

Reflexiones académicas alrededor del derecho

Coordinadoras académicas

Katerine Hernández Tirado
Daniela María Orozco Poveda



Universidad
Pontificia
Bolivariana

Sobre las coordinadoras académicas

Katerine Hernández Tirado

Abogada, Universidad de Medellín.
Doctora en Derecho de la Universidad
de Medellín. Magíster en Gobierno de la
Universidad de Medellín. Docente
investigador del Grupo COEDU de la
Universidad Pontificia Bolivariana
Seccional Montería.

Daniela María Orozco Poveda

Abogada, Universidad Pontificia
Bolivariana Seccional Montería. Magíster
en Derecho, Universidad de Medellín.
Estudiante del Doctorado en Estudios
Políticos y Jurídicos en la Universidad
Pontificia Bolivariana Sede Medellín.
Docente investigador del Grupo COEDU
de la Universidad Pontificia Bolivariana
Seccional Montería.

Reflexiones académicas alrededor del derecho

Coordinadoras académicas
Katerine Hernández Tirado
Daniela María Orozco Poveda

Autores

Sergio Orlando Silva Arroyave
Anne-Sophie Korb
Mauricio Andrés Gallo Callejas
Katerine Hernández Tirado
Daniela María Orozco Poveda
Ángel Torres Hernández
Berónica Narváez Mercado
Iván Espino Pichardo
Roberto Wesley Zapata Durán
Martha Gaona Cante
Lizeth Vargas Sánchez
Manuel Arturo Ortiz Sánchez
Mario César Tejada González
Angélica María Muskus Carriazo
Victoria Amalia Preciado Burgos
Juan José Taborda Álvarez
Daniel Torres Vargas
Henry José Devia Pernia
Hernán Andrés Carmona Garzón
Jahir Alexander Gutiérrez Ossa
Luz Elena Mira Olano

340.1
H557

Hernández Tirado, Katerine, Coordinador académico
Reflexiones académicas alrededor del derecho / Coordinadoras académicas, Katerine Hernández Tirado, Daniela María Orozco Poveda [y otros 20 autores] -- 1 edición -- Medellín : UPB, 2021.
230 páginas, 16,5 x 23,5 cm.
ISBN: 978-958-764-920-8 (versión digital)

1. Teoría del derecho. – 2. Conflicto armado – Aspectos jurídicos.
– 3. Derecho internacional – Asilo político – 4. Filosofía del derecho.
– I. Orozco Poveda Daniela María, coordinador académico – II. Título

UPB-CO / spa / RDA
SCDD 21 / Cutter-Sanborn

© Katerine Hernández Tirado
© Daniela María Orozco Poveda
© Sergio Orlando Silva Arroyave
© Anne-Sophie Korb
© Mauricio Andrés Gallo Callejas
© Ángel Torres Hernández
© Berónica Narváez Mercado
© Iván Espino Pichardo
© Roberto Wesley Zapata Durán
© Martha Gaona Cante
© Editorial Universidad Pontificia Bolivariana
Vigilada Mineducación

© Lizeth Vargas Sánchez
© Manuel Arturo Ortiz Sánchez
© Mario César Tejada González
© Angélica María Muskus Carriazo
© Victoria Amalia Preciado Burgos
© Juan José Taborda Álvarez
© Daniel Torres Vargas
© Henry José Devia Pernia
© Hernán Andrés Carmona Garzón
© Jahir Alexander Gutiérrez Ossa
© Luz Elena Mira Olano

Reflexiones académicas alrededor del derecho

ISBN: 978-958-764-920-8 (versión digital)

DOI: <http://doi.org/10.18566/978-958-764-920-8>

Primera edición, 2021

Programa de Derecho

Grupo: COEDU. Proyecto: Ideas de paz de las asociaciones de víctimas del conflicto armado.

Radicado: 193-017/17-G007.

Seccional Montería

Gran Canciller UPB y Arzobispo de Medellín: Mons. Ricardo Tobón Restrepo

Rector General: Pbro. Julio Jairo Ceballos Sepúlveda

Rector Seccional Montería: Pbro. Jorge Alonso Bedoya Vásquez

Vicerrector Académico: Álvaro Gómez Fernández

Decano de Escuela de Derecho y Ciencias Sociales: Jairo Alfonso Lora Villa

Directora Facultad de Derecho: Carmen Cecilia Diz Muñoz

Gestora Editorial Seccional Montería: Flora del Pilar Fernández Ortega

Editor: Juan Carlos Rodas Montoya

Coordinación de Producción: Ana Milena Gómez Correa

Diagramación: Sissi Tamayo Chavarriaga

Corrección de Estilo: Editorial UPB

Dirección Editorial:

Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 2021

Correo electrónico: editorial@upb.edu.co

www.upb.edu.co

Telefax: (57)(4) 354 4565

A.A. 56006 - Medellín-Colombia

Radicado: 2035-21-10-20

Prohibida la reproducción total o parcial, en cualquier medio o para cualquier propósito sin la autorización escrita de la Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.



