Noviembre 27 de 2015 - Aceptado: Diciembre 10 de 2015

Jaime Buenahora Febres Cordero**

Para citar este artículo / To cite this article

Febres Cordero, J. B. (2016). El post conflicto y el modelo económico en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), (213-240).

Resumen

Es muy probable que el Gobierno firme con los grupos insurgentes, FARC y ELN, los Acuerdos de Paz que le pondrán fin a la guerra. Esos hechos tendrán un gran significado para los colombianos. Solo que, cumplido este proceso,

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto resultado investigación independiente del autor.

** Abogado-economista de la Universidad Javeriana, Magister en Sociología del Derecho y en Ciencias Políticas de la Universidad de La Sorbonne, París. Ha sido catedrático de las universidades Javeriana, Externado y Libre. Es actualmente investigador y profesor del MAS en Diplomacia y Relaciones Internacionales de Fairleigh Dickinson University en Nueva Jersey, Estados Unidos de América. Autor de varios libros entre los que destacan 'La Democracia en Colombia', 'La Generación del Terremoto', y 'El Proceso Constituyente'. Su participación en el sector público le ha permitido ser Representante a la Cámara, Vice Ministro del Interior, Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, Secretario de Gobierno de Bogotá, y Cónsul General de Colombia en Nueva York. Es actualmente Representante a la Cámara por la Circunscripción Internacional, y miembro de la Comisión Primera Constitucional Permanente. También ha sido Presidente del Partido de Unidad Nacional, U.
Correo electrónico: jaime.bue@hotmail.com, jaimeb@fdu.edu.

el Gobierno y la sociedad colombiana tendrán que enfrentar nuevos retos, en particular la adecuación gradual de las estructuras políticas, económicas y sociales, a fin de garantizar una Paz integral, estable y duradera, es decir, una paz que más allá de silenciar los fusiles y lograr la reincorporación de los guerrilleros a la vida civil, garantice la prevalencia del interés general para gradualmente alcanzar la cohesión societaria. En otras palabras, la paz económica y social, que supone la erradicación progresiva pero efectiva de la pobreza y las desigualdades, no se alcanzará con la firma de los Acuerdos. Lo fundamental, más allá de la complementación institucional de los puntos que el Gobierno convenga con las FARC y el ELN, está en adaptar el Estado, con base en el intervencionismo y los principios del interés general y la solidaridad, para construir una sociedad incluyente y con oportunidades para todos. La complejidad de esta tarea nos lleva a reflexionar no solo sobre el modelo económico sino muy especialmente sobre el derecho económico constitucional vigente.

Palabras clave: Acuerdos de Paz, Post Conflicto, Estado Social de Derecho, Economía Internacional, Derechos Económicos y Sociales, Intervencionismo, Interés General y Solidaridad

Abstract

It is very likely that the Government will sign the Peace Agreements that will end up war with the insurgent groups, FARC and ELN. These facts will have a great significance for Colombians. Only, when this process is completed, the Government and Colombian society will have to face new challenges, in particular the gradual adaptation of political, economic and social structures, in order to guarantee an integral, stable and lasting peace, that is, a peace That not only stops rifles and achieves the reincorporation of the guerrillas into civilian life, but also guarantee the prevalence of the general interest to gradually achieve corporate cohesion. In other words, economic and social peace, which involves the progressive but effective eradication of poverty and inequality, will not be achieved with the signing of the Agreements. The fundamental thing, beyond the institutional complementation of the points that the Government agrees with the FARC and the ELN, is to adapt the State, based on interventionism and the principles of general interest and solidarity, to build an inclusive society with opportunities for all. The complexity of this task leads us to reflect not only on the economic model but especially on the constitutional economic law in force.

Keywords: Peace Agreements, Post Conflict, Social State of Law, International Economics, Economic and Social Rights, Interventions, General Interest and Solidarity.

Resumo:

Existe uma gram possibilidade que o Governo assine, com os grupos insurgentes, FARC y ELN, os Acordos de Paz que acabarão com a guerra. Tal fato terá um grande significado para os colombianos, porém, uma vez cumprida esse procedo, o Governo e a sociedade colombiana terão que afrontar novos retos, em participar a adequação gradual das estruturas políticas, econômicas e sociais a fim garantir a Paz Integral, estável e lograda, ou seja, uma paz mais além do silêncio das armas de fogo e da reintegração corporal dos guerrilheiros na vida civil, para garantir a prevalência do interesse geral na procura de uma coesão societária. Mais além de que o governo colombiano assine com as FARC e o ELN, o estado colombiano deve adotar no intervencionismo dos princípios de interesse geral e a solidariedade, a fim construir uma sociedade incluinte com oportunidades para todos. A complexidade desta tarefa nos leva à refletir não somente sobre o modelo economico, mas sobre o direito econômico constitucional vigente.

Palavras chave: Acordos de paz, Estado Social de direito, Economia internacional, Estado intervencionista, solidariedade.

Résumé:

Il est très probable que le Gouvernement ratifie avec les groupes armés existants en Colombie FARC et ELN des Accords de Paix visant à la fin de la guerre existante depuis une cinquantaine d'années. Ces faits auront une grande signification pour les colombiens en but de rêver un nouveau pays pourtant, pour y arriver, le Gouvernement et la population colombienne devront affrontes des nouveaux défis, plus particulièrement à l'adéquation graduelle des structures politiques, économiques et sociales au fur et à mesure que le processus de garantir une paix intégrale, totale et éternelle soit accompli, autrement dit, une sorte de paix qui aille au-delà du silence des armes de feux et puisse gérer la réincorporation des guérilleros à la vie civile, garantisse la prévalence de l'intérêt général en but de créer une cohésion stable parmi les citoyens et les ex-combattants. En autre mots, la paix économique et sociale, soupçonne l'éradication définitive mais progressive de la pauvreté et les inégalités ne pourra pas s'accomplir avec la simple signature des accords mais avec la mise en œuvre effective des négociations subies entre le Gouvernement et les groupes armés. La complexité de cette tâche nous mène à réfléchir non seulement sur le modèle économique mais spécialement sur le droit économique constitutionnel existant.

Mots-clés: accords de paix, post-conflits, état social de droit, économie internationale, droits économiques et sociaux, interventionnisme, intérêt général et solidarité.

SUMARIO: Introducción. - 1. La fuerza del Capitalismo Internacional. - 2. La realidad económica y social del País. - 3. La Economía en la Constitución de 1991. - 4. Reflexiones sobre el Plan de Desarrollo. - Conclusiones. - Referencias

Introducción

Los Acuerdos de Paz que se suscriban entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC serán un triunfo de inmensas proporciones para la sociedad colombiana. Baste recordar que sus últimas generaciones han vivido más en guerra que en paz. Con esos convenios comenzará el camino hacia la reconciliación nacional, después de 5 décadas de un conflicto armado que ha dejado más de 7 millones de víctimas. Desde luego, limitados a las FARC, es claro que se trata de la terminación de una guerra parcial, toda vez que seguirán pendientes las negociaciones con el otro grupo insurgente significativo, el Ejército de Liberación Nacional ELN. Es evidente que una vez concluido este primer gran trabajo, consistente en acallar los fusiles, el Gobierno y la sociedad colombiana enfrentarán otros retos y compromisos, relacionados con las estructuras políticas, económicas y sociales, todos necesarios y complementarios para consolidar una paz integral. En otros términos, la verdadera paz, sobre todo la paz de contenido económico y social, no se alcanzará con la firma de unos Acuerdos. Estos deben entenderse como un punto de partida. La clave, más allá de la implementación de los puntos que se convengan entre el Gobierno y las FARC, o eventualmente entre el Gobierno y el ELN, está en la puesta en marcha de unas políticas públicas integrales que reconstruyan el tejido nacional con base en el interés general y la solidaridad social, pilares de la Constitución de 1991. Lo anterior implica, un ejercicio simultáneo que comporte, por una parte, una profunda reflexión sobre los resultados generados por el modelo económico imperante y, por otra, un análisis sereno sobre la manera como se ha interpretado y se podría interpretar o modificar el derecho constitucional económico vigente.

Por todos es sabido que el Proceso de Paz, con base en las negociaciones entre el Gobierno y las FARC, se convirtió, desde septiembre de 2012, no solo en el epicentro de las discusiones políticas sino también en el tema más trillado por los medios de comunicación. Cada punto que se trate, produzca o no acuerdos, así como cualquier hecho nacional o regional que influya en el proceso, genera de inmediato reacciones según la visión ideológica y la conveniencia política. No puede ser de otra manera, por cuanto las elecciones presidenciales de 2014 se definieron en favor de Juan Manuel Santos con fundamento en el apoyo a la Paz¹.

¹ Registraduría Nacional del Estado Civil, Elecciones Presidenciales de 2014. Juan Manuel Santos perdió en primera vuelta frente a Oscar Iván Zuluaga, candidato uribista. La Alianza

El Acuerdo Final que se suscriba, por un lado, contemplará lo lógico, es decir, la entrega de las armas y la reincorporación a la vida civil de los militantes de las FARC; y, por otro, la recuperación del sector agrario, la estrategia en la lucha contra las drogas, la participación política de los insurgentes, la reivindicación de las víctimas, y los parámetros de justicia transicional, puntos de la agenda todos fundamentales.

Pero según el cronograma de trabajo, la terminación de la guerra con las FARC, o sea el cese bilateral del fuego y las hostilidades, se firmará en forma previa al gran Acuerdo Final. Ese acto, aunque parcial, será trascendental, y de seguro contará no solo con la presencia de los máximos representantes de las partes en negociación, sino también con testigos internacionales de primera línea, como el Secretario General de las Naciones Unidas, y los representantes de los países garantes, Cuba y Noruega, y de los países acompañantes, Venezuela y Chile. Ese convenio, que confirmará la proximidad del Acuerdo Final, estará centrado en el cese del fuego y las hostilidades, las zonas de ubicación temporal de las tropas de las FARC, el cronograma del desarme, y las garantías de seguridad².

La Nación, entre tanto, se preparará institucionalmente para blindar los Acuerdos que se firmen con las FARC. La idea es buscar la conjunción del Gobierno, el Congreso, la Corte Constitucional y el voto popular para generarle al Acuerdo Final mayor valor y legitimidad. En efecto, en atención a la promesa del presidente Santos de refrendar con el sufragio ciudadano el Acuerdo Final alcanzado, el Congreso discute la Ley Estatutaria del Plebiscito para la Paz, que será revisada por la Corte Constitucional. Por otro, está en trámite el Acto Legislativo para la Paz, que establece las reglas y procedimientos para la implementación de los Acuerdos, siempre y cuando el pueblo los haya refrendado. Recordemos, además, que en el Congreso hace trámite la prórroga de la Ley de Orden Público, que da herramientas al Estado para adelantar los procesos

Verde y el Polo Democrático, que no hacían parte de la coalición de Unidad Nacional y que llevaron candidato propio en primera vuelta, decidieron apoyar a Juan Manuel Santos para la segunda vuelta, más por su compromiso con la paz que por otras políticas o programas de gobierno. (Revista Semana, 2014).

² Está previsto que en 180 días, después de firmado el Acuerdo Final, todo el armamento de las Farc se recibirá por los comisionados de Naciones Unidas y se destinará a la construcción de tres monumentos por la paz, así: uno en Colombia, otro en Cuba, y el tercero en EE.UU. La garantía de seguridad para los insurgentes y las comunidades aledañas a los asentamientos de las Farc también tendrán acompañamiento internacional.

de desarme, desmovilización y reinserción a la vida civil. No hay duda de que la legislatura iniciada el pasado 20 de Julio ha tenido y tendrá una especial trascendencia para el desarrollo de la Paz³.

Ahora bien, la Paz alcanzada con las FARC, o la que se logre con el ELN, distan mucho de la paz de contenido económico y social, que es la que representa igualdad de oportunidades e inclusión, y por lo mismo genera estabilidad y cohesión societaria. En el entendido de que el Proceso de Paz culmine bien, es claro que solo parte de las políticas públicas requeridas para la construcción de una sociedad más justa y solidaria, puede adelantarse al implementar los Acuerdos con las FARC, una vez se produzca su refrendación o plebiscito. Lo mismo ocurrirá al convenir otros puntos o temas con el ELN. La verdadera paz requerirá de años y, sobre todo, de una planeación que teniendo en cuenta la realidad nacional, tan evidente en injusticia social, haga los ajustes necesarios al modelo socio económico imperante. Todo puede hacerse dentro del capitalismo, pero siempre y cuando no se le deje desbordar, esto es, se le pueda controlar para que el interés general sea el epicentro de las decisiones, tal como ocurre en naciones que han adoptado la social democracia⁴.

La Carta Política de 1991 ha producido grandes cambios en la sociedad colombiana, no solo por las modificaciones institucionales que introdujo sino por la gran conciencia que ha generado en materia de derechos fundamentales. Sin embargo, desde una conceptualización puramente económica, a pesar de

³ La posibilidad del referendo para validar el Acuerdo Final se descartó porque implicaba una serie de preguntas que confundirían al ciudadano, y entonces se optó por el proyecto de Ley Estatutaria del Plebiscito especial para la paz, entendido como un mecanismo más sencillo, con las opciones del Sí o el No sobre lo esencial. El proyecto de Acto Legislativo sobre la implementación de los Acuerdos busca un trámite ágil y expedito, centrando la iniciativa en el Gobierno. Y la prórroga de la Ley de Orden Público se veía como una necesidad para los procesos de desarme, desmovilización y resinserción de los insurgentes a la vida civil.

⁴ El presidente Juan Manuel Santos siempre ha hecho énfasis en que el modelo económico no está en discusión en La Habana. En el “Encuentro Empresarial de Colombia y Portugal” celebrado en abril de 2013, dijo lo siguiente: *“Tengan la seguridad de que no vamos a negociar nada de lo fundamental: ni la propiedad privada, ni el modelo de desarrollo, ni la política industrial, ni la política comercial”*. Y antes de viajar a la Cumbre Iberoamericana en Cádiz, en noviembre de 2012, sostuvo en entrevista a la agencia EFE que *“...no vamos a negociar aspectos fundamentales de la vida nacional, como la propia constitución, el modelo de desarrollo, o el concepto de propiedad privada”*.

Al respecto puede consultarse estudio relativo a la cláusula democrática en la Constitución Política de 1991 y su alcance (Jiménez Ramírez & Arboleda Ramírez, 2015).

los avances en cuanto a reducción de la pobreza de este y otros gobiernos, los niveles de desigualdad indican que lejos de ser una sociedad incluyente, se mantiene bastante fraccionada entre la élite política, económica y social, que ha concentrado apreciables ventajas, y la mayoría de la población, que ha sido permanente rehén de la exclusión y las dificultades⁵. La puesta en marcha de un Estado Social de Derecho que, con base en el reconocimiento de los derechos fundamentales, permitiere también la consecución de los principales derechos económicos y sociales, verbigracia, educación, salud y vivienda, continúa siendo una tarea pendiente.

¿Por qué existe esa brecha tan amplia entre los postulados de la Constitución y la realidad económica y social del país? La respuesta es simple: mientras filosóficamente se adoptaba una Carta Política con vocación incluyente en lo social, el manejo de la economía se dirigía hacia el neoliberalismo⁶. Ese contrato social con que soñaron los delegatarios de 1991, dadas las inmensas desigualdades e injusticias que nos caracterizan, solo era viable con base en un intervencionismo gradual del Estado para no dejar operar abiertamente al capitalismo con sus malabares de oferta y demanda. Seguir jugando al capitalismo salvaje, que coloca la rentabilidad muy por encima del ser humano, era negar de entrada la Constitución, era sepultar radicalmente la construcción del Estado Social de Derecho. ¿Por qué permitir el burdo mercantilismo en las áreas de salud y educación? ¿Y qué decir de la falta de dignidad nacional frente al manejo de los recursos naturales?

La historia no se puede repetir. Los Acuerdos de Paz que se suscriban con las FARC, y eventualmente los que se firmen con el ELN, serán un logro inmenso del presidente Santos, sobre todo si se piensa en las cinco décadas del conflicto armado. Pero reiteramos, la verdadera paz seguirá siendo esquiva mientras no se construya una economía nacional que la intérprete a cabalidad, que genere igualdad y equidad en las oportunidades, que coloque como norte los valores del interés general y la solidaridad social.

⁵ Este proceso podría explicarse desde una realidad de despolitización de la ciudadanía (Clavijo Cáceres & Agudelo Ibáñez, 2014).

⁶ El Neoliberalismo adoptado por la mayoría de los países de América Latina a principios de los años 90's responde al llamado '*Consenso de Washington*', expresión acuñada por el economista John Williamson. Se predicó entonces que para alcanzar la estabilidad macroeconómica era menester liberar el comercio y la inversión, abrir los mercados a los productos y al capital extranjero demoliendo aranceles y restricciones y, por sobre todo, disminuyendo el rol del Estado.

La reforma constitucional llamada ‘Equilibrio de Poderes’, que se tramitó en la legislatura 2014-2015, fue útil para revisar algunas instituciones del Estado pero no para generar una sociedad más solidaria e incluyente. Sirvió para abolir la reelección presidencial y la de otros dignatarios, así como para replantear el esquema de la administración de justicia⁷, y el juzgamiento de altos funcionarios del Estado, en especial de los magistrados de las altas cortes. Estamos pendientes del fallo de la Corte Constitucional, que esperamos no cercene el poder que le corresponde al Congreso de la República en calidad de constituyente derivado, con base en las absurdas supra facultades que se ha dado la Corte a sí misma alegando la teoría de la sustitución de la Constitución. En lo que nos concierne, es decir, en cuanto a las estructuras económicas y sociales del país, no tuvo esa reforma ningún renglón que modificara o corrigiera los desajustes dejados por el modelo económico que ha reinado en los últimos 25 años, basado en el neoliberalismo sin mayor control⁸.

Este planteamiento, según el cual para alcanzar la paz integral no bastan los acuerdos que se suscriban con las FARC y el ELN, nos lleva a revisar sucintamente la evolución económica internacional, las reglas constitucionales sobre el manejo económico, las cifras y estadísticas sobre la realidad nacional, y el Plan de Desarrollo adoptado para el cuatrienio 2014-2018. Realmente, ¿Hacia dónde vamos? ¿Será que el modelo económico vigente requiere de ajustes?

1. La fuerza del Capitalismo Internacional

Solo entendiendo el inmenso poder del capitalismo en su dimensión internacional, se puede comprender a cabalidad la realidad económica de Colombia. Es claro que el país hace parte de esa estructura económica globalizante, pero como parte de su periferia, esto es, en calidad de país dependiente, con las características propias de las naciones tercermundistas, vistas principalmente como surtidoras de materias primas y mercados atractivos en virtud de sus

⁷ En este punto resulta importante consultar tesis expuesta frente a una alternativa de legitimidad para la solución por vía de negociación al conflicto armado interno colombiano desde el derecho internacional penal (PABÓN GIRALDO & JIMÉNEZ OSPINA, 2014).