Tabla de contenido

Presentación	9
---------------------------	----------

CAPÍTULO I

La justicia en la era de la globalización y su efecto en Colombia. .	12
---	-----------

Sergio Orlando Silva Arroyave, Anne-Sophie Korb

Introducción	12
La protección de los derechos humanos en la era global	16
La lucha contra la corrupción en la era global	35
Conclusión	53
Referencias	54

CAPÍTULO II

Análisis y retos de la Justicia prospectiva	61
--	-----------

Mauricio Andrés Gallo Callejas, Katerine Hernández Tirado, Daniela María Orozco Poveda

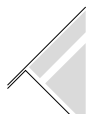
Introducción	61
1. Aproximación contextual	62
2. La justicia prospectiva como propuesta para la paz	67
3. Un concepto altamente problemático: sus retos teóricos	72
Conclusiones	78
Referencias	79

CAPÍTULO III

El derecho evoluciona para construir paz en Colombia.....	81
--	-----------

Ángel Torres Hernández, Berónica Navárez Mercado

Introducción	81
1. El derecho como herramienta de regulación de los conflictos	84
2. La ley como herramienta de paz	85
3. Cuando la intención del derecho es buena, pero no suficiente	89
4. Acuerdo de paz firmado con las FARC-EP	93



Conclusiones	97
Referencias	98

CAPÍTULO IV

La tetradimensionalidad de la paz jurificada..... 100

Iván Espino Pichardo, Roberto Wesley Zapata Durán, Martha Gaona Cante

Introducción	100
1. La legitimidad del derecho	101
2. El derecho en el Estado constitucional	104
3. Tipos normativos en el Estado constitucional	106
4. La paz jurificada.....	108
5. La tetradimensionalidad de la paz como valor	116
6. La arquitectura del Estado con la paz como valor fundante	124
Conclusiones	126
Referencias	127

CAPÍTULO V

La relación del conflicto armado con la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad en el departamento del Cauca 131

Lizeth Vargas Sánchez, Manuel Arturo Ortiz Sánchez, Mario César Tejada González

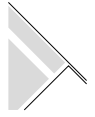
Introducción	132
1. Aproximación jurisprudencial a la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad	134
2. Resultados de la investigación	144
Conclusiones	156
Referencias	158

CAPÍTULO VI

Éxodo latinoamericano: análisis jurídico del derecho de asilo en España frente a solicitantes latinoamericanos..... 167

Angélica María Muskus Carriazo, Victoria Amalia Preciado Burgos

Introducción	167
--------------------	-----



Éxodo latinoamericano.....	169
La deficiencia de la justicia y el éxodo latinoamericano	170
Concepto de asilo y refugio.....	172
Regulación del Derecho de Asilo en España	174
Conclusiones	179
Referencias	180

CAPÍTULO VII

Evolución, perspectivas y tendencias de la formación

jurídica en el mundo 183

Jahir Alexander Gutiérrez Ossa, Luz Elena Mira Olano

Introducción	184
1. Evolución de los sistemas jurídicos frente a los retos de formación profesional en derecho.....	186
2. Metodica de la investigación e investigación jurídica en la formación profesional del derecho	190
3. Formación en consultoría jurídica, estructuración jurídica de proyectos e inversiones internacionales, experto en sistemas jurídicos, en geografía y gerencia jurídicas en Colombia	195
Conclusiones	199
Referencias	200

CAPÍTULO VIII

Populismos. Repercusión en la universidad

y movimientos estudiantiles 203

Juan José Taborda Álvarez, Daniel Torres Vargas, Henry José Devia Pernia,

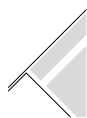
Hernán Andrés Carmona Garzón

Introducción	203
1. Devenir histórico del concepto populismo	205
2. Populismo en la universidad.....	215
3. Formas de paliar el populismo en la universidad.	220
Conclusiones	225
Referencias	227

Lista de Gráficos y Tablas

Gráfica 1:	Líderes asesinados por año de ocurrencia.	92
Gráfica :	Procesos consultados.	145
Gráfica 3:	Procesos de reparación directa relacionados con la privación injusta de la libertad	146
Gráfica 4:	Procesos de reparación directa relacionados con la privación injusta de la libertad.	146
Gráfica 5:	Casos en despacho judicial	147
Gráfica 6:	Muestra de la investigación	148
Gráfica 7:	Procesos condenatorios relacionados con el conflicto armado.	148
Gráfica 8:	Naturaleza del actor armado.....	149
Gráfica 9:	Tipos de delitos.....	150
Gráfica 10:	Municipio de ocurrencia de los hechos.	151
Gráfica 11:	Autoridad que ordenó la privación de la libertad	152
Gráfica 12:	Autoridad que ordenó la libertad.....	152
Gráfica 13:	Duración de la privación de la libertad.....	153
Gráfica 14:	Régimen de responsabilidad.	154
Gráfica 15:	Título de imputación.....	154
Gráfica 16:	Perjuicios reconocidos.	155
Gráfica 17:	Cuantía de los perjuicios.	156
Ilustración 1:	Formas de realizar investigaciones jurídicas.	194
Ilustración 2:	Recorrido que un investigador jurídico-social sigue en la realización de una investigación.	199

Presentación

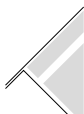


El libro *Reflexiones académicas alrededor del derecho* nace como respuesta a la propuesta epistemológica y de enseñanza que se ha planteado el programa de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, Seccional Montería, “*dicha apuesta epistémica encuentra su pilar fundamental en el derecho como fenómeno y en el derecho como saber*” entendido el primero como fenómeno lingüístico normativo y político que incide en la vida de la personas que integran los territorios, y el segundo “*como constructo social e histórico sumergido en una permanente dinámica de transformación*”. (Escuela de Derecho. Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Montería, 2019)

La concepción del derecho como saber no es más que la respuesta al conocimiento de un fenómeno que, además de lingüístico-normativo, es social y político y, como tal, tiene una incidencia directa en la vida de las personas. Por ello dicha concepción del Derecho dio lugar a la construcción de un proyecto de investigación denominado *Imaginario de paz de las víctimas del conflicto en la ciudad de Montería*; una de las apuestas de ese proyecto era conocer las discusiones que académicos afines con la investigación en paz y justicia estuvieran trabajando.

En la búsqueda de estas investigaciones que ahonden en los temas de reflexión, seleccionamos ocho capítulos de resultados para que hicieran parte de este libro y se presentan así:

El primero hace referencia al concepto de justicia global y los efectos que esta ha tenido en Colombia respecto al Estado, a las empresas y



a los ciudadanos delimitado a dos de los principales problemas que tiene en la actualidad el país: la protección de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción.

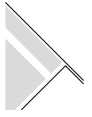
El segundo capítulo analiza el concepto de justicia prospectiva en dos momentos; el primer momento desde un recuento histórico a partir de 1886 que da cuenta de que las decisiones que se tomaron no lograron frenar la violencia para lograr la paz. Y, en un segundo momento, el concepto de justicia prospectiva desde su génesis, retos y desafíos.

En el tercer capítulo los autores realizan un estudio histórico de los acuerdos de paz desde 1989 hasta la fecha y analizan, específicamente, cada uno de los procesos de justicia transicional como eje determinante para el paso de un Estado en guerra a uno en paz.

En el cuarto capítulo los autores plantean la paz como tipo normativo operable en cuatro dimensiones: i) la paz como norma en procedimientos sustanciados por particulares frente al Estado, ii) la paz como eje para el arreglo pacífico de controversias entre Estados, iii) la paz como valor y derecho que debe ser garantizado por el Estado a titulares y, iv) la paz como protección a la humanidad e integridad de los sistemas ecológicos.

El texto *La relación del conflicto armado con la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad en el departamento del Cauca*, realiza un análisis de la incidencia del conflicto interno armado colombiano con la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad dentro de los procesos de reparación directa en la jurisdicción contenciosa administrativa del departamento de Cauca entre los años 2007 y 2018. En este capítulo se encuentra la identificación de los procesos de reparación directa tramitados en primera y segunda instancia, en los cuales se profirieron fallos condenatorios en el periodo de estudio y la indagación de los factores del conflicto armado que incidieron en la declaratoria de responsabilidad del Estado colombiano.

Por su parte, el capítulo titulado *Éxodo latinoamericano: análisis jurídico del derecho de asilo en España frente a solicitantes latinoamericanos*, las autoras



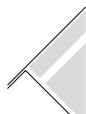
exponen un análisis desde el punto de vista jurídico de la regulación del Derecho de Asilo en España como principal destino europeo de los latinoamericanos que reúnen los requisitos del Estatuto del refugiado y examinan el régimen de la protección internacional y concretamente del Derecho al Asilo para poner de manifiesto las cifras y la situación actual.

En el capítulo séptimo se analizó la evolución de la formación profesional jurídica en el contexto global, conforme a los sistemas jurídicos internacionales para proponer la reorientación en la enseñanza del derecho desde un modelo interdisciplinario y coherente con las circunstancias internacionales.

En el octavo capítulo los autores presentan la universidad como un espacio de libertad intelectual mediante el ejercicio del pensamiento crítico que, pese a los esfuerzos de los académicos por mantenerlo objetivo, poco a poco, ha recibido influencia de un populismo que es capaz de despertar sentimientos anti sistémicos en las masas, con enemigos, muchas veces, irreales, desde cualquier corriente ideológica y política y con un discurso demagógico en el que se dice lo que las masas piensan y sienten.

En este orden de ideas, la propuesta de este libro es presentar una mirada desde lo teórico y social de cómo el derecho ha evolucionado para dar lugar a ideas como justicia global, justicia prospectiva o la tetradimensionalidad de la paz. Y es que analizar el derecho desde un contexto de conflicto permite crear estudios en los que el eje central sea la relación entre derecho, paz, libertad y seguridad.

Katerine Hernández Tirado
Daniela María Orozco Poveda
Las coordinadoras académicas
UPB, Seccional Montería



CAPÍTULO I

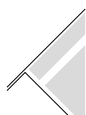
La justicia en la era de la globalización y su efecto en Colombia.

Un análisis centrado en los derechos humanos y en la corrupción¹

Sergio Orlando Silva Arroyave²

Anne-Sophie Korb³

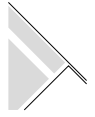
Introducción

 La globalización es un cúmulo de “procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican mediante actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios” (Beck, 1998, pág. 34). La sociedad del riesgo global (Beck, 2002) en la que vivimos, está marcada por la intensificación en las relaciones internacionales, debido al desarrollo de las nuevas tecnologías

¹ La presente contribución forma parte de la investigación sobre los Conflictos interpretativos entre las Altas Cortes en Colombia. Las citas de referencias en lengua extranjera fueron traducidas por los autores.

² Magíster en Derecho público comparado y Doctor en Derecho de la Université Panthéon-Assas (Paris II - Francia). Docente investigador del Tecnológico de Antioquia (Medellín - Colombia).

³ Magíster en Derecho internacional privado y comercio internacional de la Université Panthéon-Assas (Paris II - Francia), Magíster especializado en Derecho internacional de los negocios y gestión del Essec Business School (Francia), y Doctorante en Derecho en la Université Panthéon-Assas (Paris II - Francia).

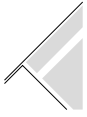


de la comunicación, al mejoramiento de los medios de transporte y a la apertura de las fronteras. El progreso de la globalización ha estado acompañado de la emergencia de nuevos desafíos como la lucha contra la pobreza extrema y las desigualdades en el mundo y la aparición de amenazas globales deslocalizadas, como el colapso de los mercados financieros globales, el terrorismo, el narcotráfico, los problemas ambientales, el poder de las redes sociales, entre otros. Estos desafíos, que son comunes tanto para los países desarrollados como para los países en desarrollo, no pueden ser resueltos por los Estados de manera aislada, sino que necesitan de la cooperación de todos ellos.

En la era global, nuestra manera de pensar se ha ido transformando con la eliminación progresiva de las fronteras entre los Estados, lo que ha permitido la circulación de las ideas y de las culturas de otras partes del mundo. Esto ha derivado en cuestionamientos sobre la manera en la que funcionan los Estados frente a otras experiencias, lo que es continuamente resaltado en los diferentes informes que presentan tanto las organizaciones internacionales, como las organizaciones no gubernamentales.