⁸ El gobierno del presidente César Gaviria (1990-1994) inició el camino de la apertura económica, que luego continuaron y complementaron los gobiernos de Andrés Pastrana, Alvaro Uribe y Juan Manuel Santos. Los tratados de libre comercio suscritos por Colombia con los Estados Unidos, la Unión Europea y Corea del Sur, entre otros, reafirman esa postura aperturista y neoliberal.

necesidades. No es lo mismo interactuar en el capitalismo internacional en calidad de nación industrializada y soberana económicamente, que en condiciones de dependencia y subdesarrollo. De cierta forma, el capitalismo se ha vuelto casi una dictadura para las naciones dependientes. Es difícil resistirle, pues son muchos los Estados que han perdido progresivamente su soberanía económica. Más de 49 naciones se encuentran en completa bancarrota, y muchas otras se hallan con una deuda pública que compromete seriamente sus finanzas y quebranta su desarrollo (GELINAS, 2003, p. 165).

Para mayor ilustración sobre la fuerza y acumulación del capital en esta era de la globalización, no basta con recordar las grandes diferencias entre las naciones industrializadas y aquéllas en vías de desarrollo, sino que es menester considerar el peso económico de las multinacionales. Las dos mil compañías que mueven la economía mundial, agrupadas en sólidas asociaciones sectoriales o alianzas estratégicas, son capaces de imponerse sobre los poderes públicos de muchos estados, en particular de los estados del Tercer Mundo, resquebrajando su soberanía. Para entender lo anterior, es suficiente comparar los activos globales de diez de las más importantes transnacionales del mundo con diez países cuyo poder económico resulta semejante. Nos referimos, por un lado, a General Electric, Citic Group China, Volkswagen, Toyota, Royal Dutch Shell, EDF SA France, Exxon Mobil, British Petroleum, Chevron, y Total SA; y, por otro, a naciones como Holanda, Suecia, Polonia, Bélgica, Noruega, Austria, Suráfrica, Dinamarca, Finlandia y Grecia.⁹ Estas son las cifras:

Cuadro 1.

Peso económico de 10 Transnacionales por sus
Activos globales en 2013, comparado con el PIB de
10 Estados en 2015, y en miles de millones de dólares de los EE.UU.

1.	Holanda	750,8
2.	General Electric	656,5
3.	CITIC Group China	565,5
4.	Suecia	483,7
5.	Polonia	481,2
6.	Bélgica	458,7
7.	Volkswagen Group	446,5
8.	Toyota	403,1
9.	Noruega	397,6

⁹ TOPFOREIGNSTOCKS.COM, The World Top 100 Non-Financial TNCs. Ranked by Foreign Assets 2013; y CIA The World Factbook; GDP de países 2015, Official Exchange rate.

10. Austria	372,6
11. Royal Dutch - Shell	357,5
12. EDF SA France	353,5
13. Exxon Mobil	346,8
14. Suráfrica	317,3
15. British Petroleum	305,6
16. Dinamarca	291,2
17. Chevron	253,7
18. Total SA	238,8
19. Finlandia	230,7
20. Grecia	193,5

Estamos ante un escenario de ficción, propio del realismo mágico. Parece increíble que General Electric posea activos globales superiores al Producto Interno Bruto de Suecia, Polonia o Bélgica, o que lo propio pase con el grupo Volkswagen si se le compara con Noruega y Austria. Si eso ocurre en tratándose de naciones europeas, altamente industrializadas, ¿Qué puede esperarse al confrontar los activos de las principales transnacionales con el PIB de cualquiera de los países de América Latina? Sabemos bien que centenares de empresas multinacionales tienen gran poder para influenciar a los gobiernos del Tercer Mundo, puesto que los doblegan y obtienen todo tipo de ventajas, como concesiones, exención de impuestos, subvenciones, o préstamos a intereses bonificados.

Ahora bien, las diferencias existentes entre las naciones del mundo industrializado y los llamados países emergentes o en vías de desarrollo, también son abismales. No le falta razón a Pedro Díaz Arenas al señalar que,

...el capitalismo actual no es simplemente una yuxtaposición de formaciones sociales o de capitalismo nacionales sino todo un sistema jerarquizado, resultante de relaciones de intercambio desiguales, lo que significa que existe una gran plusvalía internacional. (DÍAZ ARENAS, 1980, p. 73)

Y si pensamos en personas o individuos, no sobra recordar que el 20% de la población mundial, o sea unos 1320 millones de seres humanos, pertenecientes al llamado mundo industrializado, tenían una participación del 74% en el PIB global de 2012. En cambio, el 80% de la población global, es decir, 5280 millones de personas, residentes en países del Tercer Mundo, apenas tenían una participación del 26% en el PIB mundial. Más aún: el 20% más pobre del planeta solo tenía entonces una participación del 2% en el PIB global (Unicef, 2012).

Los indicativos de América Latina, de acuerdo con la CEPAL, claramente muestran el aumento de la pobreza, la indigencia y el hambre como consecuencia de las políticas neoliberales de las dos últimas décadas del siglo XX. En 1980, América Latina tenía 358 millones de personas, de las cuales el 41% se encontraba

por debajo de la línea de pobreza. Pero en 2001, cuando la población era de 515 millones, el porcentaje de quienes se ubicaban por debajo de la línea de pobreza había aumentado al 42,5%. Y, peor aún si miramos los datos de 2003, puesto que ya con una población de 536 millones, la línea de los habitantes por debajo de la línea de pobreza llegaba al 43,9%. Otro dato: a comienzos del siglo XXI América Latina contaba con más de 234 millones de pobres, de los cuales los indigentes representaban la vergonzosa cifra de 104 millones. (Cepal, 2003)

Esa es la brecha mundial y regional que parece insuperable, a pesar de los discursos, la retórica constitucional y algunos programas, como las metas del Milenio de las Naciones Unidas, que son un minúsculo paliativo frente a la fuerza del nuevo orden económico internacional dominado ampliamente por las tesis de la globalización.

No obstante, esa dinámica económica internacional no necesariamente impide la formación de una voluntad política capaz de resistir al capitalismo salvaje, y construir más bien el Estado Social de Derecho. Algunos gobiernos en América Latina, a pesar de la tendencia globalizante del capitalismo, han puesto en marcha graduales o moderadas transformaciones económicas y sociales, basadas simplemente en los niveles de marginalidad que padecen amplios sectores de sus naciones. Pero en Colombia no ocurrió así, porque el Gobierno coincidente con la Asamblea Constituyente, y los que le sucedieron, siguieron el Consenso de Washington. Como ya se dijo, es muy diferente jugar al capitalismo internacional en calidad de nación con fuerza industrial, independencia y soberanía económica, a participar en condición de miembro del llamado capitalismo dependiente o de periferia.

A principios de los noventa, el capitalismo internacional no solo celebraba con alborozo el colapso de la Unión Soviética sino que aprovechaba cualquier oportunidad para amplificar y acelerar el ritmo del libre mercado. Las bondades de la apertura económica se exageraban en el discurso económico, como si *per se* significaren progreso y bienestar. No importaban las estadísticas de la pobreza en el mundo, en particular en 127 países subdesarrollados. ¿Qué sentido tenía recordar que el 45% de la población del mundo vivía entonces con menos de dos dólares diarios? Había que enfatizar que el comunismo soviético, como modelo económico, había sido derrotado. Los países de Europa del Este hacían transición desenfrenada del comunismo al capitalismo internacional, sin posibilidades de experimentar la etapa lógica del capitalismo nacional. La Unión Europea les abría las puertas ofreciéndoles nuevas perspectivas en lo político y en lo económico. Después de tantas décadas de opresión soviética, cualquier cosa les parecía aceptable. En otras palabras, la globalización, la versión última del neoliberalismo, estaba a la orden del día, adobada con la receta que las grandes instituciones

financieras, como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, recomendaban a cualquier nación con tropiezos económicos, es decir, políticas de ajuste basadas en la disminución del Estado y las privatizaciones, la reducción del gasto social, la eliminación de aranceles y demás medidas proteccionistas, y la devaluación de la moneda, entre otras muchas. Los países de América Latina, que tenían una deuda externa de 27.000 millones de dólares en 1970, y que la habían visto crecer irresponsablemente a 235.000 millones de dólares en 1980, y a la extravagante suma de 476.000 millones de dólares en 1990, recibían todos la misma fórmula (SKIDMORE, SMITH, & GREEN, 2013, p. 59).

En algunas naciones del sur, después de crueles dictaduras, la gente se ilusionaba más con la política, valga decir, las libertades, los partidos y las elecciones, que con la transformación económica y social. Pero ya con Bill Clinton se hablaba del Mercado de Libre Comercio para las Américas como si fuera la panacea, al punto que se desarrolló en Miami la primera cumbre a finales de 1994.¹⁰ Se trataba de construir un mercado amplio, que representaba a más de 780 millones de personas, y cuyo Producto Interno Bruto combinado era de US\$ 21.000 miles de millones anuales. Otras tres cumbres en búsqueda de la constitución de ese mercado libre se llevaron a cabo en Santiago de Chile, Quebec y Monterrey. En esta última, celebrada en enero de 2004, no solo se pusieron de manifiesto el aumento de la pobreza en la región, en cuyas garras vivía el 44% de la población, y la situación de vulnerabilidad económica de algunos países, sino también el desbalance que se presentaría entre los Estados Unidos y los países latinoamericanos en el tema agrícola por los subsidios que se otorgan en el país del norte. La oposición frente a este sensible punto, que lideró Brasil, contó rápidamente con el apoyo de otras naciones, como Argentina y Venezuela¹¹. Y entonces, el Tratado de Libre Comercio para las Américas quedó en estado agónico.

¹⁰ En 1990, el presidente George Bush Sr. lanzó el Plan de un Mercado Libre para las tres Américas que luego retomó su sucesor Bill Clinton como una expansión del NAFTA o *North American Free Trade Agreement*, suscrito entre Estados Unidos, Canadá y México. La primera cumbre, que reunió a los jefes de Estado de las Américas con excepción de Fidel Castro, se celebró en Miami en 1994; luego vendrían las cumbres de Santiago de Chile en 1998, Quebec en 2001, y Monterrey en 2004.

¹¹ Los presidentes de Brasil y Argentina, respectivamente Ignacio Lula da Silva y Ernesto Kirchner, sin manifestar abierta oposición al tratado, demandaron de los Estados Unidos la eliminación de los subsidios a los productos agrícolas para poder competir en ese amplio mercado. A esta tesis se unió Venezuela. El *impasse* generado terminó con las posibilidades de ese amplio mercado de más de 700 millones de personas.

No se decía por esos días que el Producto Nacional Bruto de los Estados Unidos era equivalente al 79% del Producto Continental Bruto, es decir, el de todos los demás países americanos juntos, incluidos Canadá, Brasil y México (GELINAS, 2003, p. 35). La meta era incrementar nuestra característica como países surtidores de materias primas a bajo precio, básicamente en minerales y productos agropecuarios, al tiempo que se nos valoraba como un potencial mercado de 550 millones de personas, esto es, un cliente perfecto para ese mundo industrializado que necesita en el día a día generar mayores hábitos de consumo en todos nuestros pueblos a través de la imposición o creación de necesidades.

Ante el fracaso del ALCA o Tratado de Libre Comercio para las Américas, la diplomacia económica de los Estados Unidos adoptó un plan B, consistente en ofrecer tratados bilaterales o regionales, escogiendo a Chile como primer cliente, dado que desde 1994 se había procurado negociar¹². Luego vinieron otros tratados, verbigracia, el de República Dominicana y los países centroamericanos con excepción de Panamá. Para entender la clarísima asimetría entre las partes firmantes del tratado, bien vale la pena recordar el comienzo del editorial del *New York Times* de ese día, que comenzaba así: *“La economía de los cinco países centroamericanos y la de República Dominicana, todos signatarios del tratado, es equivalente a la economía del estado de Connecticut”* (The New York Times, 2006).

Después vendrían los tratados que suscribieron en forma separada Panamá, Perú y Colombia con los Estados Unidos. En cuanto al suscrito por Colombia, que entró en vigencia en mayo de 2012, vale la pena recordar que, no obstante la presión ejercida para impulsarlo por Microsoft, Coca Cola, Walmart, General Motors y otras transnacionales desde 2007, tuvo una amplia demora en su ratificación por parte del Congreso de los Estados Unidos porque se argumentaba permanentemente por los demócratas que la violación de los derechos humanos¹³ en nuestro país continuaba, en particular frente a los sindicalistas¹⁴. En cambio, el

¹² Desde la era Pinochet, la *Chicago School of Economics*, bajo el liderazgo de Milton Freedman, estuvo vinculada a la economía de Chile. Los presidentes Bill Clinton y Eduardo Frei habían iniciado conversaciones desde 1994 para alcanzar ese acuerdo de libre comercio. El Tratado entre los Estados Unidos y Chile fue firmado el 6 de junio de 2003.

¹³ Una investigación publicada en Revista Academia & Derecho evidencia esta realidad frente a graves violaciones a los derechos humanos (GÓMEZ MONTAÑEZ, 2014).

¹⁴ El Tratado de Libre Comercio con Colombia fue aprobado por el Congreso de los Estados Unidos en octubre de 2011, es decir, 5 años después de haber terminado las negociaciones entre los dos gobiernos. Durante la campaña presidencial estadounidense de 2008, el candidato republicano John Mc Cain apoyó el Tratado al paso que el actual presidente Barack Obama,

proceso de socialización del tratado en Colombia fue tan peculiar que cualquiera creía en sus bondades, comenzando por la ficción de que le venderíamos fácilmente productos a más de 300 millones de personas. La verdad, es decir, la inmensa asimetría económica entre los Estados Unidos, primera potencia económica del planeta, y Colombia, en condición de nación dependiente y tercer mundista, no se quería entender ni aceptar.

El neoliberalismo, bien enquistado en nuestro país desde comienzos de los años 90, venía produciendo el traspaso progresivo de compañías nacionales a manos extranjeras. Se calcula que al menos unas 70 empresas emblemáticas colombianas cayeron bajo el dominio del capital foráneo en los últimos 24 años. Estos son algunos casos: Papas Margarita pasó a manos del rey mundial de los pasa bocas, Frito Lay; Coltabaco a la Phillips Morris; Bavaria a la sudafricana SAB Miller; Avianca al grupo Sinergy de Brasil; Imusa a la francesa SEB; Sofasa a la Renault; Computec o Data Crédito a la irlandesa Experian; Medicina Prepagada Colpatria al grupo francés AXA; la organización Terpel a la chilena Copec; Coltejer al grupo mejicano Kaltex; Genfar a la francesa Sanofi; Carvajal Información a la sociedad matriz Publicar PMM, filial del fondo de capital Evolvere; Baterías MAC a la estadounidense Johnson Controls; Caracol Radio a Prisa de España; Colombia Móvil a Millicom de Luxemburgo; Banco Ganadero al BBVA de España; y Paz del Río a Votorantim de Brasil. Adicionalmente, recordemos que los procesos de privatización de empresas del sector minero energético, tales como Codensa, Cerromatoso y Carboacol, facilitaron que compañías nacionales también pasaran a manos de extranjeros (El Tiempo, 2014).

Nada parecía suficiente, porque con el Tratado de Libre Comercio firmado con los Estados Unidos, ese proceso se aceleró. En efecto, al cumplirse tres años del Tratado, la dinámica mostraba las empresas norteamericanas de Victoria Secret, Marriot, Starbucks, Starwood, y Forever 21 formando cadenas de comercio, al paso que otras como Donaldson Company adquiría Industrias Partmo de Bucaramanga, General Cable a la bogotana Procables, y Arthur Gallagher, conocida en el corretaje de seguros, se hacía a ARM Re Ltda. Otras empresas estadounidenses prefirieron asociarse, como la gigante Whirlpool con Haceb para hacer lavadoras (El Tiempo, 2015).

entonces candidato demócrata, expresó su oposición por la continua violación de los derechos humanos de los sindicalistas en Colombia.

Las cifras globales poco a poco han develado la verdad que muchos anticipamos. En 2011, Colombia exportaba a los Estados Unidos productos por valor de 23.114 millones de dólares, al paso que realizaba importaciones por 14.335 millones de dólares, es decir, teníamos una balanza comercial favorable en 8.778 millones de dólares. Pero en 2015, en cambio, Colombia tan solo exportó 14.056 millones de dólares mientras que importó productos norteamericanos por valor de 16.503 millones de dólares, esto es, tuvimos una balanza comercial deficitaria en 2.446 millones de dólares (El Tiempo, 2014).

2. La realidad económica y social del País

Es clave revisar la realidad económica y social del país para comprender las falencias del modelo económico imperante. Solo así podemos establecer ajustes o correctivos.

Las Naciones Unidas, a través de su Programa para el Desarrollo PNUD, presentaron en Japón a mediados de 2014 su informe comparativo de naciones, según el cual Colombia ocupaba el puesto 98. En el contexto latinoamericano, Colombia aparecía igualado con Ecuador, pero superado por Perú, Brasil, Argentina, Venezuela, Uruguay y Chile, entre otros. Aunque el informe sostenga que el promedio por habitante gana en nuestro país 7.800 dólares al año, o sea 21 dólares al día, la distribución del ingreso muestra una inequidad enorme. Recordemos que otro estudio de la ONU colocó a Colombia como el tercer país en desigualdad, en una lista de 129 naciones, después de Haití y Angola. La verdad es que tenemos en la actualidad 27 millones de compatriotas viviendo en condiciones de pobreza, de los cuales 7 se hallan en extrema pobreza. En atención a la población activa laboral, que es de 23.6 millones, no olvidemos que el 45% gana el salario mínimo, o menos (PNUD, 2014).

El gobierno Santos ha hecho grandes esfuerzos por reducir la pobreza, pero ellos no han sido estructurales y, por lo mismo, no atacan las causas reales del problema. Es menester generar algunas dosis de intervencionismo estatal en relación con los factores que impiden el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales. Estamos lejos de esa Colombia incluyente que soñaron los Delegatarios en 1991.

El tema rural que, entre otras, fue el primer punto en la agenda de negociaciones entre el Gobierno y las FARC, indica la dura realidad que padecen nuestros campesinos, corroborada con los indicadores del Censo Nacional Agropecuario que se conoció en agosto de 2015. No se realizaba un estudio serio sobre el campo colombiano desde 1970, es decir, hace 45 años, lo cual devela

indiferencia de diferentes gobiernos. Pues bien, según sus indicadores sociales, el índice de pobreza multidimensional en el sector rural cayó cerca de 30 puntos en algo menos de una década, –hasta el 44%–, aunque siga duplicando todavía el promedio nacional. El analfabetismo, aunque reporta algunos avances, muestra que el 11% de los mayores de 15 años declaró no saber leer ni escribir. En cuanto a la vivienda rural, señalemos que una de cada cuatro tiene todavía piso de tierra, lo cual es inaceptable. El atraso del campo en tecnología es abrumador, toda vez que solo uno de cada seis productores campesinos dijo contar con maquinaria. En lo concerniente al crédito, el 89% afirmó no haberlo solicitado nunca, consecuencia de las dificultades de acceso o trámite, al paso que solo el 10% sostuvo haberse beneficiado de alguna asistencia técnica. Y respecto de la tenencia de la tierra, que es un punto crucial porque muestra de manera contundente la desigualdad e inequidad, el censo identificó 3.9 millones de predios rurales en los que se distribuyen los 113 millones de hectáreas. El 70% de dichos predios tienen menos de 5 hectáreas, pero no representan ni el 5% del área censada, lo cual es un indicativo claro de que en Colombia abunda el minifundio, aunque la mayoría de la tierra se encuentre en pocas manos. Otro aspecto que impacta es la informalidad existente sobre la posesión y propiedad rural, toda vez que más de 2.5 millones de predios requieren con urgencia claridad sobre los títulos. Si a las cifras anteriores, agregamos el problema de 3.6 millones de desplazados por el conflicto armado, la complejidad social del campo resulta más deplorable todavía¹⁵.

La salud es un sector que radiografía muy bien la contradicción entre la intención constitucional y el modelo económico, como quiera que, al tiempo que se consagraba su universalización, se establecían con base en la Ley 100 los fundamentos legales para consolidar la intermediación financiera del sector privado. Aunque son muchas las facetas de la salud, consideremos solo algunas para entender su problemática: los precios de las drogas o medicamentos, por ejemplo, siguen siendo un gran abuso, a pesar de los esfuerzos del gobierno Santos por controlarlos, debido a la continua presión de las multinacionales farmacéuticas; la precaria situación de los hospitales y su dificultad presupuestaria, que termina afectando a todos, se debe tanto a la crisis fiscal como a los altísimos niveles de corrupción, que se observan en todas las regiones. Baste recordar la investigación de la Procuraduría sobre Saludcoop, según la cual dicha EPS, que administró recursos de la salud por 6.3 billones de pesos y obtuvo rendimientos financieros por 1.432 millones de pesos, hizo donaciones, préstamos e inversiones en proyectos urbanísticos y hasta patrocinó equipos de baloncesto con recursos públicos que

¹⁵ Censo Nacional Agropecuario, Agosto de 2015.

debía destinar de manera exclusiva para atender a sus afiliados. Sobre el desfaldo a la salud, hay múltiples investigaciones que adelantan los organismos de control (El Tiempo, 2012).

La educación, por su parte, ha visto un deterioro alto y continuo en su nivel público, al paso que la de carácter privado crece en rentabilidad sin mayores controles, cayendo muchas veces en vulgar mercantilismo. Cualquiera universidad privada logra construir un edificio nuevo cada año mientras los de las universidades públicas se deterioran sin cesar. No hay oportunidades reales si se atienden los costos de las carreras universitarias, como tampoco una planeación seria de cupos y plazas según las necesidades nacionales, que evite el desperdicio de los brazos y las inteligencias, porque las carreras se han ido poniendo a la moda, con base en la rentabilidad que conllevan, y las estrategias de mercadeo que se aplican. Ninguna responsabilidad se les exige a las universidades privadas en cuanto a seguimiento de empleo y oportunidades para con sus egresados. No hay tampoco una planeación que busque el equilibrio entre las carreras técnicas y las humanidades, sabiendo que la universidad privada privilegia las humanidades porque no comporta inversiones en laboratorios o logística tecnológica. Lo más grave, sin duda, está en el mercantilismo que ha proliferado. No se olvide que el 46% de la clase trabajadora depende del salario mínimo para su subsistencia. Con los costos de la educación privada, ¿cómo puede un padre asalariado mínimo llevar sus hijos a la educación superior?

No menos preocupante es la situación de la vivienda, que devela con claridad el precario ritmo de la progresividad en la consecución de los derechos económicos y sociales; en efecto, según el Plan de Desarrollo adoptado para el primer cuatrienio Santos, ante la escasez de recursos, parecía una gran meta construir un millón de viviendas en todo el período; sin embargo, cada año surgía una nueva demanda de 240.000 viviendas, lo cual indica que el déficit continuaría por décadas, ya que el déficit cuantitativo nacional era en 2011 de 1.3 millones de viviendas, y al ritmo actual solo se reduciría en 10.000 unidades por año; la gravedad estructural de este derecho es todavía más alarmante si recordamos el déficit cualitativo de vivienda, alusivo a la falta de servicios, techos deficientes y similares, que es de 2.5 millones en el país. No hay duda de que se trata de metas difíciles de cumplir. Otro programa, loable aunque menos ambicioso en volumen, que sí pudo cumplirse, se relaciona con el plan de las 100.000 viviendas gratis, destinado a la población más vulnerable¹⁶.

¹⁶ El programa de las 100 mil Viviendas Gratis nació como una respuesta a la realidad de miles de hogares colombianos que viven en situación de extrema pobreza y que por ende no logran

La evolución de la minería en Colombia, en referencia a los recursos naturales, trátase del petróleo, el carbón, el gas, el oro, muestra cómo se han dilapidado en medio de concesiones onerosas para la nación, o de unas regalías cuyos porcentajes son ridículos o cuyos cálculos se burlan por las multinacionales, cuando mayores ingresos hubieran permitido explorar y explotar sin intermediarios, o fortalecer otros sectores económicos. No se olvide lo que pasó con El Cerrejón, que Cerromatoso fue primero una empresa nacional, que Pacific Rubiales hizo lo que quiso, y que ni siquiera hemos controlado esas esmeraldas que se han ganado el calificativo de ser las más bellas del mundo, pero que tristemente están fuera de control¹⁷.

Vale la pena detenernos en el caso de El Cerrejón, esa inmensa mina de carbón a cielo abierto que se descubrió en los años 70, y comenzó a explotarse una década después. En medio de promesas, verbigracia, la oferta de empleo, el incremento en las regalías y el mejoramiento en los servicios públicos para los guajiros, fueron muchos los atropellos contra la población wayuu. Sobre este particular, escribe el sociólogo Alfredo Molano: *“La inversión en compensaciones sociales a las comunidades wayuu entre 1982 y 2002 ha sido cercana a 5 millones de dólares, lo que representa la producción de carbón de dos días y medio. El Cerrejón produce 32 millones de toneladas anuales de carbón, la mitad de lo que el país exporta, pese a lo cual el 70% de los guajiros vive en la pobreza, y el 31% en la pobreza extrema”* (El Espectador, 2012). La realidad es mucho más deprimente si se piensa que el precio mundial del carbón subió de 40 dólares la tonelada a más de 234 dólares. Con razón, las multinacionales dueñas de El Cerrejón, es decir, BHP Billiton, Xstrata y Anglo American, quieren doblar su producción durante los próximos 20 años. Es tan grande el apetito de esas empresas que aspiran a desviar el río Ranchería en 26 kilómetros para poder explotar los 600 millones de toneladas que yacen bajo su cauce. Como esta tragedia de El Cerrejón, que solo favorece a las multinacionales, hay muchas otras en la historia de la minería en Colombia. La riqueza que representan nuestros recursos se ha convertido en desgracia, ya porque se ha regalado al capital extranjero, ora porque ha caído en las mafias y la ilegalidad, como ocurre con el oro y otros tantos productos. El gran perdedor siempre ha sido el pueblo colombiano.

acceder a un crédito para obtener su propia casa. La iniciativa de las viviendas 100 por ciento subsidiadas tuvo prioridad con las familias desplazadas que hacen parte de la Red Unidos, con los sectores más vulnerables y con los hogares afectados por los desastres naturales o que habitan en zonas de alto riesgo no mitigable.

¹⁷ Sobre las esmeraldas, ver (El Espectador, 2010) (El Tiempo, 2013). Y sobre las ganancias de Pacific Rubiales en Colombia, ver (El Tiempo, 2013).

En el fondo, seguimos siendo una nación surtidora de materias primas, trátase de minerales o de productos verdes, como el café y las flores, todo lo cual hace el 83% de nuestras exportaciones. Por ello, la caída de los precios del petróleo ha tenido inmenso impacto en el presupuesto nacional. Por lo mismo, era obvio que los tratados de libre comercio suscritos con los Estados Unidos y la Unión Europea causarían muchos más perjuicios que ventajas a nuestra economía.

¿Será que se firma la Paz con las FARC para seguir bajo el mismo modelo económico? Sería absurdo porque estaríamos incubando gérmenes de violencia que se multiplicarían por doquier en pocos años¹⁸. El problema generado por el neoliberalismo y la globalización es mucho más profundo de lo que parece, porque no solo nos convierte en consumidores extremos y sin causa, sino porque toca todas las facetas de la cultura, es decir, todas las formas de sentir, pensar y actuar de nuestro pueblo colombiano, haciéndonos perder de forma imperceptible la identidad nacional. Ya en algunos sectores no se habla sino de ‘Happy Hour’ y ‘Shower’ para festejar, y de ‘Sale’ para hacer descuentos y promociones comerciales. Y hasta nuestros periodistas se ven “creciendo” profesionalmente porque olvidan las palabras semifinales y finales, y adoptan en su lugar la expresión ‘Play Off’.

3. La Economía en la Constitución de 1991

Una cosa tenían en mente los delegatarios: la construcción de un Estado Social de Derecho que permitiere gradualmente la inclusión de amplios sectores de la población al desarrollo nacional y la igualdad de oportunidades, sobre todo en materia de derechos económicos y sociales. Era obvio que para tan loable propósito, conocidos los niveles de injusticia y desigualdad, tenía que consagrarse el intervencionismo como instrumento de primera mano; pero otra cosa muy distinta pensaba el Gobierno de turno, en cabeza de César Gaviria, adscrito al credo neoliberal, así como la élite empresarial e industrial del país. Esa diferencia entre la intención y la aplicación económica constitucional se ahondaría con particular rudeza en las administraciones posteriores.

Los delegatarios o constituyentes no fueron contundentes con su propósito. Más bien, actuaron con cierta dosis de ingenuidad, toda vez que no le otorgaron su verdadera dimensión a la corriente económica globalizante que sacudía el

¹⁸ Una aproximación teórica al estudio de la violencia política en Colombia puede consultarse en (ARBOLEDA RAMÍREZ, 2014).

mundo, y que en Colombia comenzaba a sentirse bajo el slogan de la apertura. De cierta forma, dimensionaron los factores socio económicos internos como si fueran independientes y bajo la euforia de la Asamblea, siempre tan cargada de expectativas y romanticismo y, por lo mismo, soñaron con edificar sin mayores tropiezos ni dificultades un Estado Social de Derecho que, teniendo en cuenta nuestros niveles de marginalidad y pobreza, llevaré progresivamente a la construcción de una Colombia incluyente y con oportunidades. No entendieron que la dinámica económica nacional e internacional, tan llena de intereses y muy expresiva en sus presiones, doblegaría el propósito constituyente.

Las normas constitucionales relativas al Régimen Económico y la Hacienda Pública parecen conciliar las dos posiciones, la de los delegatarios y la del Gobierno de entonces, aunque resaltando los síntomas del intervencionismo y la prevalencia del interés general. Es claro que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero dentro de los límites del bien común. Esto significa que la puesta en marcha de actividades que deterioren o pongan en riesgo el bienestar comunitario o social, tiene que limitarse. La acción intervencionista del Estado se desarrollaría entonces con el propósito de ajustar el desbordamiento causado. Varios son los conceptos que hacen conjunción para detener el abuso de la propiedad e iniciativa privadas en materia económica: interés general, interés social, bien común, y utilidad pública, entre otros. Hilando muy delgado podría pensarse que el concepto del interés general es más indeterminado, al paso que el concepto del interés social sería una concreción del interés general. Lo que importa es hacer prevalecer el beneficio de todos, o de la inmensa mayoría. Baste un ejemplo: es evidente que la comercialización y el mercantilismo en la salud y la educación terminan afectando el bien común, es decir, el interés general, social, colectivo o comunitario. Y ante los desbalances de la sociedad colombiana en dichas materias, toda vez que hay amplia negación de oportunidades, es menester limitar el mercantilismo con herramientas intervencionistas. La salud y la educación son derechos para preservar en su integridad, no para dejarlos al vaivén de la oferta y la demanda.

Así mismo, la libre competencia económica es un derecho de todos, pero con responsabilidades claras, o sea con limitaciones en la medida en que se afecte o perjudique a otros. La idea es la misma: si se rompe el equilibrio societario y se desborda la libre competencia causando daño a otros, el Estado tendrá que poner en ejercicio su poder intervencionista.

La empresa, base del desarrollo, también tiene una función social que implica obligaciones. Por lo anterior, se concluye que la ley podrá siempre delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social.

Del mismo modo, la dirección general de la economía corresponde al Estado, lo cual le permite intervenir, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades. El Estado, en condición de garante para todos los sectores societarios, tiene la inmensa responsabilidad de orientar y racionalizar la economía para alcanzar la principal finalidad colectiva, que no es otra que el bienestar de la población, bajo el esquema de oportunidades al alcance de todos¹⁹.

Todos estos lineamientos constitucionales están en concordancia con el Estado Social de Derecho. En consecuencia, el problema ha radicado esencialmente en la carencia de voluntad política de los distintos gobiernos para darle cabal interpretación y aplicación económica a la Carta Política. Era un proceso lento que, de haber contado con una sólida voluntad política, hubiera comprometido toda una generación y, por supuesto, varios gobiernos consecutivos. Por los niveles de desigualdad imperantes, los derechos económicos y sociales resultaban demasiado costosos. Su demanda en inversiones indicaba que solo podrían desarrollarse en forma gradual y progresiva. La pregunta era evidente: ¿Y cuál sería el ritmo de esa progresividad? Y la respuesta también, pues era obvio que ella dependería de los recursos.

Esa voluntad política tenía que concentrarse muy especialmente en los problemas estructurales de la economía colombiana. Un país que para hacer su presupuesto acude cada año al crédito y que, cuando de gastos se trata, compromete más del 25% o 30% en el servicio de su creciente deuda externa, tiene un profundo déficit fiscal. En esas condiciones, es claro que la inversión social resulta escasa frente al inmenso reto de las necesidades básicas insatisfechas. En 1991, la deuda externa de Colombia era de 17.336 millones de dólares y representaba el 13% del Producto Interno Bruto. En la actualidad, la deuda externa neta es superior a los 109.000 millones de dólares, pero equivale al 37,1% del PIB. En otras palabras, la deuda externa se ha multiplicado 6,28 veces en un periodo de 25 años. Estas cifras demuestran la gravedad del déficit fiscal colombiano (Banco de la República, 2015).

Precisamente por ello, se adoptó el principio constitucional de la Sostenibilidad Fiscal en 2011. Solo que, la buena gerencia del Estado no se mide por el

¹⁹ Constitución Política de Colombia, arts. 332 y ss.

rígido control del gasto público, tarea que parece la principal para cualquier Ministro de Hacienda, sino muy especialmente por la capacidad para generarle al Estado mayores ingresos, frente a lo cual fueron varios los caminos propuestos, comenzando por un manejo de nuestros recursos naturales con suficiente dignidad nacional, y una adecuada y coherente política pública sobre la deuda externa.

En síntesis, no parecía ni parece fácil construir rutas para la inclusión social y la extensión de derechos como la salud, la educación y la vivienda, propios del Estado Social de Derecho, en medio de las banderas neoliberales y el crónico déficit presupuestario.

4. Reflexiones sobre el Plan de Desarrollo

Aunque los ejes fundamentales del Plan son Paz, Educación y Equidad, no penetra las estructuras sociales y económicas, lo que significa aceptar el *statu quo*. Se armoniza con cuatro estrategias, a saber: acometividad e infraestructura; movilidad y transformación del campo; seguridad, justicia y democracia para la Paz; y, buen gobierno y crecimiento verde. Su costo asciende a 703 billones de pesos, lo que implica un gran esfuerzo fiscal. Pero se va a dificultar, pues sus cálculos se hicieron con un barril de petróleo a 87 dólares²⁰.

En el Plan no se ve una política pública relacionada con el manejo de la deuda externa para el corto, mediano o largo plazo, lo cual hace que sigamos gastando cada año entre el 25 y el 30% del presupuesto en el servicio de la deuda. Peor aún, esa deuda continuará aumentando en detrimento de las futuras generaciones. Como ya se dijo, en la actualidad supera los 109.000 millones de dólares, cuando era apenas de 17.336 millones en 1991. Como se colige, seguimos siendo mucho más dependientes.

El principal motor de desarrollo no puede ser la explotación minera y de hidrocarburos, tanto más cuanto que no responde a una planeación seria, con nacionalismo digno, sino a crecientes concesiones en favor de las multinacionales.

²⁰ A finales de 2014, el petróleo caía por debajo de 59 dólares por barril, por primera vez desde mayo del 2009. El referencial internacional Brent había perdido casi la mitad de su valor después de tocar en junio de 2014 un máximo de 115 dólares por barril. Los precios del crudo se habían visto dañados frente a los abundantes suministros, una débil demanda, y el cambio en la estrategia de la OPEP de defender la cuota de mercado en lugar de los precios.

Es tanto como repetir la historia de El Cerrejón o de Cerromatoso. Más bien debiéramos revisar los porcentajes de las regalías y hacerlas efectivas con la mejor auditoría posible. Esa dependencia de la explotación minera y los hidrocarburos debería romperse en el mediano plazo, fomentando la industria nacional y la sustitución de importaciones con una planeación firme y metodológica según los sectores. Lástima que con los tratados de libre comercio firmados, los obstáculos se multiplicaron, porque abrimos las fronteras a todos los productos.

Tampoco se ha puesto en marcha un Plan de Desarrollo serio para incrementar la productividad nacional, que promueva una política gradual y coherente de sustitución de importaciones. Basta caminar por un supermercado cualquiera y observar los productos de limpieza, como dentífricos, jabones, suavos, o elementos de maquillaje, para concluir que frente a productos tan sencillos, el esfuerzo que hacemos para producirlos nacionalmente es bastante débil. Predominan marcas como Colgate, Crest, Pepsodent, Palmolive, Dove, etc.