El fenómeno de la globalización ha producido múltiples consecuencias sobre la sociedad, la política, la economía y el derecho. Entre las transformaciones notables en el marco jurídico y político se encuentra el debilitamiento de los poderes del Estado-nación y de las ramas clásicas del poder público. Debido a que las soluciones a los nuevos desafíos están sobrepasando las capacidades de los Estados y están llegando a un nivel global. De esta forma, el papel de las jurisdicciones y su capacidad para aplicar justicia en los casos concretos está cambiando radicalmente.

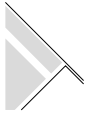
La justicia en la era global sigue siendo, según Rawls, “la primera virtud de las instituciones sociales” (2006, 17), que tiene como principal finalidad definir “el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y los deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social” (2006, 20). Sin embargo, en la era global se han presentado cambios en el nivel de las jurisdicciones y en los criterios que deben tenerse en cuenta en el momento de realizar la distribución de derechos y de deberes fundamentales.



Respecto al nivel de las jurisdicciones, se observa que en la era global no solo existen Cortes o Tribunales de orden nacional encargados de resolver los litigios y sancionar a los infractores, sino que también se ha creado un grupo de órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales internacionales, como el Comité de derechos humanos, creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas; o regionales, como la Comisión interamericana y la Corte interamericana de derechos humanos (Rodríguez, 2011, 238). El estudio de estas nuevas jurisdicciones se hace con la expresión de justicia internacional o, de una manera más amplia, con la expresión de justicia transnacional. Esto se debe a que la palabra internacional significa entre las naciones, mientras que la palabra transnacional hace referencia a una situación que trasciende las fronteras de las naciones. Además, en la era de la globalización las Cortes y Tribunales de orden nacional no solo se limitan a aplicar el derecho creado por sus Estados, sino también el derecho creado en los contextos internacional o regional que se inserta en los Estados a través de las leyes de transposición.

Los órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales internacionales o regionales permiten sancionar a los Estados que incumplieron las obligaciones que tienen naturalmente frente a sus ciudadanos o que asumieron respecto a la comunidad internacional. Estas obligaciones pueden ser tradicionales o de *soft law*, las cuales “no tienen un valor normativo imperativo, no crean derechos ni obligaciones, pero ejercen una influencia reguladora” sobre los actos de los Estados (Guinchard, 2017, 439).

No obstante, estos órganos internacionales o regionales no son capaces de imponer sanciones en contra de los Estados que, sin desconocer el derecho internacional o regional, pero abusando de su poderío económico, geográfico o militar, le quita la posibilidad a otro Estado de perfeccionarse y de tener prosperidad. Por esta razón los partidarios de la justicia global, que definen los criterios que deben tenerse en cuenta por las jurisdicciones, afirman que todas las personas, las empresas o, en general, los Estados, son responsables de los efectos negativos de sus actos o de sus omisiones, no solo por lo que sucede en sus Estados, sino por lo que sucede en todo el mundo (Brock, 2015). Esto, por cuanto en

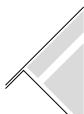


la era global se ha aceptado que no es “plausible que los intereses de los Estados —es decir, los intereses de los gobiernos— deban proporcionar las únicas consideraciones moralmente relevantes en las relaciones internacionales” (Pogge, 2008, 103).

Teniendo en cuenta estas ideas, se observa que no es lo mismo la justicia internacional o regional que la justicia global. “El punto clave de diferencia entre estas dos nociones implica aclarar las entidades entre las cuales se busca la justicia” (Brock, 2015). En la justicia internacional o regional los Estados son los actores principales y se analiza si estos están cumpliendo con sus obligaciones dentro de sus territorios y respecto de otros Estados. Mientras que en la justicia global el eje central no son los Estados sino las personas, independientemente del Estado en el que se encuentren. De esta forma, los análisis de la justicia global atraviesan los caparzones de los Estados “y se preguntan en qué consiste la justicia entre los seres humanos” (Brock, 2015).

Los análisis realizados en el marco de la justicia internacional o regional o de la justicia global implican que hoy en día los Estados, las empresas y los particulares no son solamente responsables frente a sus ciudadanos y a sus gobiernos, sino que ellos también son responsables frente a otros Estados, frente a las organizaciones internacionales y frente a todos los demás seres humanos del planeta.

Este nuevo contexto de la justicia en la era global ha creado necesariamente nuevas obligaciones al Estado, a las empresas y a los particulares en Colombia y les ha producido nuevos derechos y nuevas esferas de protección para reclamar el respeto de sus derechos cuando el Estado colombiano no lo ha hecho. De esta forma, se hace necesario analizar los efectos que en Colombia ha generado la justicia en la era global respecto al Estado, a las empresas y a los ciudadanos. Sin embargo, estos efectos son muy amplios, puesto que tocan un sinnúmero de aspectos económicos, sociales, políticos o medio ambientales. Por ello, nos limitaremos a analizar los efectos de la justicia en la era global en Colombia acerca de dos de los principales problemas que tiene en la actualidad el país: la protección de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción.



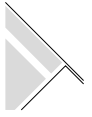
La protección de los derechos humanos en la era global

Los derechos humanos en la era global no son comprendidos exactamente de la misma manera, como lo eran en el siglo XVII y XVIII. Sin embargo, continúan siendo una de las cuestiones que más atraen a las personas, toda vez que de ellos depende la realización de sus proyectos de vida y, en general, su felicidad. La protección de los derechos humanos es sin duda una de las temáticas de intereses particularmente a los colombianos, puesto que, no obstante, los esfuerzos que el país ha realizado son muchas las violaciones que se siguen presentando por la continuación del conflicto armado, por los altos niveles de desigualdad social y por la falta de voluntad política. De esta forma, con la finalidad de identificar si en la era global los derechos humanos de los colombianos están mejor protegidos, es necesario analizar, en un primer momento, la concepción plural de los derechos humanos (A), para luego, analizar, en un segundo momento, la eficiencia de la protección de los derechos humanos en la era global (B).