La inversión extranjera es todo un mito, y de vez en cuando los gobiernos muestran sus cifras como si se tratara de un triunfo. Hay inversión extranjera que es nefasta para el país. ¿De qué le sirve a Colombia que su banca o sus medios de comunicación estén en manos de foráneos? ¿No eran, acaso, sectores que crecieron por iniciativa nacional? En el sector minero energético, la inversión extranjera sí que es lamentable, toda vez que en no pocos casos significa apropiación y saqueo. Por lo mismo, se necesita seleccionar los sectores de dicha inversión, y no poner el país a la venta.

No se trata de cerrarnos al mundo. En cualquier tratado de libre comercio, lo fundamental es observar la simetría económica o, por lo menos, procurar que las diferencias entre las partes no sean tan amplias. Tal vez el más conveniente de los tratados firmados hasta ahora sea el Tratado de la Alianza Pacífico, convenido con México, Perú y Chile. No es tarde para pensar en la integración comercial regional, como lo predica la Constitución.

La Educación es otro pilar, pero una lectura detallada del Plan muestra indicaciones hacia la privatización de la educación pública sugiriendo la construcción de la infraestructura a través de alianzas público-privadas. Inclusive, las puertas están abiertas desde hace rato para que las universidades del exterior hagan convenios y comercio educativo. Programas serios para revisar con cierto intervencionismo la educación en su relación campo-ciudad, o entre carreras tecnológicas y humanidades con base en las necesidades reales del país, o los costos entre la educación privada y la pública, no se observan en el Plan de Desarrollo.

Conclusiones

Aunque en los últimos 25 años hayamos vivido el contraste entre el país formal, montado en el tren del neoliberalismo y con ventajas evidentes para unos pocos, y el país real, caracterizado por la exclusión y la marginalidad de la inmensa mayoría de la población, nunca es tarde para retomar el sueño de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. Soñemos con la paz, pero no solo con la paz derivada de la firma de unos Acuerdos, sino con la paz real, que se alcanzará en el post conflicto siempre y cuando generemos conciencia colectiva y hagamos cambios reales a las estructuras económicas y sociales para construir una Nación más justa, incluyente y solidaria. Una verdadera apertura democrática comienza con la generación de oportunidades para la mayoría²¹.

Los retos económicos del post conflicto son muchos, y aunque la escasez de recursos asusta, se les puede doblegar si hay conciencia nacional. Es cierto que la sola puesta en marcha de un plan coherente para la recuperación del campo, cuesta alrededor de 80 o 90 billones de pesos.²² ¿Vamos a seguir recorriendo continentes con el sombrero para buscar limosna? ¿Vamos a pensar con grandeza y dignidad nacional alrededor de los recursos naturales, o los vamos a seguir dilapidando? ¿Vamos a construir una política sólida de sustitución de importaciones, o vamos a seguir importando, o pagando regalías y franquicias por casi todo lo que consumimos? ¿Vamos a permitir que las tierras de campesinos abandonados y las grandes extensiones baldías de la Orinoquía terminen en manos de las multinacionales, repitiendo el esquema ya vivido por la región del Sub Sahara africano, que tanto afectó a los países del llamado ‘Corredor Agrícola’, desde Angola hasta Mozambique? (CHOSSUDOVSKY, 2003, p. 125)

Reflexionar sobre el modelo económico, considerando la economía internacional, la situación social del país y las normas constitucionales que nos rigen, es

²¹ Para una mayor reflexión sobre la paz, consultar el artículo “*La paz en cuestión*” (Lemaitre Ripoll, 2012). Se trata de un análisis sobre la guerra y la paz en la Ablea Constituyente de 1991.

²² La implementación del Acuerdo Final costaría como mínimo un 1% del PIB por año durante diez años, según análisis de Merrill Lynch Global Research (Bank of America) de octubre de 2014. Y como máximo, un 3.8% del PIB por año durante ese mismo período. Otros analistas, con base en el Plan de Desarrollo 2014-2018, sostienen que la paz ya se está pagando, como quiera que se destinarán en los cuatro años del plan algo más de 203 billones de pesos colombianos, lo que equivale a unos US\$ 74.500 millones. De ellos, unos 90 billones estarían dedicados a la recuperación del sector rural.

un ejercicio necesario para establecer los correctivos apropiados y asegurar una Paz estable y duradera. No se trata de imponer en Colombia un socialismo que, con todos los riesgos que ello implica, puede terminar como sistema económico rígido e improductivo. Creemos firmemente que es posible lograr la transformación del país en medio del capitalismo, siempre y cuando se trate de un capitalismo con rostro humano, es decir, permitiendo la libertad de empresa y la competencia, pero acudiendo con firmeza al intervencionismo de Estado en áreas en donde la generación de oportunidades sea fundamental para consolidar una nación incluyente y solidaria. La mano invisible de que hablara Adam Smith, capaz de regular la oferta y la demanda, no existe. Los mercados financieros siempre han sido voraces, y en el plano internacional golpean durísimo a las naciones pobres. En Colombia se necesitan grandes dosis de intervencionismo progresivo, según los sectores, y por varias décadas, sobre todo si consideramos los vergonzantes niveles de desigualdad y pobreza. La democracia formal política sirve muy poco y, por lo mismo, debe remplazarse por un sistema que garantice la construcción de la democracia económica y social.

Esta discusión, propia del capitalismo y el liberalismo político, se planteó con vehemencia después de la recesión de 1.929. Una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, se agudizó el debate, particularmente entre el pensamiento intervencionista de J.M. Keynes, seguido por la social democracia europea, y el libertinaje económico de T. Friedman. Aunque en las últimas tres décadas parecen dominar los postulados de este último con base en la fuerza irracional del capital, el mundo en que vivimos es bastante peor: 4.600 millones de personas viven en ese archipiélago de países que se conoce como Tercer Mundo, al cual pertenece Colombia, de las cuales 2.800 millones de personas subsisten con menos de dos dólares diarios, y 1.300 millones con menos de un dólar; 49 países de los llamados ‘Menos Avanzados’ por Naciones Unidas se encuentran en quiebra técnica por el súper endeudamiento y la corrupción; en fin, en medio de la pobreza y la miseria, todos han ido perdiendo su soberanía económica por las presiones del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, y se han visto forzados a abrir sus fronteras para que el capital penetre y se apropie de sus recursos naturales y precarios mercados (GELINAS, 2003, p. 164).

De manera que no perdamos el sentido sobre la posición que Colombia ocupa en el capitalismo internacional y que bien explica nuestra problemática: somos parte de la periferia, en calidad de nación dependiente y comprometida. El primer reto que enfrentamos, entonces, nos lleva a reflexionar seriamente sobre lo que sería el modelo económico capaz de darles sostenibilidad a los Acuerdos de Paz. Un modelo que, con fundamento en el intervencionismo y los valores de la prevalencia del interés general, la solidaridad social y la dignidad nacional nos permita construir una sociedad más justa y democrática.

Referencias

- ARBOLEDA RAMÍREZ, P. B. (2014). Aproximación teórica al estudio de la violencia política en Colombia durante el siglo XX. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 119-135.
- Banco de la República. (2015). *Informe de Septiembre*. Bogotá.
- Cepal. (2003). *Naciones Unidas*. Santiago de Chile. Obtenido de http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1217/S036398_es.pdf?sequence=1
- CHOSSUDOVSKY, M. (2003). *The globalization of poverty and the New World Order* (1st ed.). Global Research.
- CLAVIJO CÁCERES, D., & AGUDELO IBÁÑEZ, S. J. (2014). Despolitización de la ciudadanía: una mirada desde el proceso de exclusión en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, 5(9), 183-208.
- DÍAZ ARENAS, P. A. (1980). *Estado y tercer mundo: El constitucionalismo*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- GÓMEZ MONTAÑEZ, J. A. (2014). Derecho a la reparación y lucha contra la impunidad ante graves violaciones a los derechos humanos. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 99-118.
- El Espectador. (20 de Enero de 2010). ¿Mafias en las esmeraldas? *El Espectador*. Obtenido de <http://www.elespectador.com/impreso/judicial/articuloimpreso183219-mafias-esmeraldas>
- El Espectador. (9 de Junio de 2012). La Guajira despresada. *El Espectador*. Obtenido de <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/guajira-despresada-articulo-352210>
- El Tiempo. (16 de Agosto de 2014). Crece el apetito internacional por firmas colombianas. *El Tiempo*. Obtenido de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12356925>
- El Tiempo. (17 de Agosto de 2014). *El Tiempo*.
- El Tiempo. (17 de Noviembre de 2013). *El Tiempo*.
- El Tiempo. (17 de Noviembre de 2013). Una veta y la sombra de la mafia dividen a los amos de las esmeraldas. *El Tiempo*. Obtenido de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13198615>
- El Tiempo. (21 de Agosto de 2015). El TLC con EE. UU. aceleró aterrizaje de compañías en el país. *El Tiempo*. Obtenido de <http://www.eltiempo.com/economia/empresas/tlc-con-ee-uu-acelero-aterrizaje-de-companias-en-el-pais/16263738>
- El Tiempo. (26 de Marzo de 2012). Procuraduría destapa negocios de Saludcoop bajo el mando de Palacino. *El Tiempo*. Obtenido de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11430463>
- GELINAS, J. (2003). *Juggernaut Politics: Understanding Predatory Globalization*. London: Zed Books.

- JIMÉNEZ RAMÍREZ, M. C., & Arboleda Ramírez, P. B. (2015). La cláusula democrática en la Constitución: una aproximación a su alcance. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 53-90.
- LEMAITRE RIPOLL, J. (2012). La paz en cuestión. *Yale University Law School*. obtenido de https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/sela/SELA12_Lemaitre_CV_Sp_20120325.pdf
- PABÓN GIRALDO, L. D., & JIMÉNEZ OSPINA, A. (2014). Una alternativa de legitimidad para la solución por vía de negociación al conflicto armado interno colombiano desde el derecho internacional penal. *Revista Academia & Derecho*, 5(8), 137-152.
- PNUD. (2014). *Informe sobre Desarrollo Humano 2014*. Obtenido de <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr14-summary-es.pdf>
- Revista Semana. (15 de Junio de 2014). Análisis de las elecciones presidenciales de 2014. *Elecciones 2014*. Obtenido de <http://www.semana.com/nacion/elecciones-2014/articulo/analisis-de-las-elecciones-de-revista-semana/389292-3>
- SKIDMORE, T., SMITH, P., & GREEN, J. (2013). *Modern Latin America* (8th ed.). Oxford: Oxford University.
- (Enero de 2006). *The New York Times*.
- Unicef. (Agosto de 2012). *Desigualdad global: la distribución del ingreso en 141 países*. Obtenido de https://www.unicef.org/socialpolicy/files/Desigualdad_Global.pdf

Revista Academia & Derecho, Año 7, N° 12, 2016, pp. 241-278
ISSN 2215-8944

Universidad Libre Seccional Cúcuta - Facultad de Derecho
Ciencias Políticas y Sociales & Centro Seccional de Investigaciones
La resocialización del individuo como función de la pena
Kenny Dave Sanguino Cuéllar - Eudith Milady Baene Angarita

La resocialización del individuo como función de la pena*

The individual resocialization as a function of punishment

Recibido: Mayo 27 de 2015 - Evaluado: Septiembre 13 de 2015 - Aceptado: Octubre 3 de 2015

Kenny Dave Sanguino Cuéllar**

Eudith Milady Baene Angarita***

Para citar este artículo / To cite this article

Sanguino Cuellar, K. D., & Baene Angarita, E. M. (2016). La resocialización del individuo como función de la pena. *Revista Academia & Derecho*, 7 (12), (241-278).

Resumen

El origen de esta investigación proviene de las “oscuridades” del lenguaje jurídico, de la equiparación indiscriminada que la doctrina, la ley y la jurisprudencia ha realizado de términos anclados a la función punitiva tales como “resocialización”, “reinserción social”, “rehabilitación”, “readaptación social”, “reeducación”.

Para evidenciar dichas oscuridades, sirvió de sustento el método arqueológico descrito por Michel Foucault, investigando el concepto originario de la resocialización

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Artículo de reflexión. Producto resultado investigación independiente del autor.

** Abogado, Universidad Libre -Cúcuta-. Estudiante de la Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre -Bogotá-. Docente investigador de la Universidad Libre -Cúcuta- en las áreas de Sociales y Penal.

Correo electrónico: kenny.sanguino@unilibrecucuta.edu.co.

*** Abogada, Universidad Libre .Cúcuta-. Estudiante de la Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos, Universidad Externado de Colombia. Abogada investigadora del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Correo electrónico: eudithbaeneangarita@gmail.com.

como función de la pena en la doctrina alemana y española, así como también ciertas versiones latinoamericanas de la misma.

Colombia hizo parte también de los países receptores de dichas teorías de la pena y, como tal, las consecuencias de las vaguedades originarias derivaron en posteriores incertidumbres en torno a las razones que justifican la privación de la libertad del individuo.

Palabras clave

Resocialización; Función de la pena; Individuo; Rehabilitación; Readaptación social; Reeducción; Reinserción social; Prevención especial.

Abstract

The origin of this research comes from the “darkness” of legal language, from the indiscriminate equation that doctrine, law and jurisprudence has made of terms related to the punitive function such as “resocialization”, “social reinsertion”, “rehabilitation”, “social readaptation”, “re-education”.

In order to demonstrate this equivalence, was used the archaeological method described by Michel Foucault, investigating the original concept of resocialization as a function of the punishment in German and Spanish doctrine, as well as certain Latin American versions of it.

Colombia was also part of the countries that received these theories of punishment and, as such, the consequences of the original darkness led to further uncertainties about the reasons that justify the deprivation of liberty of the individual.

Key words

Resocialization; Function of punishment; Individual; Rehabilitation; Social readaptation social; Reeduction; Social Reinsertion; Special prevention.

Resumo:

A origem desta pesquisa provém das “penumbras” da linguagem jurídica, da equiparação indiscriminada que à doutrina, a lei e a jurisprudência têm realizado dos termos relativos à função punitiva tais como “ressocialização”, “reinscrição social”, “reabilitação”, “readaptação social”, “reeducação”.

A fim de evidenciar tais penumbras, utilizou-se o método arqueológico descrito pelo Michel Foucault, pesquisando assim o conceito orgânico da ressocialização como função da pena na doutrina alemã na e espanhola, assim como também certas variações latino-americanas dos termos.

A Colômbia tem feito parte dos países receptores de tais teorias relativas à pena, às consequências das ambiguidades originárias têm derivado em incertezas em torno às razões que justificam a privação da liberdade do indivíduo.

Palavras chave: Ressocialização, Função da pena, indivíduo, reabilitação, readaptação social, reeducação, reinserção, prevenção especial.

Résumé:

L'origine de cette recherche provient des «obscurités» du langage juridique, de la comparaison indiscriminée que la doctrine, la loi et la jurisprudence font des termes inhérents à la fonction punitive, tels que «resocialisation»; «réinsertion sociale»; «réhabilitation»; «réadaptation sociale»; «rééducation».

Afin de démontrer telles obscurités du langage, l'on s'est servi de la méthode archéologique de recherche scientifique décrite par Michel Foucault, ceci dans le but de trouver le concept originaire du concept de resocialisation comme fonction primaire de la peine, selon les doctrines allemandes et espagnoles. Certaines versions latino-américaines ont été aussi tenus en compte.

La Colombie a aussi fait partie des pays récepteurs de cette théorie de la peine criminelle, au demeurant, les conséquences de telles ambiguïtés originaires ont découlée sous la forme d'incertitudes par rapport aux raisons justifiant la privation de liberté de l'individu.

Mots-clés: Resocialisation, fonction de la peine, individu, réhabilitation, réadaptation sociale, rééducation, réinsertion sociale, prévention sociale.

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología de investigación. - Esquema de resolución del problema jurídico. - 1. Emergencia del discurso de la resocialización como función de la pena. - 1.1. El alma del hombre como objeto a corregir. - 1.2. La superioridad cultural de Europa en el siglo XIX. - 1.3. Problemas jurídico-penales de la academia alemana. - 1.4. El positivismo naturalista como fundamento epistemológico de la resocialización. - 1.5. Emergencia de la resocialización como función de la pena. - 2. Visibilización de los conceptos *re*, asociados o equiparados a la resocialización. - 2.1. Clasificación de los conceptos *re* asociados o equiparados a la resocialización, sus defensores y sus críticos. - 3. Desarrollo jurisprudencial legal y doctrinal de la resocialización como función de la pena. - 3.1. El discurso resocializador en la legislación. - 3.2. El discurso resocializador en la jurisprudencia. - Conclusiones. - Referencias

Introducción

Castigo.- ¡Qué cosa más rara, nuestro castigo! No purifica al delincuente, no es una expiación: al contrario, envilece más que el propio delito.

Friedrich Nietzsche, *Aurora*, § 236

Luis Augusto Mora de 48 años de edad y consumidor de bazuco fue condenado el 26 de mayo de 2014 a cinco meses y siete días de prisión por hurtar chokolatinas avaluadas en \$15.100 pesos. En su contra se siguen otros 42 procesos penales por el mismo delito, pues en reiteradas ocasiones ha robado chocolates en almacenes de cadena del país. El juez que emitió la condena en su contra tuvo en cuenta la reincidencia del condenado para enviarlo al pabellón No.1 de la cárcel La Picota, que tiene un hacinamiento superior al 350% (Semana.com, 2014) (El Tiempo.com, 2014).

El caso de Luis Augusto fue ampliamente difundido y rápidamente olvidado por los medios masivos de noticias¹. No obstante, resulta válido preguntarse ¿Cuál era la finalidad perseguida por el juzgador que lo envió a la cárcel por un tiempo relativamente corto y por un delito que a primera vista no lesiona el patrimonio económico ajeno? ¿Qué cambios tendrá Luis Augusto Mora en su modo de actuar al término de los cinco meses y siete días que pasará purgando su pena? ¿De qué forma actuará sobre él la prisión para impedir que posteriormente vuelva a realizar esta clase de hurtos? ¿Existe dentro del tratamiento penitenciario un componente dirigido a personas condenadas por hurto como Luis Augusto? ¿Le servirá estar en prisión cinco meses y siete días para superar este –según sus palabras– “problema psicológico”? ¿De qué forma ejercerá su poder la prisión sobre este individuo para lograr resocializarlo, a fin de que no vuelva a cometer este delito y cumplir así con la función asignada por la legislación penal?

Este trabajo de investigación no se propone respuestas para el caso concreto de Luis Augusto Mora, sin embargo, su expediente merece ser incluido en esta introducción pues así se logra exponer la complejidad de un problema que se plantea, nuevo, en todas las épocas, un problema sobre el sentido o la finalidad de la pena estatal (ROXIN, 1976, p. 11).

¹ Sobre cómo las noticias manejan el ámbito criminal, consúltese el destacado artículo de (Monroy Rodríguez, 2015) en el que se desarrolla un tema de vertical importancia en un Estado social de derecho: libertad de prensa y libertad de expresión versus criminalización mediática.

De conformidad con lo anterior, entre los interrogantes que orientaron esta investigación se tienen: ¿cuál es la definición de la resocialización? ¿cuáles fueron las circunstancias en las que *emergió* y *procedió* esta función de la pena? ¿cuáles son las diferencias conceptuales entre la resocialización y otros términos similares? ¿cuál es el discurso de la resocialización en Colombia y cómo se consolidó?

Para absolver dichos interrogantes se hará un análisis conceptual de las teorías de la pena; se identificará el contexto social científico, social y político de Alemania a finales del siglo XIX; se hará un seguimiento a la visibilización de los conceptos asociados a la resocialización; y se finalizará con la descripción del discurso resocializador en Colombia.

En cuanto a la metodología de investigación fue de gran ayuda algunos referentes epistemológicos señalados por Michel Foucault en sus primeras obras, tales como arqueología, emergencia, procedencia y discurso, en las que se hará precisión más adelante.

En resumen, sin importar hace cuánto tiempo se formuló por primera vez el interrogante acerca de la misión que tiene la pena sobre el individuo que se condena y se envía a prisión, para dar respuesta a esta pregunta *aquí y ahora*, se torna preciso realizar una ubicación que tenga en cuenta los aspectos de espacio, tiempo y cultura, intentando satisfacer un argumento que refleje el modo de conducta vigente en un grupo social determinado.

Problema de investigación

¿Cuál es el significado y estructura de la resocialización del individuo como función de la pena?

Metodología de investigación

El tipo de investigación que desarrollaremos será de carácter documental y descriptivo dentro de un enfoque o paradigma de investigación interpretativo, ya que para materializar el objetivo general y desarrollar los objetivos específicos de la presente investigación, se analizará exclusivamente la ley, la jurisprudencia, doctrina nacional, así mismo se estudiará la doctrina internacional y la normativa internacional.

Además de ello, en la presente investigación se refieren cuatro conceptos que sirvieron para orientar el método de la misma: arqueología, discurso, emergencia y procedencia. Estos conceptos fueron abordados por Michel Foucault como parte del

método utilizado para la construcción de sus primeras obras², lo cual no significa que se haya seguido con rigurosidad el método *foucaultiano* para la elaboración de esta investigación; simplemente estos términos fueron utilizados como referente investigativo a modo de guía, sin pretender apoderarse del método en su integridad, pues aparte de resultar imposible conocer las minucias de este método arqueológico, solamente Foucault podría verificar la rigurosidad del desarrollo de sus conceptos.

Se utilizó el vocablo arqueología por cuanto al inicio de esta investigación se propuso conocer la fecha precisa en la cual surge la resocialización como fundamento de la pena. sin embargo, en ese primer momento, no se presentó con la suficiente claridad que se esperaba, por tanto se debió acudir a la mayor cantidad de textos y artículos científicos que trataran el tema aquí estudiado, para luego comparar entre ellos cuál reflejaba mayor veracidad y posteriormente lograr conclusiones sólidas como respaldo a los argumentos planteados.

En cuanto al discurso, Foucault señala que consiste en “el conjunto de enunciados que provienen de un mismo sistema de formación” (FOUCAULT, 1970, p. 181), pudiendo hablarse del discurso clínico, discurso económico, etc.

Es así como la aplicación del término “discurso” para este proyecto consistió en analizar el conjunto de enunciados provenientes del “discurso resocializador”, buscando la emergencia de este como función de la pena por medio de un conjunto de factores como los sociales, científicos, políticos, en los cuales se buscó: (i) individualizar del discurso de la resocialización, (ii) la transformación del discurso resocializador en el tiempo, (iii) la correlación del discurso de la resocialización con otro tipo de enunciados que pertenecen al mismo sistema de formación (*rehabilitación, reinserción social, reeducación, readaptación, etc.*).

En cuanto a la emergencia y la procedencia, se tiene que Foucault define a la primera de estas como el punto de surgimiento que se produce siempre en un determinado estado de fuerzas:

El análisis de la *Entstehung* [emergencia] debe mostrar el juego, la manera como luchan unas contra otras, o el combate que realizan contra las circunstancias adversas, o más aún la tentativa que hacen –dividiéndose entre ellas mismas– para escapar a la degeneración y revigorizarse a partir de su propio debilitamiento (FOUCAULT, 1980, pp. 15 y ss). (*Encerrado en corchetes fuera de texto*)

² El nacimiento de la clínica: Una arqueología de la mirada médica, 1963; Las palabras y las cosas: Una arqueología de las ciencias humanas, 1966; La arqueología del saber, 1969; Nietzsche, la genealogía de la historia, 1971.

En cuanto a la procedencia, esta investigación se orientó por la definición de Foucault, donde señala que “la procedencia permite también encontrar bajo el aspecto único de un carácter, o de un concepto, la proliferación de sucesos a través de los cuales (gracias a los que, contra los que) se han formado” (FOUCAULT, 1980, p. 13).

Esquema de resolución del problema jurídico

Para dar respuesta al problema jurídico de investigación planteado líneas atrás, esta investigación buscará responder los siguientes interrogantes: *(i)* ¿Dónde emerge el discurso de la resocialización como función de la pena? *(ii)* ¿Cuáles son los conceptos asociados o equiparados a la resocialización? *(iii)* ¿Cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial, legal y doctrinal de la resocialización como función de la pena?

1. Emergencia del discurso de la resocialización como función de la pena

1.1. El alma del hombre como objeto a corregir

La distinción entre el suplicio de los cuerpos y el castigo del alma es detallada por Foucault como un grito del corazón o de la naturaleza indignada (1998, p. 78), pues el suplicio centraba su liturgia punitiva en la figura del condenado trazando sobre él signos imborrables; en tanto que el castigo implicaba el respeto por la humanidad del peor de los asesinos. Foucault concluye que llegará un día del siglo XIX en que se descubra el hombre detrás del criminal y éste se convierta en el objeto que se pretende corregir y transformar a través de las ciencias penitenciarias y criminológicas.

En ese sentido, los interrogantes que buscan la justificación del castigo son, indudablemente, uno de los problemas centrales de la dogmática jurídico penal (MEZGER, 1958, p. 179). De allí que existan cuatro grandes teorías que puedan diferenciarse: *(i)* las teorías absolutas (VELÁSQUEZ, 2009, p. 254) (BUSTOS RAMÍREZ & HORMAZABAL, 1997, pp. 44 y ss), también llamada teoría de la retribución (MIR PUIG, 2011, p. 33) o teoría de la expiación (ROXIN, 1997, p. 80); *(ii)* las teorías relativas o teorías de la prevención (VELÁSQUEZ, 2009, p. 256); *(iii)* las teorías mixtas (BUSTOS RAMÍREZ & HORMAZABAL, 1997, pp. 53 y ss); y las teorías de la unión o dialécticas (MIR PUIG, 2011, p. 52).

Para buscar las razones de lo que Foucault llama el castigo del alma, es necesario detenerse en las teorías relativas o teorías de la prevención, llamadas así por cuanto se oponen a la retribución y el criterio del talión que dominaban en las épocas anteriores (MEZGER, 1958, p. 381), pasando de la retribución obtenida por el delito cometido a la función de prevenirlos para beneficio de la sociedad y del delincuente.

Este beneficio del delincuente fue perseguido, precisamente, por la prevención especial en cabeza de Franz von Liszt (VELÁSQUEZ, 2009, p. 257), donde se intentó neutralizar y corregirlo. Günter Jakobs lo deja escrito en los siguientes términos: “Ningún hombre inteligente castiga porque se ha cometido una infracción, sino para que no se vuelva a cometer; no se puede eliminar lo que ha sucedido en el pasado; se evita lo que pueda suceder en el futuro” (2007, p. 15).

Si bien es cierto que la prevención especial fue opacada por las teorías de la retribución, también lo es que para finales del siglo XIX tuvo un auge con la “escuela jurídico-penal sociológica” liderada por el mismo von Liszt (ROXIN, 1997, p. 85), dividiendo esta función de la pena en tres postulados (VON LISZT, 1994, pp. 111 y ss): (i) inocuización o neutralización para los delincuentes irrecuperables y los delincuentes habituales reincidente; (ii) intimidación para los delincuentes que no requieren corrección, el delincuente ocasional) y (iii) corrección para los delincuentes que necesiten corrección y sean capaces de ella, el delincuente habitual.

Además de ser defendida en Alemania, ésta tesis fue respaldada por los positivistas italianos, quienes plantearon, incluso, la absorción de la pena por la medida de seguridad (VELÁSQUEZ, 2009, p. 257). De esta manera, hasta el momento no había más que un indicador de corrección para el delincuente habitual, sin demostrarse que von Liszt hubiese hablado de resocialización sino de corrección.

En este orden de ideas, el beneficio obtenido por el delincuente se revela como una superación, un avance en el tratamiento punitivo que recibe por su crimen.

Puesto que ya no es el cuerpo, es el alma. A la expiación que causa estragos en el cuerpo debe suceder un castigo que actúe en profundidad sobre el corazón, el pensamiento, la voluntad, las disposiciones. Mably ha formulado el principio, de una vez para siempre: “Que el castigo, si se me permite hablar así, caiga sobre el alma más que sobre el cuerpo” (FOUCAULT, 1998, p. 24).

No obstante esta apreciación, Foucault resalta que la privación de la libertad, el castigo, no implica suprimir de forma absoluta el sufrimiento corporal, tal como el racionamiento alimenticio, la privación sexual, los golpes, la celda (1998, p. 23); en segundo lugar, que esta reforma del derecho penal debe ser entendida en clave de reacondicionamiento del poder de castigar: disminuyendo su costo económico y de su costo político; y, finalmente, que dicha reforma no proviene exclusivamente de los justiciables más ilustrados, de los filósofos enemigos del despotismo y amigos de la humanidad, sino que también fue gestada desde el interior del aparato judicial (1998, p. 85).

1.2. La superioridad cultural de Europa en el siglo XIX

El siglo XIX estuvo cargado de un sentir de superioridad cultural de los países europeos y de la certidumbre férrea en el progreso:

Se convencieron totalmente de esto a comienzos del siglo XX, es decir, en vísperas de la época en que iban a hundirse en terribles guerras, perder los imperios que tan fácilmente habían conquistado, verse privados de la primacía científica y técnica exclusiva que creyeron retener para siempre y que conjuntos nuevos, constituidos en América por Estados Unidos y en Eurasia por Rusia, comenzaban a disputarles (Enciclopedia de la UNESCO, 1982, p. 23).

Los europeos no dudaban de que su destino era educar a los pueblos de la tierra (Enciclopedia de la UNESCO, 1982, p. 92), se dio la independencia de las colonias y “la colonización de la independencia”, el sentimiento de progreso, la revolución científica que alcanza un desarrollo sin precedentes y sus consecuencias que se expanden mucho más allá de Europa, considerado en aquel momento el centro del mundo, sino del universo, pues desde allí era de donde se producía el conocimiento necesario para acceder a este (Enciclopedia de la UNESCO, 1982, pp. 40-46). La revolución industrial y el progreso técnico, la máquina de vapor, el desarrollo de la siderurgia, los canales de navegación fluvial (el canal de Suez y el canal de Panamá), el *progreso* armamentístico y militar (Enciclopedia de la UNESCO, 1982, pp. 368-551). Estos aspectos, aunados a los territorios coloniales que mantuvo Alemania, pueden ser orientadores de los contextos cultural y social de los que, si bien no existe plena certeza de haber conjurado y producido la dogmática jurídico-penal alemana, sí hicieron parte del diario vivir y del ambiente en que se gestaron los postulados de la resocialización y las teorías de la pena.

1.3. Problemas jurídico-penales de la academia alemana

Por su parte, el ambiente que se vivía en la academia jurídico-criminal de la Alemania³ que finalizaba el siglo XIX, se encuentra que el positivismo (movimiento filosófico que defendía únicamente la legitimidad del conocimiento científico) no debió traducirse en un *positivismo jurídico* por cuanto hacía ya tiempo el derecho positivo era su principal objeto de estudio (Velásquez, 2009, pp. 361 y ss) (MIR PUIG, 2003, p. 187), lo cual tuvo una doble consecuencial: (i) Que la dogmática del derecho positivo se convirtiera en normativismo, (positivismo normativista) y (ii)

³ Se llamará aquí Alemania al imperio alemán que, entre los años 1871 y 1918, logró su unificación luego de haber ganado la guerra contra Francia, teniendo como su protagonista al *canciller de hierro* Otto von Bismarck.

que la dogmática acudiera al método naturalístico y junto a ella apareciera el estudio empírico del delito y la pena (positivismo naturalista).

En esta ocasión será analizado únicamente la segunda consecuencia, el llamado *positivismo naturalista* (SÁINZ, 1975, p. 89) por considerarse como su precursor a Franz von Liszt (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1994, pp. 36-41) y, principalmente, porque de acuerdo con GARCÍA-PABLOS (1979, pp. 645-700), a partir de la 25ª edición del *Lehrbuch* de von Liszt, que apareció ocho años después de su muerte, es que se utiliza por primera vez el vocablo *resocialización*, tema que aquí es tratado.

1.4. El positivismo naturalista como fundamento epistemológico de la resocialización

El *positivismo naturalista* fue una corriente epistemológica del derecho, situada en Alemania (1880-1900) y que trasladó a la ciencia penal los métodos de las ciencias empíricas, teniendo en cuenta para esto los dos siguientes factores: Políticos y científicos.

Esto supone un giro atrayente para este estudio por cuanto la resocialización comprende un trabajo de *reforma* dirigido a un individuo que ha violado normas de conducta cardinales en una sociedad, del cual se supone que éste ha sido *resocializado* si al culminar ese proceso de *ortopedia social* (FOUCAULT, 1998) la persona no siente el deseo de volver a delinquir (prevención especial positiva)⁴. La importancia de este giro es que se haya tomado aspectos de las ciencias empíricas y se trasladen por primera vez al derecho penal. En otras palabras, no solo se estudiará los códigos y los tratados de derecho penal, sino que se tendrá a la realidad y a la experiencia como fuente de conocimiento (Encyclopaedia Britannica, 1961, pp. 410-411). Por esto von Liszt enuncia que el siglo XVIII quería combatir el delito sin estudiarlo; en cambio el siglo XIX se apoya en la estadística criminal y en la antropología criminal (MIR PUIG, 2003, p. 200).

Es así como adquiere relevancia los factores mencionados anteriormente porque (i) el factor político implicó una sustitución del Estado liberal clásico por un Estado social intervencionista, la aparición del proletariado y su exigencia de mejora efectiva de las condiciones de existencia (MUÑOZ CONDE, 2011, p. 26) (MUÑOZ CONDE, 1994, p. 1034), pues “[s]i el Estado liberal había propugnado por un derecho penal de *garantía*, despreocupado de incidir en la realidad y más bien preocupado en no hacerlo, el nuevo Estado social estaba llamado a encarnar un derecho penal de *prevención efectiva*” (MIR PUIG, 2003, p. 197); y en cuanto al (ii) factor científico, estaba involucrado el apogeo de las ciencias de la naturaleza y la teoría evolucionista

⁴ En relación al fin del proceso como un asunto cultural puede consultarse (SÁNCHEZ NOVOA, 2013).

de Darwin, creyéndose que “el único concepto de ‘ciencia’ verdadero era el concepto positivista de ciencia, según el cual, salvo la lógica y las matemáticas, sólo el método experimental propio de las ciencias de la naturaleza caracteriza una actividad como científica” (MIR PUIG, 2003, pp. 197-198).

1.5. Emergencia de la resocialización como función de la pena

De acuerdo con García-Pablos (GARCÍA-PABLOS, 1979, pp. 645-700), a partir de la 25ª edición del Lehrbuch de Franz von Liszt, publicada ocho años después de su muerte, es que se utiliza por primera vez el vocablo *resocialización*. Sin embargo, esta afirmación tiene matices que Luis Jiménez de Asúa logra aclarar.

Cuando Jiménez de Asúa se refiere a la traducción a varias lenguas del Lehrbuch de von Liszt y a las reediciones póstumas que hiciera de este texto su discípulo Eberhard Schmidt, quien modificó muchas de sus teorías con el fin de que la obra estuviera a la actualidad, y a continuación hace el siguiente comentario al pie de página:

Eberhard Schmidt publica la 23ª edición y después se imprimen la 25ª en 1927 y la 26ª en Berlín, Walter de Gruyter, 1932, en la que solo aparece el volumen titulado *Einleitung und Allgemeiner Teil*. No creemos acertado el transformar las opiniones del autor por las de E. Schmidt, como se hace con mucha frecuencia. Quien va a consultar el *Lehrbuch* del famoso maestro quiere saber *su* opinión y no lo que hoy piensan los más recientes penalistas alemanes. Acaso, como hizo Aramburu con los *Elementi* de Pessina, y el propio Saldaña con la obra de von Liszt, pudo E. Schmidt, por notas bien diferenciadas del texto lisztiano, informar al lector de las nuevas teorías en nuestro ramo jurídico. (MUÑOZ CONDE, 2011, p. 22).

Teniendo entonces que el Lehrbuch fue publicado por primera vez en 1881 (para esta época von Liszt tenía la edad de 30 años); que alcanzaría la 22ª edición en vida del autor (ZAFFARONI E., 1996, p. 236); que sus ediciones posteriores estuvieron a cargo de su discípulo Eberhard Schmidt, resulta apenas pertinente aclarar que la emergencia del vocablo *resocialización*, si bien fue producto de la influencia del positivismo naturalista (encabezado en Alemania por Franz von Liszt), no fue acuñada por éste sino por su discípulo Schmidt quien, por estar al tanto de las nuevas teorías, decidió modificar algunos aspectos del Tratado de Derecho Penal de su maestro una vez éste murió.

2. Visibilización de los conceptos *re*, asociados o equiparados a la resocialización

Se decidió llamar “visibilización de los conceptos *re*...” a éste acápite por dos razones principales. La primera obedece a una sospecha previa al inicio de la

investigación que fue confirmada en el transcurso de la misma, esta es, que una vez utilizado el término “resocialización” y luego de haberse implantado su hegemonía verbal en los textos académicos relacionados con el derecho penal, la criminología y el derecho penitenciario, se multiplicó el número de verbos a los cuales se les adecuó el prefijo “re” para luego justificar el tratamiento penitenciario con cada uno de estos vocablos, como por ejemplo “readaptación”, “reintegración” y “rehabilitación”.