A. La concepción plural de los derechos humanos en la era global

Los derechos humanos aparecieron en la historia cuando en los siglos XVII y XVIII, filósofos europeos como Grocio (1925), Pufendorf (1732), Locke (2005) o Kant (1989), dedujeron del derecho natural, que existían unos derechos que “cada ser humano tiene uno contra el otro, en todo momento, en todos los lugares, en todas las condiciones, y simplemente en virtud de su humanidad” (Wenar, 2005, 285)⁴. Así, por ejemplo, Pufendorf en su libro referido al derecho de la naturaleza y de las naciones, publicado en 1672, consideró que el derecho natural se conforma por “los actos, que en sí mismos, contienen algo moralmente honesto o deshonesto, son de su naturaleza obligatorios o ilegales y se

⁴ Aunque, “estudios recientes afirman que esta idea de los derechos naturales se originó mucho antes, en el pensamiento medieval temprano o incluso antes”. (Cruft, Liao & Renzo, 2015, 4). Ver, por ejemplo: Ishay (2004).

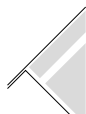


consideran por eso como necesariamente ordenados o prohibidos por Dios” (1732, 173). De esta forma, todas las personas tenían la obligación de actuar de tal manera que contribuyeran al mantenimiento de “una sociedad pacífica con todos los demás, de acuerdo con la constitución y el propósito de toda la raza humana sin excepción” (1732, 195).

Los derechos identificados por los filósofos en ese primer momento histórico son los derechos conocidos actualmente como los derechos de la primera generación⁵, que buscan proteger los derechos individuales de las personas, como la vida, la igualdad, la libertad, la propiedad, la participación en política, el debido proceso y la presunción de inocencia. Estos derechos, en las concepciones del derecho natural, no dependían de los monarcas o de los Estados, porque siendo inherentes a los seres humanos, eran anteriores a ellos. Sin embargo, los Estados habían sido fundados precisamente con la finalidad de proteger esos derechos que, de manera natural, tienen los humanos.

Según las concepciones clásicas del derecho natural, los derechos humanos eran universales, porque los tenían todos los seres humanos, sin que dependiera de las condiciones o circunstancias del lugar en el que se encontraran. La universalidad implicaba entonces una existencia independiente, toda vez que “las personas tenían los derechos humanos independientemente de las prácticas, la moral o la ley de su país o cultura” (Nickel, 2019). Los derechos humanos eran considerados también como absolutos, porque eran calificados como supremos y de alta prioridad para los Estados e inalienables, porque “su titular no podía perderlos temporal o permanentemente por mala conducta o por renunciar voluntariamente a ellos” (Nickel, 2019). De esta forma, los derechos humanos en su concepción original, aunque no estuvieran todavía reconocidos en ningún Estado, eran teóricamente globales, puesto que deberían ser protegidos sin importar el lugar en el que se encontraran las personas.

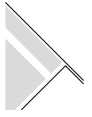
⁵ La idea de generaciones de derechos fue acuñada por Karel Vasak en la década de 1977. Sin embargo, aunque es una clasificación ampliamente utilizada, es bastante criticada desde un punto de vista cronológico y teórico. Ver: (Domaradzki, Khvostova & Pupovac, 2019).



Teniendo en cuenta estas ideas, a finales del siglo XVIII, con la finalidad de liberarse de los gobiernos despóticos que los oprimían, los norteamericanos y los franceses adoptaron los derechos humanos dentro de sus normas positivas internas para cimentar el gran cambio político, social y económico que buscaban realizar en sus países. Así, por una parte, los norteamericanos, para fundamentar su declaración de independencia de Inglaterra, afirmaron el 4 de julio de 1776, que “todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables, que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad” (Declaración de independencia de los Estados Unidos de América, 1776)⁶. Por otra parte, los franceses afirmaron en su Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que hacían “una Declaración solemne [de] los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes”. (Declaración de los derechos del Hombre y del ciudadano, 1789).

En Colombia, en el momento de la declaración de su independencia, se adoptaron estas mismas ideas del derecho natural sobre los derechos que los humanos tenían de forma inherente. Así, por ejemplo, se afirmó en el Acta preconstitucional del Estado libre e independiente del Socorro del 10 de julio de 1810, que se rompía el vínculo social con la tiranía y le era restituido al “pueblo del Socorro la plenitud de sus derechos naturales e imprescriptibles de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad” (Restrepo, 2004, 25).

⁶ Esta declaración se asemeja mucho a la hecha el 12 de junio de 1776 por el pueblo de Virginia, cuando afirma que: “todos los hombres son por su naturaleza libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o despojar a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad”. (Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia, 1776).

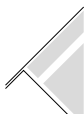


Fueron precisamente las ideas del derecho natural, las que permitieron a los próceres de las independencias en América y a los revolucionarios en Europa, abolir el régimen monárquico absolutista que oprimía a estos pueblos, para poder establecer nuevos gobiernos republicanos que protegieran los derechos de los ciudadanos (Langlois, 2017, 12). Sin embargo, aunque estos derechos empezaron a ser reconocidos expresamente por algunos Estados, no tenían en la práctica un carácter universal o global, toda vez que solo eran medianamente protegidos en los Estados que los habían reconocido.

Esta concepción de los derechos humanos y la adopción de declaraciones no fueron aceptadas por los principales filósofos de la época. Es así como importantes autores, sobre todo ingleses, se opusieron a la existencia de unos derechos universales, que se dedujeran de la naturaleza misma de los hombres, porque existía una amplia variedad de culturas y de concepciones que hacía imposible definir cuáles eran esos derechos. Y, por ejemplo, Burke “no rechazó los derechos como tales, pero rechazó la idea de que los derechos eran naturales. [...] Para el autor], el hombre tenía derechos debido a las tradiciones e instituciones orgánicas de su sociedad. [...] Así], las diferentes comunidades políticas podían construir diferentes derechos” (Langlois, 2017, 15).