Lo anterior no quiere dar a entender que estos vocablos no se hubiesen utilizado anteriormente en los valles de la ciencia penal, sino que hubo –como se demostrará a continuación– una variedad de términos que fueron a parar en los códigos, leyes y constituciones de diferentes países, en un período de tiempo relativamente corto (años 50 y 60 del siglo XX, principalmente), como nunca antes se había registrado. Por sus proporciones, podría ser visto como una moda o como una plaga que ha dejado secuelas en gran parte de las legislaciones contemporáneas que tratan el problema de la pena.

El segundo motivo por el cual se decidió denominar así al presente acápite responde a un hecho preciso: después de consultar y analizar una variada bibliografía sobre la cuestión de la pena, pensando que en su teoría existía el orden que en la práctica no tiene el sistema de ejecución carcelaria (estructura destinada a satisfacer las finalidades o funciones que se han atribuido a la pena) se encontró que los estudiosos no reflejan una sistematización cronológica y conceptual respecto de la resocialización y de los conceptos asociados a esta.

Fue por esto que únicamente ocho⁵ de los textos examinados⁶ arrojaron datos precisos sobre el momento en que fueron visibilizados, a través de un código, de una ley, de una constitución o de un texto académico concerniente al tema estudiado.

⁵ Textos que arrojaron datos: (Mir Puig, 1994, págs. 34-50); (Muñoz, Introducción al derecho penal, 2001, págs. 69-88); (Mir Puig, 2003, pág. 8 y ss); (Mezger, 1958, pág. 375); (Teodoro, 1993, págs. 127-141); (Muñoz, Derecho penal y control social, 1985, págs. 51-89); (Zaffaroni E. , 1996, págs. 42, 67,101 y 202); (Beristain, 1985).

⁶ Los textos restantes fueron: (Schunemann, 1991); (Mir Puig, 1982); (Pavarini, 2009); (Rusche & Kirchheimer, 1984); (Poquet, 2005); (Salvador, 1999); (Roxin, 1981); (Hassmer & Muñoz Conde, 1989); (Muñoz Conde, 2003); (Mir Puig, 2011); (Naucke, 2004); (Bacigalupo, 1999); (Zaffaroni E. R., 2002); (Roxin, 2000); (Hulsman, 2000); (Welzel, 2004); (Bergalli, 1983); (Baratta, 2004); (Fernández Carrasquilla, 1989); (Gómez López, 2001); (Estrada Vélez, 1986); (Bacigalupo, 2006); (Mesa, 1974); (Quintano Ripollés, 1963); (Jiménez de Asúa, 1978); (Reyes Echandía, 1976); (Landrove, 1976); (Bergalli, 1972); (Bergalli, 1982); (López-Rey, 1976); (Hood & Sparks, 1970); (López-Rey, Criminología, 1975); (Reyes Echandía, 1987); (Bettioli, 1965); (Sauer, 1956); (Marco del Pont, 1975); (Jakobs G. , 1995); (Pérez, 1975); (Pérez, 1977); (Beristain, 1985); (Maurach, 1962).

2.1. Clasificación de los conceptos re asociados o equiparados a la resocialización, sus defensores y sus críticos

Al momento de elaborar la clasificación de los conceptos asociados o equiparados a la resocialización, sus defensores y sus críticos, nos basamos en la tesis doctoral “Los Derechos Fundamentales de los presos y su Reinserción Social” (López Melero, 2011) Montserrat López Melero⁷, en la cual efectúa un riguroso estudio comparativo de las diferentes concepciones doctrinales en torno al fin de la pena privativa de la libertad.⁸

Esta tesis doctoral fue esencial para la elaboración del siguiente cuadro comparativo, que fue necesario realizar para demostrar la dispersión teórica que implica buscar y hallar el origen y la definición precisa de los conceptos aquí desarrollados.

CLASIFICACIÓN DE LOS CONCEPTOS REASOCIADOS O EQUIPARADOS A LA RESOCIALIZACIÓN, SUS DEFENSORES Y SUS CRÍTICOS		
Concepto asociado a la resocialización	Visibilización	Concepciones doctrinales, defensores y críticos
Resocialización	-Año 1927. 25 Edición de Lehrbuch de Franz von Liszt, editada por Eberhard Schmidt. Alemania ⁸ .	<p>Roberto Bergalli (<i>Argentina</i>) Es la reelaboración de un estatus social que significa la posibilidad de retorno al ámbito de las relaciones sociales desempeñadas por quien, por un hecho cometido y sancionado según normas que han producido sus mismos pares sociales, habría visto interrumpida su vinculación con el estrato al cual pertenecía.</p> <p>Supone corresponder en el futuro a las esperanzas mínimas de la sociedad y con ello volver a ser incluido en ella.</p> <p>Manuel Lardizabal (<i>España</i>) El fin de la pena es la corrección del delincuente para hacerle mejor, y que la enmienda del delincuente es un objeto tan importante que jamás debe perder de vista el legislador en el establecimiento de las penas.</p> <p>Carlos García Valdés (<i>España</i>) La idea del tratamiento es consecuencia próxima, desarrollo y, a la vez, desenlace de la idea de corrección. Se pasa de eliminar a retener y adaptar el comportamiento del recluso a la sociedad.</p>

⁷ Específicamente del capítulo XI, denominado “La reeducación y la reinserción social de los reclusos”.

⁸ Véase el capítulo “La procedencia del discurso de la resocialización como función de la pena” de la presente investigación.

Concepto asociado a la resocialización	Visibilización	Concepciones doctrinales, defensores y críticos
		<p>Antonio García-Pablos de Molina (<i>España</i>) La resocialización dejará de ser un mito cuando se consiga un consenso en torno a tres cuestiones básicas: (i) qué objetivos concretos se pueden perseguir con relación a cada grupo o subgrupo de infractores, (ii) qué medios y técnicas de intervención se valoran en cada caso idóneos y eficaces (iii) y que límites no debe superar jamás cualquier suerte de intervención.</p> <p>Borja Mapelli Caffarena (<i>España</i>) La resocialización tiene dos posibles interpretaciones: (i) Una amplia, por la que la resocialización constituye un fundamento de la pena y (ii) otra restringida, por la que la resocialización esta solo un criterio ordenador de la ejecución penal. La resocialización penitenciaria es antes que nada reinserción social y solo cuando se hace materialmente imposible entra en juego la reeducación.</p> <p>Iñaki Rivera Beiras (<i>España</i>) el concepto de resocialización es un eufemismo sobre todo para los presos preventivos en el sentido que están amparados por el principio de presunción de inocencia; lo mismo se puede decir de los delitos ocasionales o delitos por motivos políticos en los que no se precisa de un proceso reinsertador o por simplemente negarse al tratamiento. Una auténtica resocialización, más que incidir en el comportamiento social desviado, para convertirlo en integrado, debería dirigirse a corregir las causas que generan la existencia de la marginación que nutre las cárceles, y este propósito está totalmente fuera del alcance de lo carcelarios, de las intenciones del poder y de la lógica de las relaciones de dominación que regulan la vida social. El objetivo disciplinario del tratamiento penitenciario es organizar la vida en las prisiones de tal modo que los principios de seguridad, mantenimiento del orden y buen funcionamiento del establecimiento se conviertan en principio rector.</p> <p>José Luis de la Cuesta Arzamendi (<i>España</i>) Hablar de resocialización del delincuente sin cuestionar al mismo tiempo, al conjunto social al que se pretende incorporarlo, significa aceptar como perfecto el orden social vigente, sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido.</p> <p>Heinz Muller Dietz (<i>Alemania</i>) La resocialización pierde su sentido dentro del marco penal por tener una naturaleza y una proyección meta-penitenciaria, vinculando el fin de la integración social con el de la defensa del ordenamiento jurídico, es decir, que la misión de la pena es mostrar la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico y fortalecer y estabilizar la conciencia jurídica.</p>

Concepto asociado a la resocialización	Visibilización	Concepciones doctrinales, defensores y críticos
		<p>Alessandro Baratta (<i>Italia</i>) Propone redefinir el concepto de <i>resocialización</i> y sustituirlo por el de <i>invulnerabilidad social</i>. La oportunidad de resocialización es mínima siempre que no exista una apertura de la cárcel a la sociedad y de la sociedad a la cárcel, es decir, que simbólicamente los muros sean derribados, ya que no se puede segregar a personas y pretender al mismo tiempo reintegrarlas.</p>
<p>Normalización</p>	<p>-Año 1992. Cuadernos de Fundación Encuentro. España.</p>	<p>Esther Gimenez-Salinas Colomer (<i>España</i>) Asevera que el término <i>normalización</i> depura el término <i>resocialización</i> de un componente ideológico, sin perjuicio de reconocer que la idea del tratamiento ha permitido “humanizar” las prisiones y en ese sentido que los reclusos reciban un tratamiento más digno.</p>
<p>Reintegración</p>	<p>-Año 1958. En la edición del texto Derecho penal de Edmund Mezger, se menciona la reintegración como parte de la prevención especial. Alemania.</p> <p>Año 1970. Ley de peligrosidad y rehabilitación. España</p>	<p>Antonio Beristain Ipiña (<i>España</i>) La pena privativa de libertad debe pretender principalmente la repersonalización y reintegración social, es decir, que el ex recluso lleve en el futuro una vida sin delitos.</p> <p>Alessandro Baratta (<i>Italia</i>) La reintegración social dependerá del grado y firma del desarraigo social que se presentan en la vida del recluso. La reintegración social del condenado no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse <i>a pesar de ella</i>, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad.</p> <p>Este término es preferido por Baratta antes que el de resocialización y el de tratamiento, ya que estos presuponen un papel pasivo del detenido y uno activo de las instituciones, creyendo que son residuos anacrónicos de la vieja criminología positivista que definía al condenado como un individuo anormal e inferior que debía ser (re) adaptado a la sociedad, al valorar a la sociedad como buena y al condenado como <i>malo</i>.</p>
<p>Repersonalización</p>	<p>-Año 1985. En el texto Ciencia penal y criminología de Antonio Beristain, se menciona la repersonalización como una alternativa al castigo.</p>	<p>Antonio Beristain Ipiña Repersonalizarse significa lo contrario de despersonalizarse o desocializarse; significa el proceso, el itinerario de configurar, recobrar (más) su identidad, recuperar su (mayor) libertad, encontrar o reencontrar su misión en la construcción de la sociedad. Presupone un <i>iter criminis</i>, unas circunstancias delictivas despersonalizadoras que, por desgracia, son frecuentes en nuestra sociedad, con o sin culpa del individuo en cuestión (Raskolnikof, en <i>Crimen y castigo</i>) (Beristain, 1985, pág. 110)</p>

Concepto asociado a la resocialización	Visibilización	Concepciones doctrinales, defensores y críticos
Socialización	-Año 1991. Se tomará en cuenta la edición de este año del texto <i>Cárcel y marginación social</i> de Cesar Manzanos Bilbao. España	<p>Josep García-Borés Espí (<i>España</i>) En el proceso de socialización, como desarrollo continuado a lo largo del ciclo vital, suelen establecerse tres etapas genéricas. En primer lugar, una <i>socialización primaria</i>, que abarca infancia y adolescencia [...] Posteriormente a esta etapa formativa, la <i>socialización secundaria</i> y la <i>terciaria</i>, correspondientes a la edad adulta y a la tercera edad respectivamente, que suponen en sí readaptaciones que realiza la persona para adecuarse a nuevas circunstancias en las que se va encontrando. Dichas readaptaciones son planteables tanto de forma puntual, a raíz de cambios importantes en las circunstancias de los individuos, como de forma continuada, esto es, como permanente readaptación a la realidad circundante, tal como esta va siendo entendida.</p> <p>Los términos desocialización y resocialización se reservan, a diferencia de los de socialización secundaria y terciaria, para cambios drásticos o nucleares de la persona, referidos a cambios trascendentes de sus creencias, moral, valores, etc (García-Borés, 2003, pág. 413).</p> <p>Marino Barbero Santos (<i>España</i>) Socializar no significa otra cosa que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delito, no que haga suyo los valores de una sociedad que puede repudiar.</p> <p>Cesar Manzanos Bilbao (<i>España</i>) Es el proceso por medio del cual la persona humana aprende e interioriza, en el transcurso de su vida, los elementos socio-culturales de su medio ambiente y los que integra en la estructura de su personalidad, bajo la influencia de experiencias y de agentes significativos, con el fin de adaptarse al entorno social en el que va a vivir.</p>
Readaptación social	<p>-Año 1944. Se tomará en cuenta el texto leído por el José Antón Oneca en la apertura del año académico 1944-1945 en la Universidad de Salamanca. España (Antón Oneca, 1944, pág. 7).</p> <p>-Año 1958. Se expide el decreto ley 412 en Argentina, estableciendo que la ejecución de las penas privativas de libertad tiene por objeto la readaptación social del condenado. Argentina.</p>	<p>Roberto Bergalli (<i>Argentina</i>) El objeto de la readaptación social puede traducirse como las esperanzas mínimas de la sociedad en que un condenado no vuelva a serlo otra vez más, o sea, el evitar futuras recaídas en el delito con lo que debe avenir la reubicación del individuo en la sociedad.</p> <p>Para Bergalli, prevención especial es sinónimo de readaptación social. Él es uno de los autores que opina que existe un vínculo evidente que liga la ejecución penal con la estructura socio-económica del país; mostrándose partidario del sistema funcional o de la teoría de la socialización, es decir, que el actuar delictivo está originado por los defectos de socialización.</p>

Concepto asociado a la resocialización	Visibilización	Concepciones doctrinales, defensores y críticos
	<p>-Año 1968. Se expide el decreto del 25 de enero de 1968 y la Constitución de 1978, donde se previó la readaptación como uno de los grados del sistema de ejecución penal.</p>	
<p>Reeducación</p>	<p>-Año 1949. El artículo 29 de la Constitución Nacional de Argentina establecía que “las cárceles serán sanas y limpias y adecuadas para la reeducación social de los detenidos en ella” (Zaffaroni E., 1996, pág. 42)</p>	<p>Carlos García Valdés y Antonio Beristain Ipiña (España) La función <i>reeducadora</i> merece algún reparo adicional, desde el prisma de su <i>legitimidad</i> en una sociedad plural y democrática a la luz de los postulados de un Estado social y de Derecho. Reeducar puede significar, en este sentido, <i>adoctrinar, domesticar, uniformar</i>, lo que excede la frontera del paternalismo anacrónico para convertirse en un atentado a los derechos del individuo, inadmisibles por más que se ejecute, paradójicamente, en nombre del propio bien del penado.</p> <p>Borja Mapelli Caffarena (España) A pesar de el término se presta a ser entendida como “manipulación, dominio o imposición de valores, interpreta el término como compensar las carencias del recluso frente al hombre libre ofreciéndole posibilidades para que tengan un acceso a la cultura y un desarrollo integral de su personalidad.</p> <p>Reeducación y reinserción se mueven a dos niveles distintos. Mientras que la reeducación aspira a que la prisión no interrumpa el proceso de desarrollo de la personalidad del recluso de acuerdo con los derechos fundamentales recogidos por la Constitución, la reinserción atenúa la nocividad de la privación de libertad en la esfera de las relaciones materiales individuo-sociedad.</p> <p>Manuel Cobo del Rosal y Javier Boix Reig (España) El recluso puede iniciar por sí mismo su reeducación, máxime cuando a los poderes públicos le corresponde, entendiéndose al artículo 9.2 de la Constitución Española, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.</p> <p>Diego Manuel Luzón Peña y Julián García García (España) No es motivo para delinquir que el sujeto no comparta los valores sociales.</p> <p>Antonio García-Pablos de Molina (España) El término <i>reeducación</i> es poco afortunado y un “lamentable despropósito”, que pugna con los conocimientos actuales de la criminología, de la ciencia penitenciaria, de las ciencias de la conducta y de la propia política criminal.</p>

Concepto asociado a la resocialización	Visibilización	Concepciones doctrinales, defensores y críticos
		<p>Rechaza considerar la reeducación como paso previo y obligado para conseguir la <i>reinserción</i>, ya que el concepto de <i>reinserción</i> alude al oportuno reencuentro y encaje del individuo en la comunidad una vez cumplida la condena, lo que no presupone modificaciones cualitativas en la persona de aquél (o, al menos, no tiene por qué presuponerlas), sino ajustes funcionales y asistencia por parte de los demás para hacer posible dicho retorno al hábitat convivencial del hombre. Asigna a los términos de <i>reeducación</i> y <i>reinserción social</i> la finalidad de poner a disposición del preso unos medios que actúan sobre las causas que han determinado la comisión del hecho delictivo, sin cambiarle la personalidad.</p> <p>Francisco Javier Álvarez García y Mario Cattaneo (<i>España e Italia</i>) Existe distinción entre reeducación-reinserción, como resocialización o recuperación social, frente a la reeducación-enmienda, entendiéndose que el sujeto debe adquirir la capacidad de vivir en la sociedad respetando la ley penal con los valores dominantes en una determinada colectividad pero solamente en su aspecto externo.</p> <p>Enrique Ruiz Vadillo (<i>España</i>) La reeducación y <i>reinserción social</i> es predicable de todas las penas y de muchas otras medidas penales aunque no sean privativas de libertad, así la Constitución se refiere a la orientación, que es algo menos que un fin y, como la pena, se sitúa en el punto de equilibrio entre una y otra prevención: la general y la especial, sin perjuicio de buscar situaciones correctoras de la sanción inicialmente fijada (novación punitiva).</p> <p>Enrique Sobremonte Martínez (<i>España</i>) Con la reeducación se pretendió, por parte del legislador constituyente, dar un sentido de preparar al condenado para la fase de resocialización, interesando como procedimiento de educación de una persona que no está educada.</p>
Reinserción social	-Año 1978. La constitución española establece que Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y <i>reinserción social</i> y no podrán consistir en trabajos forzados. España	<p>Francisco Bueno Arús Supone la segunda socialización, no obstante, la <i>reinserción</i> no es el único fin, no siendo incompatible con la retribución o la protección social.</p> <p>María José Aranda Carbonel (<i>España</i>) Es la adaptación a las normas y bienes jurídicos existentes en la comunidad, diferenciando entre resocialización moral o programas máximos que consisten en que el sujeto se interiorice y haga suyas las normas sociales.</p> <p>Antonio García-Pablos de Molina (<i>España</i>) La <i>reinserción</i> alude al oportuno reencuentro y encaje del individuo en la comunidad una vez cumplida la condena, lo que no presupone modificaciones cualitativas en la personalidad de aquél [...], sino ajustes funcionales y asistenciales por parte de los demás para hacer posible dicho retorno al hábitat convivencial del hombre, afirma que supone la necesidad de prestaciones positivas por parte de la comunidad al ex penado.</p>

Concepto asociado a la resocialización	Visibilización	Concepciones doctrinales, defensores y críticos
		<p>La reinserción supone adaptar al penado nuevamente al orden social y el fin primordial de la pena no es la reinserción social del recluso, ya que la privación de libertad destruye y aniquila, separa al hombre de la comunidad, afecta negativamente los factores y mecanismos de socialización, los propios grupos primarios, aunque admite que sea un principio inspirador de las Instituciones penitenciarias.</p> <p>Borja Mapelli Caffarena (España) Reinsertar es volver a meter una cosa en otra. En este sentido, reinserción es un proceso de introducción del individuo en la sociedad, ya no se trata como en el caso de la reeducación de facilitarle ese aprendizaje para que sepa reaccionar debidamente en el momento en que se produzca la liberación.</p>
<p>Rehabilitación</p>	<p>-Año 1958. En la edición del texto <i>Derecho penal</i> de Edmund Mezger, se menciona la rehabilitación como parte de la prevención especial. Alemania.</p> <p>-Año 1961. Memoria de la Primera Mesa redonda Centroamericana de derecho penal. Se menciona la rehabilitación como uno de los fines de la prevención. Citado por Zaffaroni (Zaffaroni E. , 1996, pág. 202).</p> <p>-Año 1970. Ley de peligrosidad y rehabilitación social. España.</p>	<p>Antonio Quintano Ripollés (España) La rehabilitación como complemento de los sistemas penitenciarios, dice que en el derecho penal moderno la rehabilitación ha perdido su carácter de favor gracioso, para convertirse, ya no en un derecho del ciudadano, sí, al menos, en un complemento lógico y humano de los sistemas penitenciarios progresivos.</p> <p>César Camargo Hernández (España) Se pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que forma parte de la misma sometido a un régimen jurídico particular.</p>
<p>Posición al margen</p>	<p>-Año 1975. Publicación del texto <i>La sociedad carcelaria: Aspectos penológicos y psicológicos</i> de Elías Neuman.</p>	<p>Elías Neuman (Argentina) Son sinónimos readaptación social, corrección, enmienda, reforma, moralización, adaptación, rehabilitación y educación. Con ellos se alude a la acción constructiva o reconstructiva de los factores positivos de la personalidad del hombre preso y al posterior reintegro a la vida social.</p>

Sobre lo anterior se concluye que las diferencias sustanciales que gramaticalmente generan los conceptos previamente estudiados, no se ven reflejadas en el estudio que de ellas realizan los académicos; así mismo, tampoco existe una diferenciación de estructura, alcance y contenido entre las mismas de la cual sea posible diferenciar cada una de estas finalidades asignadas a la pena privativa de la libertad; por el contrario, pareciera que la escogencia de un vocablo u otro obedeciera a inclinaciones y opiniones personales carentes de sustento argumentativo. Lo anterior resulta apenas evidente si se tiene en cuenta los lugares comunes con pretensión de novedad que encierran las definiciones de los variados vocablos

3. Desarrollo jurisprudencial legal y doctrinal de la resocialización como función de la penal

3.1. El discurso resocializador en la legislación

- **Antecedentes y código penal de 1980.** En el Colombia, al hablar de resocialización se debe hacer una remisión al Código Penal de 1980, donde se logró incorporar en el texto legal éste vocablo. No obstante, dicha visibilización se produjo gracias a una serie de tratados internacionales aprobados por Colombia que se convertirían posteriormente en leyes (Ley 74, 1968) (Ley 16, 1972).

En el año de 1972 se gesta por parte del gobierno colombiano una comisión para redactar un proyecto para un nuevo Código penal, que se vería materializado mediante el Decreto 100 de 1980, donde se adopta por primera vez la resocialización en Colombia, pues mediante su artículo 12 establecía la misma como una de las funciones de la pena (GÓMEZ LÓPEZ, 2001, p. 133). Sin embargo, para que el término resocialización apareciera en el ordenamiento jurídico nacional, con anterioridad existió una serie instrumentos internacionales que fueron tejiendo el camino para su concreción, y es preciso aclarar que, aunque no se utilizaba el vocablo resocialización (se utilizaban los vocablos reforma y readaptación social), los tratados internacionales le daban una nueva finalidad a la pena y al tratamiento penitenciario.

Lo anterior se debía a que en el exterior se presentaba una revolución en cuanto derechos políticos, sociales y humanos, materializados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, 1966), aprobado en Nueva York el 16 de diciembre, y que sería aprobado años más tarde en Colombia por la Ley 74 de 1968, la cual dispuso en su artículo 10 numeral 3 que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.

Así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 1969), proferida en San José de Costa Rica

y aprobada por el Estado colombiano mediante la Ley 16 de 1972 se refiere en su artículo 5 al derecho a la integridad personal, así como también en su numeral 6 consagra que la privación de la libertad tendrá como finalidad esencia, la reforma y la readaptación social de los condenados⁹.

De esta forma se demuestra que desde tiempo atrás de expedirse el Código Penal de 1980, existía una obligación del Estado colombiano frente a los organismos internacionales que le exigía orientar la pena de prisión hacia la reforma y la readaptación social de los condenados.

- **Código penitenciario y carcelario de 1993.** En 1993 aparecería el Código Penitenciario y Carcelario, en el que se encuentra consagrada la resocialización como función, finalidad y tratamiento de la pena, dándole un desarrollo más amplio que el del código penal de 1980. En sus artículos noveno y décimo se establecía lo siguiente:

Artículo 9. FUNCIONES Y FINALIDAD DE LA PENA Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

Artículo 10 “FINALIDAD DEL TRATAMIENTO PENITENCIARIO. El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.

- **Ley 599 de 2000.** El Código Penal de 1980 fue derogado por la Ley 599 de 2000. Esta es la legislación penal que rige actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, que establece la función de la pena en su artículo cuarto. Sin embargo, en esta ocasión hubo una variación de vocablos, pues se decidió sustituir la “resocialización” por la “reinserción social” de la siguiente manera:

Artículo 4. Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Este cambio es pasado por alto en la exposición de motivos (NAVAS, 2000, pp. 26 y 27), pues sólo se cita a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia

⁹ Sobre la recepción del control de convencionalidad realizado por el juez colombiano y en particular por el Consejo de Estado puede consultarse (SÁNCHEZ VALLEJO, 2015) (CUBÍDEZ CÁRDENAS, CHACÓN TRIANA & MARTÍNEZ LAZCANO, 2015).

C-656, 1996); (Sentencia C-261, 1996); (Sentencia C-237, 1997); (Sentencia C-430, 1996) para dar una explicación sobre la resocialización, la reinserción social y la reeducación, sin tocar el tema del cambio de vocablos, aunque sigue siendo entendida la función de la pena, por la Alta Corporación, como resocialización y reinserción social¹⁰.

En conclusión, ambos postulados, tanto el artículo 12 del decreto 100 de 1980 como el artículo 4 de la ley 599 de 2000, toman partido por las teorías mixtas, conciliando la prevención y la retribución como fines de la pena (CÓRDOBA, Miguel y RUÍZ, Carmen, 2001, pp. 55-67). Además de ello, se resalta que no obstante haberse cambiado el vocablo “resocialización” por “reinserción social” en la nueva codificación, se entiende que, desde la discusión del código penal de 1980, la educación y la reeducación representan sinónimos de la resocialización.

3.2. El discurso resocializador en la jurisprudencia

- **Corte Constitucional** Muchos han sido los pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional sobre la resocialización como función de la pena¹¹, con un estudio profundo de la misma en sentencias de Constitucionalidad y de tutela.

Para efectos del estudio realizado a la jurisprudencia de las distintas Cortes, es necesario hacer un análisis a los diferentes pronunciamientos emitidos por estas corporaciones. No obstante, y dado que han sido más de cuatrocientos los fallos en los que se ha enunciado el tema, se requiere seleccionar únicamente aquellos donde las Altas Corporaciones de justicia le dieron un desarrollo más o menos aceptable al término. En consecuencia, pasaremos a mostrar dicho análisis de los referidos precedentes jurisprudenciales:

¹⁰ Un estudio que ilustra el adecuado tratamiento en estudio de línea jurisprudencial puede consultarse en (Peláez Mejía, 2013).

¹¹ Exactamente son 493 pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional sobre el vocablo “resocialización”

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA DEFINICIÓN DE LA RESOCIALIZACIÓN	
Definición	Providencias
Readaptación social como una finalidad de la resocialización.	(Sentencia C-549, 1994) La readaptación social hace parte de la resocialización sin que se constituyan en sinónimos. (Sentencia C-026, 1995) La pena, en un sistema como el nuestro, tiene como fin asegurar la convivencia pacífica de todos los residentes en Colombia, mediante la protección de los bienes jurídicos de que son titulares las personas.
La corrección del condenado tiende a la resocialización.	(Sentencia C-394, 1995) No hay duda de que la vida penitenciaria debe obedecer a un orden pedagógico correctivo. En cuanto orden, tiende a la armonía, en cuanto pedagógico, a la formación, y en cuanto correctivo, a la resocialización. Sin disciplina no hay ni armonía, ni formación, ni resocialización; por ello, ésta al ser personalizada, es necesaria en cualquier establecimiento carcelario.
La regulación de la resocialización viene dada por los principios humanistas y las normas internacionales	(Sentencia C-430, 1996) El fin resocializador que orienta la ejecución de la pena, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas. C- 656 de 1996; C- 144 de 1997; C- 592 de 1998; C- 1112 de 2000; C- 329 de 2003; C- 397 de 2010
La relevancia constitucional de la resocialización le es dada por la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía	(Sentencia C-261, 1996) En efecto, en el aspecto sustancial de la dignidad humana, se concentra gran parte del debate moderno sobre la función resocializadora de la pena y del sistema penal en general. La función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no sólo desde el punto de vista fundamental de la dignidad, sino también como expresión del libre desarrollo de la personalidad humana. La función de reeducación y reinserción social del condenado, debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer este desarrollo. C- 012 de 2001; C- 227 de 2014
La educación y el trabajo como una de las finalidades de la resocialización.	(Sentencia C-580, 1996) El trabajo en los establecimientos de reclusión es, en principio, obligatorio para los condenados como medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización, salvo las exenciones autorizadas por la ley. C- 184 de 1998; T-121/93; T-009/93; T- 718/1999; T- 286/2011.
Resocialización como principio y derecho fundamental	(Sentencia T-1190, 2003) La resocialización como principio y derecho fundamental, asociado con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, con el trabajo, la familia. T- 077/2013
Resocialización como sinónimo de reinserción.	(Sentencia T-1259, 2005) La función de la reclusión tiene que ver con la asistencia al condenado, con miras a lograr su reinserción social, con pleno respeto de sus garantías constitucionales, excepto en razón de las limitaciones propias de la pérdida de su libertad, relacionadas en todos los casos con la disciplina y seguridad carcelarias y que el carácter afflictivo de la condena culmina con la imposición del castigo, puede afirmarse que en un Estado social de derecho el respeto de la autonomía individual comporta la imposibilidad de que las autoridades carcelarias utilicen los fines resocializadores de la pena para violentar las posibilidades de autodeterminación de los reclusos, desbordando de esta manera los límites de la sanción.

En conclusión, la Corte Constitucional, máxima intérprete y principal guardiana de la Constitución Política no tiene una definición unívoca acerca de lo que significa resocializar. En algunas sentencias entiende a la readaptación social como una finalidad de la resocialización; en otras señala que la regulación de esta finalidad está dada por los principios humanistas y normas internacionales; adicionalmente entiende que el trabajo y la educación en los establecimientos de reclusión es, en principio, obligatorio para los condenados como medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización, salvo las exenciones autorizadas por la ley; en ese mismo sentido, asimila la resocialización como principio y derecho fundamental, asociado con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, con el trabajo, la familia; y en otra providencia señala que la finalidad de la reinserción social es la resocialización¹².

-Corte Suprema de Justicia. En cuanto a los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, son muy pocos los que ocupan de la finalidad resocializadora, pues si bien es cierto existen numerosas sentencias¹³ de ésta corporación en las que hace alusión al tema, su desarrollo es escaso¹⁴.

La Corte Suprema al referirse a los fines de la pena y de las medidas de seguridad¹⁵ del Código Penal de 1980 manifiesta que la rehabilitación del reo se da mediante la retribución, protección, prevención y resocialización, y no de simple o simbólica advertencia o amenaza indefinida (Sentencia 9188, 1995).

En sentencias del 26 de agosto de 1997¹⁶, la Corte manifiesta que la resocialización tiene tres factores subjetivos: personalidad del delincuente, la

¹² Sobre este punto de derecho pueden consultarse las consideraciones epistémicas respecto de la decisión en materia procesal penal expuestas por (POLANCO POLANCO, 2015).

¹³ Exactamente son 426 pronunciamientos por parte de la Corte Suprema de Justicia que contienen el vocablo “resocialización”, de las cuales solamente las que se desarrollarán a continuación profundizan en una definición del término.

¹⁴ Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia 8408, M.P: Ricardo Calvete Rangel, del 26 de octubre de 1994; Sentencia 8872, M.P: Jorge Enrique Valencia, del 28 de septiembre de 1994; Sentencia 8796, M.P: Edgar Saavedra Rojas, del 25 de octubre de 1994; Sentencia 11050, M.P: Fernando Arboleda Ripoll, 15 de diciembre de 1995; Sentencia 9100, M.P: Nilson Pinilla Pinilla, 20 de septiembre de 1995. Sentencia 9911, M.P: Jorge Aníbal Gómez, 21 de agosto de 1996.

¹⁵ “Artículo 12. Fines de la pena y de las medidas de seguridad. La pena tiene función protectora, preventiva, retributiva y resocializadora. La medida de asistencia y protección persigue fines de curación, tutela y rehabilitación” (subrayado fuera del texto)

¹⁶ (Sentencia 12800, 1997) (Sentencia 13439, 1997) (Sentencia 11931, 1997)

conducta observada en el establecimiento carcelario y sus antecedentes. Sin embargo, analizando estos tres factores se tiene corresponden con exactitud a los factores que establecía el artículo 72 del código penal de 1980 a la readaptación social, equiparando esta forma ambos términos sin establecer distinciones entre ellos. Esta misma situación se puede observar en unas providencias (Sentencia 2297, 1998) de esta Alta Corporación de las que se infiere la equiparación señalada, y en otras en las que expresamente se menciona que resocialización y readaptación social son sinónimos¹⁷.

Igualmente sucedería con el artículo 4 del código penal del 2000, que trajo como novedad, en cuanto a las funciones de la pena, el uso del vocablo “reinserción social” que reemplazó a la “resocialización”, utilizada anteriormente en el código penal de 1980. Sobre el citado artículo, la Corte Suprema (Sentencia 24052, 2006) (Sentencia 35398, 2010) diría en varias ocasiones que la prevención especial y la resocialización son funciones de la pena, pasando por alto que éste último término había sido eliminado del nuevo Código Penal (Sentencia 16627, 2002).

En cuanto al concepto aquí tratado, la Corte sostiene:

[Por] resocialización se entiende la acomodación y adaptación de una personalidad al medio del cual se desprendió en razón de la conducta y del delito cometido. Búscase con ella que el hombre vuelva al seno social desprovisto de aquellos motivos, factores, estímulos, condiciones o circunstancias que, contextualmente, lo han podido llevar a la criminalidad, con el propósito de evitar que reincida, es decir, que caiga de nuevo en el comportamiento delictivo (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, 1999).

Además, consagra que dicho cometido será posible mediante el tratamiento penitenciario (Sentencia 12694, 1999) establecido en el artículo 143 del Código penitenciario y Carcelario¹⁸.

En este orden de ideas, es posible concluir que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia equipara los vocablos “resocialización”, “readaptación social” y “rehabilitación”, sin establecer las funciones específicas que cada uno de ellos cumple. De igual manera, no existe un desarrollo coherente a los elementos que

¹⁷ (Sentencia 16428, 1991), (Sentencia 17979, 2001), (Sentencia 21545, 2004).

¹⁸ Ibid. “El instrumento preferencialmente utilizado para lograrla es el tratamiento penitenciario, concebido por nuestro estatuto carcelario como el conjunto de medios educativos, instructivos, laborales, culturales, recreativos, deportivos y familiares que se usan, con base en la dignidad humana y en las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto, para obtener tal fin de reinserción socio-cultural (artículo 143)”.

estructurarían la “resocialización” como función de la pena, limitándose tan solo a reiterar definiciones genéricas que se han tomado en decisiones anteriores.

Un ejemplo de lo anterior puede verse en una sentencia (Sentencia 35767, 2012) en la que se menciona que el surgimiento de la resocialización:

“Deviene de la irrupción del Estado social, en el ambiente político del Siglo XX desde la convicción de que la pena debe servir para preparar al penado, para convidar al convicto a que vuelva al seno de la sociedad de la cual hacía parte; objetivo que contrasta con la tendencia de tratar a los delincuentes como enemigos que no se merecen las garantías que el Estado soberano conserva para sus súbditos”

Así mismo sucedería con otra providencia (Sentencia 33254, 2013) en la que se menciona que el s en la que asigna a von Liszt el desarrollo del vocablo “resocialización”, situación que dista de uno de los resultados previamente obtenidos de esta investigación.

De acuerdo a lo anterior, se evidencia en las sentencias citadas lo siguiente: En primer lugar, que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no ha cumplido con la labor de unificar jurisprudencia en torno a la finalidad de la pena privativa de la libertad a través de sus providencias, pues en ellas se limitan a repetir diversos conceptos de teóricos sin mencionar la estructura o el alcance práctico que tienen estos términos para así lograr una más o menos coherente; y en segundo lugar, que una de las dificultades al momento de establecer un significado de la resocialización, en que las leyes que aquí se analizan y los problemas de interpretación que esta suscita provienen de normas que inicialmente fueron importadas e incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico, sin un análisis previo de concordancia entre el contexto que exporta y el que decide adoptar determinada teoría. En pocas palabras, el contenido de una ley en Alemania puede llegar a ser el mismo que en Colombia, pero el contexto de ambos países plantea diferencias sustanciales que deben ser solucionadas o analizadas antes de decidir que dicha ley haga parte de nuestro diario vivir.

Conclusiones

La conclusión inicial de esta investigación está directamente relacionada con el problema planteado al inicio de la misma, correspondiente al significado y estructura de la función resocializadora del individuo como función de la pena. Al respecto se concluyó que la resocialización como vocablo utilizado para señalar uno de los fines de la pena, emerge en Alemania a raíz de la publicación del Tratado de Derecho Penal (Lehrbuch) de Franz von Liszt. Sin embargo, no fue este reconocido

autor germano quien utilizara por primera vez este término; la inclusión de este término a su Lehrbuch la hizo su discípulo Eberhard Schmidt en la 25ª (1927) edición de este libro.