Durante muchos años los críticos de la universalidad de los derechos humanos tuvieron razón, porque, aunque sus concepciones no fueron mayoritarias, en la práctica los derechos humanos solo eran medianamente protegidos en aquellos Estados que los habían adoptados dentro de sus normas positivas, es decir, los derechos humanos en lugar de ser universales o globales eran simplemente estatales. Sin embargo, en este momento histórico Colombia estaba a la vanguardia, puesto que en todas sus constituciones siempre reconoció en mayor o menor grado los derechos humanos.

Las cosas comenzaron a cambiar cuando la necesidad de reconstruir los países destruidos por la Segunda Guerra Mundial y la necesidad de dotarse de mecanismos de protección para evitar el surgimiento de otro conflicto global, exigieron la creación de las Naciones Unidas y el reconocimiento mundial de unos derechos mínimos que todos los

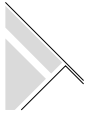


Estados debían garantizar para evitar la producción de nuevos conflictos. De esta forma, aunque no se habían resuelto las discusiones teóricas creadas por el derecho natural⁷, la Declaración universal de los derechos humanos adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas en 1948, reconoció la existencia de “unos derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana” (Preámbulo). A través de esta Declaración se les dio a los derechos humanos una relevancia global, puesto que comprometió a los Estados para asegurar “el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre” (Preámbulo).

Dentro de esta Declaración también fueron reconocidos los derechos denominados como de segunda generación o económicos, sociales y culturales, que buscan proteger la educación, el trabajo, la alimentación, la salud y la seguridad social (artículos 22 a 27). Estos derechos nacieron “en las jóvenes democracias europeas y americanas del siglo XIX, vinculados a la idea de igualdad que defendían los sectores sociales en el marco de los procesos de industrialización” (Castro, Restrepo & García, 2007, 79).

A partir de esta Declaración, junto con los demás pactos, protocolos y convenciones adoptados en el seno de las Naciones Unidas, los derechos humanos dejaron de ser simplemente estatales y empezaron a adquirir un carácter global, puesto que la violación de estos derechos por alguno de los Estados parte, “pueden permitir y en algunos casos, exigir moralmente la interferencia de la comunidad internacional” (Wenar, 2005, 285). Esto implica que las protecciones de los derechos humanos ya no dependen solamente de la voluntad política y de las acciones que adopten los Estados respecto a sus ciudadanos, sino que ellas dependen también de los otros Estados y de las organizaciones internacionales encargadas de proteger estos derechos. Es así como, en la actualidad, los derechos humanos no son solo protegidos por el

⁷ Hoy en día estas discusiones todavía siguen vigentes. Ver: (Cruft, Liao & Renzo, 2015, 1-36).



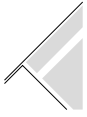
derecho interno de los Estados, sino también por el derecho internacional de los derechos humanos.

La obligatoriedad de los derechos humanos en el ámbito transnacional fue reforzada con la creación de varios mecanismos regionales de protección en Europa, en América y en África, gracias a que, aunque los derechos humanos protegidos en lo regional son prácticamente los mismos que los protegidos en las declaraciones y pactos universales, “los sistemas regionales funcionan como emisarios locales de un mensaje global y usan procedimientos y mecanismos de supervisión propios y más desarrollados que aseguran la protección local de los derechos con una mayor posibilidad de éxito” (Arnaud, 2010, 173).

Esta situación es benéfica para los ciudadanos colombianos, porque en estas condiciones tienen un mecanismo adicional de protección de sus derechos humanos cuando el Estado colombiano los viola, no investiga diligentemente las denuncias, no acepta su responsabilidad en la violación de los derechos humanos, dilata las investigaciones o se abstiene de sancionar a los responsables. Esto, por cuanto el párrafo 3 a) del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles de 1966 “obliga a los Estados a adoptar medidas eficaces para investigar las violaciones de derechos humanos con rapidez, a fondo y de manera efectiva mediante órganos independientes e imparciales” (Unión Interparlamentaria & ONU, 2016, 37)⁸.

Este movimiento de creación de organizaciones internacionales encargadas de proteger los derechos humanos se vio reforzado con la creación de otras organizaciones internacionales que buscan proteger especialmente algunos derechos de segunda y tercera generación. Entre ellas se encuentran particularmente, en primer lugar, la Organización Internacional del Trabajo, constituida en 1919 y convertida en una agencia especializada de las Naciones Unidas en 1946, que busca la adopción por todos los Estados parte de un “régimen de trabajo realmente

⁸ Ver: la Observación general No. 31, del 26 de mayo de 2004, párrafo 15 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.



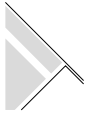
humano” (Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, 1919). En segundo lugar, se encuentra la Organización Mundial de la Salud, creada en 1949, con la idea de que “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano” (Constitución de la Organización Mundial de la Salud, 1949). En último lugar, se encuentra la Organización Mundial del Comercio, creada en 1995, con la finalidad de elevar, a través del comercio, los niveles de vida, de lograr el pleno empleo, de optimizar la utilización de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurar, proteger y preservar el medio ambiente, entre otros. (Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, 1995).

No obstante, este mismo movimiento de adopción de declaraciones, de creación de organizaciones internacionales y de responsabilidad internacional de los Estados por los actos realizados frente a sus nacionales, puso en alerta a los Estados orientales que no comparten la misma visión de los derechos humanos aceptada en Occidente. De esta forma, los partidarios del imperialismo consideran que “los derechos humanos lejos de ser una protección para todas las personas en todas las partes del mundo son una herramienta política que se ha utilizado para promover y defender los intereses occidentales” (Langlois, 2017, 19). Encubriendo así, “un complejo sistema de manipulación política global” (Langlois, 2017, 19).

Esta crítica ha sido presentada particularmente en:

“(…) declaraciones regionales de derechos humanos, como la Declaración de Bangkok de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, la Carta de Banjul de algunos países africanos y las dos declaraciones islámicas. Estas declaraciones destacan las incompatibilidades con el concepto central de los derechos humanos, especialmente su universalidad, la protección del individuo y la igualdad de trato de las personas” (Kreide, 2005, 242).

Estas declaraciones en lugar de centrarse en los derechos de las personas y afirmar sus derechos individuales y políticos, se centran en sus

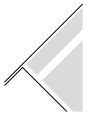


obligaciones, en los derechos que tiene toda la sociedad y en la protección de la familia (Kreide, 2005, 242). “Además, hacen hincapié en el Derecho al Desarrollo, que exige relaciones comerciales internacionales justas entre los Estados y que se centra en la colectividad social y no en los individuos” (Kreide, 2005, 242).

Otra dificultad que ha creado el movimiento de adopción de declaraciones internacionales es la creciente presión que existe “para expandir las listas de derechos humanos para incluir nuevas áreas. Puesto que a muchos movimientos políticos les gustaría ver sus principales preocupaciones clasificadas como asuntos de derechos humanos, ya que esto publicitaría, promovería y legitimaría sus preocupaciones internacionales” (Nickel, 2019). Sin embargo, esto podría derivar en una inflación de los derechos humanos que haría perder valor o importancia a estos derechos al punto que empiecen a ser tratados como cualquier otro derecho protegido dentro de los Estados (Nickel, 2019).

Estas críticas a los derechos humanos en la era global no afectan la realidad colombiana, porque, de una parte, se trata de un país occidental que comparte las mismas concepciones predominantes en las Declaraciones universales de derechos humanos. Por otra parte, porque siendo un país en el que, en muchos casos, las protecciones a los derechos deben lograrse en sede judicial por las falencias de los órganos de representación política (Cepeda, 2005), el reconocimiento internacional de nuevos derechos humanos permite aumentar la protección de los derechos de los colombianos por lo menos internacionalmente. Sin embargo, en Colombia deberían analizarse mejor las críticas propuestas porque acentuar el desarrollo social, más que individual, como lo proponen las Declaraciones asiáticas o limitar el número de derechos humanos podría permitir un desarrollo más equitativo y coherente en nuestro Estado.

Más allá de las críticas que puedan formularse en contra del derecho internacional de los derechos humanos, después del final de la Guerra Fría, se ha estado instituyendo otra vertiente del pensamiento que se centra en el estudio y la protección de los derechos humanos, pero en lugar de hacerlo desde el punto de vista del derecho internacional, lo hace desde la concepción de lo que se ha conocido como la justicia

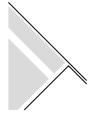


global (Cortes, 2013, 110). Esto, por cuanto se ha observado que “la concepción tradicional del mundo de las relaciones internacionales, habitado únicamente por Estados, es insatisfactoria” (Pogge, 2008. 103).

Esta reciente corriente filosófica considera que los problemas de pobreza, de abuso del poder público y de la violación de los derechos humanos, no es un asunto que interesa internamente a cada uno de los Estados del mundo, sino que es un tema en el que los ciudadanos de todos los Estados son responsables, aunque en su Estado en particular no existan estos problemas (Pogge, 2008. 104)⁹. De esta forma, los reproches morales que se pueden hacer a los comportamientos de las personas y de las autoridades no están limitados a cada uno de los Estados, sino que pueden realizarse de una manera global.

De esta forma, se plantea, por ejemplo, una revisión de las relaciones internacionales en las que, de un lado, se “admite que los gobernantes, simplemente porque ejercen el poder efectivo dentro de un Estado, están autorizados a conferir derechos de propiedad legalmente válidos sobre los recursos de ese Estado y a endeudarse en su nombre” (Pogge, 2008. 104), para tener los recursos necesarios y someter al pueblo. Por otro lado, se ha definido un conjunto de tratados internacionales en los que se le ha dado “mucho peso a los intereses de [las] élites empresariales nacionales y poco peso a los intereses de la población pobre y vulnerable de los países en desarrollo” (Pogge, 2008. 106). Así, por ejemplo, se pone en evidencia que “durante el período de globalización reciente, solo una cuarta parte de los países en desarrollo, y solo una décima parte de los países más pobres en desarrollo, tuvieron un crecimiento del PIB per cápita que superaba al de los países de altos ingresos como grupo” (Pogge, 2012, 52).

⁹ “Los ciudadanos de los países ricos están potencialmente involucrados en los horrores que tantas personas deben padecer en los países menos desarrollados, así como en la violencia y el hambre que se infligen a esas personas” (Pogge, 2008. 104).

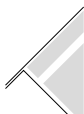


Esta nueva forma de analizar las relaciones internacionales podría producir beneficio en cuanto a la protección de los derechos humanos en Colombia, puesto que permitiría que se tomen las medidas correctas en el contexto internacional para que fuese efectiva la protección de los derechos de los colombianos, para que se favoreciera el progreso del país y para que este desarrollo beneficie por igual a todos los ciudadanos.

De esta manera, se constata que en la era de la globalización, aunque los derechos humanos han sido reconocidos por muchos Estados en el mundo, no se tiene de ellos una misma y única concepción. Por una parte, en muchos de los Estados occidentales que los han reconocido desde hace años se cuestiona todavía sus características de universales, absolutos e inalienables. Al punto que se sigue discutiendo su verdadero fundamento y la lista de los derechos que pueden ser considerados como humanos. Por otra parte, en los Estados orientales se critican los derechos humanos por sus finalidades políticas y por el hecho de estar centrados en los individuos, cuando deberían estar centrados en la familia y en la sociedad en general.