El contexto académico, político y social de Alemania a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, hizo posible que fuera allí -y no en otro lugar- donde emergiera esta idea del fin de la pena: la resocialización. En primer lugar, porque el *positivismo naturalista* abanderado por von Liszt le dio un carácter social al derecho, lo sacó a la calle para que hablara de cerca y “cara a cara” con otras áreas del conocimiento, generando así distancia del *positivismo jurídico formalista* que entendía que los problemas que surgen en el derecho no correspondía a materias ajenas a este y solamente en él podían ser halladas las respuestas. Un segundo aspecto que entró en tensión para hacer emerger la idea resocializadora de la pena, fue el contexto político que implicó el derrumbe del estado liberal (en el cual estaban basadas las posturas iusfilosóficas que defendía Binding, opositor académico de von Liszt), reclamando del Estado participación en problemas centrales de la vida de sus ciudadanos como la economía y el trabajo.

Además de esto, se concluyó que una vez surge el vocablo de resocialización, empieza a multiplicarse las incorporaciones de este a las codificaciones penales (o si no era este, se incluían palabras similares como la readaptación social, reinserción, rehabilitación, reeducación, repersonalización), principalmente en los años 50 y 60 del siglo pasado. Es decir que el vocablo erróneamente atribuido a von Liszt se incrementó exponencialmente en legislaciones de Europa y América Latina, a pesar de no existir certeza de qué era lo que se quería decir cuando se hablaba de resocialización.

Así mismo, se obtuvo con conclusión que las diferencias sustanciales que gramaticalmente generan los conceptos previamente estudiados, no se ven reflejadas en el estudio que de ellas se realizan, pues pareciera que elegir un vocablo u otro para asignarle un fin a la pena, obedeciera a inclinaciones y opiniones personales de quienes teorizan sobre este tema pero que carecen de sustento argumentativo. Esto no resulta difícil de comprobar, si se tiene en cuenta los lugares comunes a los que concurren, por ejemplo, al momento de definir la reinserción social, pretendiendo novedad, aspirando encontrar una palabra más para intentar dar sentido a un vocablo que adorna con rimbombante ideología los códigos penales.

En el ámbito nacional, se concluyó que el concepto de resocialización se visibiliza por primera vez en el código penal de 1980, a pesar de tener como antecedentes tratados de derecho internacional firmados y aprobados por Colombia, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Ley 74 de 1968) y la Convención Americana de Derechos Humanos (Ley 16 de 1972), en los que se trataba la teleología

del tratamiento carcelario y donde se establecía que debía tener una finalidad de reforma y de readaptación social de los condenados.

También se concluyó que si bien es cierto que el derecho debe mutar constantemente y responder con acierto a fenómenos sociales como el crimen, en cuanto a la resocialización como uno de los fines de la pena –desarrollada dentro de la teoría de la prevención especial positiva– los avances del derecho penal han sido nulos, pues desde hace casi un siglo sobrevive una idea imposible que se nos muestra plausible a primera vista y que fue *comprada* por países como Colombia, sin realizar un análisis serio de sus implicaciones, su alcance, su posibilidad material de realización, sus desventajas, pues como se mencionó con anterioridad su inclusión fue basada en lo que se decía por aquella época en Alemania.

Se concluyó que a través de la jurisprudencia las Altas Cortes colombianas en torno al concepto de resocialización y sus asociadas variaciones han sabido replicar el desorden teórico que se presenta entre los estudiosos del derecho penal. Esto por cuanto no existe claridad al momento de definir la resocialización y los conceptos *re* asociados a esta; porque sus pronunciamientos no guardan coherencia con lo que anteriormente se ha dicho al interior de cada uno de estos tribunales; porque al momento de dar una definición de lo que significa resocializar a un individuo que ha delinquido a través de la ejecución carcelaria, se hace uso excesivo de una retórica genérica en la que coinciden con algunos estudiosos de estos temas; porque al momento de entregar esas definiciones genéricas no es posible conocer de dónde han sido tomadas estas, pues las sentencias analizadas carecen de referencias al pie de página que indiquen si la idea es propia del magistrado que elabora la ponencia o si pertenece a alguien más o a una corriente teórica que en privado se consulta para construir los argumentos jurídicos, pero que en público (en las providencias) ni siquiera se enuncia como muestra de adhesión o rechazo a las mismas.

Referencias

- ANTÓN ONECA, J. (1944). La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena: discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- BACIGALUPO, E. (1999). *Derecho penal: Parte general*. Buenos Aires: Hammurabi.
- BACIGALUPO, E. (2006). *Hacia el nuevo derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi.
- BARATTA, A. (2004). *Criminología y sistema penal*. Buenos Aires: B de F.
- BERGALLI, R. (1972). *Criminología en América latina*. Buenos Aires: Pannedille.
- BERGALLI, R. (1982). *Crítica a la criminología*. Bogotá: Temis.

- BERGALLI, R. (1983). *El pensamiento criminológico. Tomo I y Tomo II*. Bogotá: Temis.
- BERISTAIN, A. (1985). *Ciencia penal y criminología*. Madrid: Tecnos.
- BERISTAIN, A. (1985). *Ciencia penal y criminología*. Madrid: Tecnos.
- BETTIOL, G. (1965). *Derecho penal: Parte general*. Bogotá: Temis.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., & HORMAZABAL, H. (1997). *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trota.
- Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (22 de Noviembre de 1969). Organización de Estados Americanos. San José, Costa Rica.
- CÓRDOBA, Miguel y RUÍZ, Carmen. (2001). *Teoría de la pena, Constitución y Código Penal. En: Revista de Derecho Penal y Criminología. vol. 22 no. 71*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CUBIDES CÁRDENAS, J. A., CHACÓN TRIANA, N., & MARTÍNEZ LAZCANO, A. J. (2015). El control de convencionalidad (CCV): retos y pugnas. Una explicación taxonómica. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 53-94.
- DE RIVACOBA, M. (1994). Franz von Liszt y el programa de Marburgo. En F. von Liszt, *La idea del fin del derecho penal* (págs. 7-26). México: UNAM.
- El Tiempo.com. (28 de Mayo de 2014). La historia del hombre condenado por robar chokolatinas. *El Tiempo*.
- Enciclopedia de la UNESCO. (1982). *Historia de la humanidad: El siglo diecinueve I, Tomo VII*. Barcelona: Editorial Planeta.
- Encyclopaedia Britannica. (1961). *Encyclopaedia Britannica Tomo VII*. USA.
- ESTRADA VÉLEZ, F. (1986). *Derecho penal: Parte general*. Bogotá: Temis.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1989). *Derecho penal fundamental. Tomo I y Tomo II*. Bogotá: Temis.
- FOUCAULT, M. (1963). *El Nacimiento de la Clínica: Una Arqueología de la Mirada Médica*. México: Siglo XXI.
- FOUCAULT, M. (1968). *Las palabras y las cosas: Una arqueología de las ciencias humanas*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- FOUCAULT, M. (1970). *La arqueología del saber* (1 ed.). Ciudad de México, México: Siglo XXI.
- FOUCAULT, M. (1970). *La Arqueología del Saber*. México: Siglo XXI Editores.
- FOUCAULT, M. (1980). Nietzsche, la genialología de la historia. En M. Foucault, *Microfísica del poder* (2 ed.). Ediciones de la Piqueta.

- FOUCAULT, M. (1998). *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión* (Vigésimoséptima ed.). Ciudad de México, México: Siglo XXI.
- GARCÍA-BORES, J. (2003). El impacto carcelario. En R. Bergalli, *Sistema penal y problemas sociales* (pág. 413). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA-PABLOS, A. (1979). La supuesta función resocializadora del derecho penal: Utopía, mito y eufemismo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 32, 645-700.
- GÓMEZ LÓPEZ, J. O. (2001). *Tratado de derecho penal: Parte general. Tomo I y Tomo II*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- GÓMEZ LÓPEZ, J. O. (2005). *Tratado de Derecho Penal: Parte General. Tomo III. La Tipicidad*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- HASSEMER, W., & MUÑOZ CONDE, F. (1989). *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- HOOD, R., & SPARKS, R. (1970). *Problemas clave en criminología*. Madrid: Guadarrama.
- HULSMAN, L. (2000). *Criminología crítica y control social: El poder punitivo del Estado*. Rosario, Argentina: Juris.
- JAKOBS, G. (1995). *Derecho penal: Parte general. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- JAKOBS, G. (2007). La pena estatal: significado y finalidad. En E. Montealegre, *Derecho Penal y Sociedad* (Vol. I, pág. 30). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- JESCHECK, H. H. (1981). *Tratado de Derecho Penal: Parte General* (Vol. I). Barcelona: Bosch.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1977). *Tratado de derecho penal. Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Losada.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1977). *Tratado de derecho penal. Tomo II*. Buenos Aires: Editorial Losada.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1978). *La ley y el delito: Principios de derecho penal*. Buenos Aires: Sudamericana.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1994). Corsi e ricorsi: La vuelta de von Liszt. En F. Von Liszt, *La idea del fin del derecho penal* (págs. 36-41). Méjico: UNAM.
- LANDROVE, G. (1976). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Barcelona: Bosch.
- Ley 16. (30 de Diciembre de 1972). Congreso de la República. *Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 33.780 de febrero 5 de 1973.

- Ley 74. (Enero de 1968). Congreso de la República. *Por la cual se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos*. Bogotá, Colombia.
- LÓPEZ MELERO, M. (2011). Los derechos fundamentales de los presos y su reinserción social. *Tesis doctoral (Doctora en derecho)*. Alcalá: Universidad de Alcalá.
- LUZÓN, D. M. (2013). *Lecciones de Derecho Penal: Parte General* (Segunda ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MARCO DEL PONT, L. (1975). *Penología y sistemas carcelarios*. Buenos Aires: Depalma.
- MAURACH, R. (1962). *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Ariel.
- MESA, L. E. (1974). *Lecciones de derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- MEZGER, E. (1958). *Derecho Penal: Parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- MIR PUIG, S. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Bosch.
- MIR PUIG, S. (1994). *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho* (1ª ed.). Barcelona: Ariel.
- MIR PUIG, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- MIR PUIG, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- MIR PUIG, S. (2011). *Bases constitucionales del derecho penal*. Iustel.
- MIR PUIG, S. (2011). *Derecho Penal: Parte General* (Novena ed.). Barcelona: Reppertor.
- MONROY RODRÍGUEZ, A. A. (2015). Construcción del enemigo del derecho penal desde los medios de comunicación. *Revista Advocatus*. Barranquilla, Colombia: Universidad Libre. Seccional Barranquilla.
- MUÑOZ CONDE, F. (1994). Política cimnal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 1034.
- MUÑOZ CONDE, F. (2003). *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F. (2011). La herencia de von Liszt. *Revista de derecho penal y procesal penal, Universidad de Buenos Aires. Fasc. 1*, 26.
- MUÑOZ, F. (1985). *Derecho penal y control social*. España: Fundación Universitaria de Jerez.
- MUÑOZ, F. (2001). *Introducción al derecho penal* (2ª ed.). Buenos Aires: Editorial B de F.

- NAUCKE, W. (2004). Principales problemas de la prevención general. Buenos Aires: B De F.
- NAVAS, A. (2000). *Nuevo Código Penal, Ley 599 de año 2000*. Bucaramanga: Ltda.
- NEUMAN, E. (1975). *La sociedad carcelaria: Aspectos penológicos y sociológicos*. Buenos Aires: Depalma.
- NIETZSCHE, F. (2001). *Aurora* (3 edición ed.). Madrid: Editorial Edaf.
- Noticias Caracol. (Julio de 2014). *Noticias Caracol*. Recuperado el 21 de Agosto de 2014, de <http://www.noticiascaracol.com/nacion/video-328232-hombre-condenado-11-veces-robar-chocolatinas-habla-tres-idiomias>
- Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos. (1966). Organización de las Naciones Unidas. *Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*. Nueva York, Estados Unidos: Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49 Lista de los Estados que han ratificado el pacto.
- PAVARINI, M. (2009). *Castigar al enemigo: Criminalidad, exclusión e inseguridad*. Quito: Facultad latinoamericana de ciencias sociales.
- PALÁEZ MEJÍA, J. M. (2013). Reglas de prueba en el incidente de reparación integral. *Revista Academia & Derecho*, 7 (4), 29-39.
- PÉREZ, L. C. (1975). *Tratado de derecho penal. Tomo I*. Bogotá: Temis.
- PÉREZ, L. C. (1977). *Tratado de derecho penal. Tomo II*. Bogotá: Temis.
- POLANCO POLANCO, A. (2015). Consideraciones epistémicas respecto de la decisión en materia procesal penal. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), 217-240.
- POQUET, A. (2005). *Temas de derecho penal y criminología*. Buenos Aires: Ediar.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1963). *Curso de derecho penal. Tomo I y Tomo II*. Madrid: Revista de derecho privado.
- REYES ECHANDÍA, A. (1976). *Derecho penal: Parte general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- REYES ECHANDÍA, A. (1987). *Criminología*. Bogotá: Temis.
- RIVERA, I. (2003). Historia y legitimación del castigo ¿hacia dónde vamos? En R. BERGALLI, *Sistema penal y problemas sociales*. (p. 83). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- ROXIN, C. (1976). *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Editorial Reus.
- ROXIN, C. (1976). Sentido y límites de la pena estatal. En C. Roxin (Ed.), *Problemas básicos del derecho penal* (p. 11). Madrid: Editorial Reus.
- ROXIN, C. (1981). *Culpabilidad y prevención en derecho penal*. Madrid: Reus.

- ROXIN, C. (1993). Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. En C. ROXIN, *Determinación judicial de la pena* (pág. 15). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho Penal: Parte general* (Vol. I). Madrid: Civitas.
- ROXIN, C. (2000). *La evolución de la política criminal: El Derecho Penal y el Proceso Penal*. Valencia: Editorial Tirant to Blanch.
- RUSCHE, G., & KIRCHHEIMER, O. (1984). *Pena y estructura social*. Bogotá: Editorial Temis.
- SÁINZ, J. (1975). *La ciencia del derecho penal y su evolución*. Barcelona: Bosch.
- SALVADOR, F. (1999). *Criminología: Causas y cosas del delito*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas.
- SÁNCHEZ VALLEJO, J. (2015). Entre la recepción y la omisión de una obligación internacional: el control de convencionalidad en el Consejo de Estado. *Revista Academia & Derecho*, 6(11), 183-226.
- SÁNCHEZ NOVOA, P. A. (2013). El fin del proceso un asunto cultural: la búsqueda de la verdad o la solución del conflicto. *Revista Academia & Derecho*, 4(7), 41-52.
- SAUER, G. (1956). *Derecho penal: Parte general*. Barcelona: Bosch.
- SCHUNEMANN, B. (1991). *El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Semana.com. (2014). La historia del hombre condenado por robar chokolatinas. *Revista Semana*.
- Sentencia 9188. (1995). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Juan Manuel Torres*. Bogotá D.C., Colombia.
- Sentencia 11931. (1997). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *Juan Manuel Torres*. Bogotá, Colombia.
- Sentencia 12694. (1999). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón*. Bogotá, Colombia.
- Sentencia 12800. (1997). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Ricardo Calvete Rangel*. Bogotá, Colombia.
- Sentencia 13439. (1997). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Ricardo Calvete Rangel*. Bogotá, Colombia.
- Sentencia 16627. (2002). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Carlos Augusto Gálvez Argote*, 60. Bogotá, Colombia.
- Sentencia 16428. (1991). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón*. Bogotá, Colombia.

- Sentencia 17979. (2001). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Carlos Eduardo Mejía Escobar*. Bogotá, Colombia.
- Sentencia 2297. (1998). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Guillermo Dávila Muñoz*. Bogotá, Colombia.
- Sentencia 21545. (2004). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Alfredo Gómez Quintero*. Bogotá, Colombia.
- Sentencia 24052. (2006). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Álvaro Orlando Pérez*. Bogotá, Colombia.
- Sentencia 33254. (2013). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: José Leónidas Bustos*. Bogotá, Colombia.
- Sentencia 35398. (2010). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca*. Bogotá, Colombia.
- Sentencia 35767. (2012). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. *M.P.: José Leónidas Bustos*. Bogotá, Colombia.
- Sentencia C-026. (2 de Febrero de 1995). Corte Constitucional. *M.P.: Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente No. D-653.
- Sentencia C-237. (20 de Mayo de 1997). Corte Constitucional. *M.P.: Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-1482.
- Sentencia C-261. (13 de Junio de 1996). Corte Constitucional. *M.P.: Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente L.A.T.-066.
- Sentencia C-261. (13 de Junio de 1996). Corte Constitucional. *M.P.: Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente L.A.T.-066.
- Sentencia C-394. (7 de Septiembre de 1995). Corte Constitucional. *M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-800.
- Sentencia C-430. (12 de Septiembre de 1996). Corte Constitucional. *M.P.: Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente D-1271.
- Sentencia C-549. (1 de Diciembre de 1994). Corte Constitucional. *M.P.: Carlos Gaviria Díaz*. Bogotá D.C., Colombia: Ref.: Expediente No. D-628.
- Sentencia C-580. (31 de Octubre de 1996). Corte Constitucional. *M.P.: Antonio Barrera Carbonell*. Bogotá, Colombia: Referencia: Expediente D-1177.
- Sentencia C-656. (28 de Noviembre de 1996). Corte Constitucional. *M.P.: Alejandro Martínez Caballero*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente L.A.T. 079.
- Sentencia T-1190. (4 de Diciembre de 2003). Corte Constitucional. *M.P.: Eduardo Montealegre Lynett*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Exediente T-716456.

- Sentencia T-1259. (5 de Diciembre de 2005). Corte Constitucional. *M.P.: Alvaro Tafur Galvis*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: Expediente T-1166276.
- TEODORO, R. (1993). La ejecución de la pena. En C. ROXIN, *Determinación judicial de la pena* (págs. 127-141). Bueno Aires: Editores del puerto.
- VELÁSQUEZ, F. (2009). *Derecho Penal: Parte General* (Cuarta ed.). Bogotá: COMLIBROS.
- VON LISZT, F. (1994). *La idea del fin del derecho penal*. México: UNAM.
- VON LISZT, F. (s.f.). *Tratado de derecho penal Tomo II* (3ª ed.). (T. d. alemana, Trad.) Madrid: Editorial Reus.
- VON LISZT, F. (s.f.). *Tratado de derecho penal. Tomo I* (3ª ed., Vol. Tomo II). Madrid: Editorial Reus.
- WELZEL, H. (2004). *El nuevo sistema del derecho penal*. Buenos Aires: B de F.
- ZAFFARONI, E. (1996). *Tratado de derecho penal. Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- ZAFFARONI, E. (1996). *Tratado de derecho penal. Tomo II*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- ZAFFARONI, E. R. (2002). *Derecho penal: Parte general*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