Desde el punto de vista de las protecciones internacionales los derechos humanos están también lejos de tener una única y sola concepción. Puesto que los filósofos de la justicia global han demostrado que la manera como están organizadas las relaciones internacionales es ineficiente en el momento de buscar una real protección de los derechos humanos de todas las personas del mundo y un perfeccionamiento armónico de todos los Estados.

Sin embargo, más allá de estas discusiones teóricas o diplomáticas que muestran la concepción plural de los derechos humanos a la era global, las personas requieren, para el correcto disfrute de sus vidas, que las medidas puestas en prácticas sean capaces de proteger sus derechos en los casos concretos. Es por esto por lo que, teniendo en cuenta el lugar en el cual Colombia se encuentra en el mundo y el momento por el cual transita su desarrollo económico, se hace necesario analizar si es eficiente o no la protección de los derechos de los colombianos en la era global.

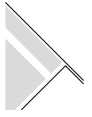


B. La eficiencia en la protección de los derechos humanos en la era global

La protección de los derechos humanos en la historia comenzó justo después de que empezaron a ser reconocidos por los Estados. Sin embargo, esta protección inicialmente no fue muy amplia puesto que en los Estados que empezaron a reconocer estos derechos no se adoptaron medidas eficientes para garantizar su protección¹⁰. Esto se debió, en gran parte, a que la principal autoridad dentro de los Estados encargada de organizar la protección de los derechos humanos fue el legislador, quien estaba encargado de definir, en la ley, la manera en la que las autoridades administrativas debían proteger en concreto estos derechos (Silva, 2017, 450). De esta forma, la protección de los derechos humanos durante mucho tiempo quedó sometida a los acuerdos hechos por las diferentes corrientes políticas representadas en las Asambleas legislativas y en los gobiernos de los Estados, lo que produjo, en muchas ocasiones, que se desprotegieran los derechos humanos de los grupos políticos minoritarios, puesto que las jurisdicciones en los Estados solo empezaron a proteger seriamente estos derechos a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Esta situación se presentó en Colombia, por ejemplo, con la famosa «ley de los caballos» (Ley 61 de 1888), en la que claramente se desconocieron los derechos a la libre asociación, a la libertad de expresión y a la educación de los ciudadanos (Uribe, 1977, 166-167). Sin embargo, esto cambió cuando en la Constitución de 1991 se adoptaron procedimientos judiciales especiales como la Acción de tutela; se amplió el catálogo de derechos humanos reconocido por el Estado y se les dio

¹⁰ Así, por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se limitó a establecer principios, pero prestó muy poca atención a su implementación real con técnicas para asegurar su aplicación. Parece que la Asamblea Nacional tuvo una fe excesiva en las virtudes de los textos, porque creyó que con su sola existencia se podía crear un nuevo orden social y se podían respetar los derechos y libertades (Oberdorff, 2013, 77).

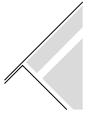


mayor libertad a los jueces para proteger los derechos de los colombianos (Cepeda, 1993, 35)

La protección de los derechos humanos, no obstante, su posible ineficiencia, dependió exclusivamente de los Estados entre finales del siglo XVIII, cuando se empezaron a adoptar las primeras Declaraciones de derechos, hasta el final de la primera mitad del siglo XX. De hecho, hasta la Segunda Guerra Mundial las autoridades estatales podían “violar, coaccionar y descuidar los derechos humanos de las personas dentro de sus territorios con casi total impunidad, apelando al ideal de Westfalia de soberanía estatal para librarse de las críticas e intervenciones externas” (Wenar, 2005, 286). En este período de la historia el Estado era una caja negra moral, puesto que “prácticamente no había estándares comúnmente aceptados para la interferencia justificable en lo que se llamaba los asuntos internos de un Estado” (Wenar, 2005, 286).

Sin embargo, esto cambió al final de la Segunda Guerra Mundial, puesto que el Holocausto nazi dejó claro que se requería definir ciertos límites esenciales a la conducta de las autoridades hacia los ciudadanos en cualquier Estado del mundo, de modo que la violación de estos límites podía permitir o incluso requerir una respuesta internacional. Los límites definidos por la comunidad internacional en la postguerra fueron los derechos humanos, reconocidos muchos años antes en varios Estados. Fueron entonces estos derechos los que llenaron el vacío moral creado por el concepto de soberanía estatal, que impedía la evaluación de las autoridades, dado que este vacío se había vuelto intolerable¹¹. Las declaraciones internacionales de derechos humanos que fueron aprobadas después de la guerra

¹¹ “En estado de shock moral, la respuesta de la imaginación social occidental colectiva a las atrocidades del Holocausto judío fue volver a la ley natural. Los líderes nazis fueron acusados y juzgados en el Tribunal de Nuremberg (1945-1949), bajo los auspicios de la ley natural, por crímenes contra la humanidad. Este cargo no existía en ningún documento o ley internacional formal, pero era uno que, por lo que se mantendría, era claramente claro y conocido por cualquier persona razonable porque era parte de la ley natural” (Langlois, 2017, 15).



definieron lo que los funcionarios públicos nunca deberían volver a hacer a las personas dentro de sus territorios so pena de recibir las sanciones que ellas mismas establecían (Wenar, 2005, 286).

De esta forma, se adoptó inicialmente en 1948 la Declaración universal de los derechos humanos por la Asamblea general de las Naciones Unidas, para garantizar que, en cualquier parte del mundo, los derechos humanos fueran “protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión” (1948, Preámbulo)¹². A partir de este momento los derechos humanos empezaron a tener una protección internacional. Sin embargo, la Declaración universal de los derechos humanos “no fue elaborada ni sometida a votación como un instrumento jurídicamente obligatorio” (Unión Interparlamentaria & ONU, 2016, 46), ni impuso alguna obligación de protección precisa a los Estados, ni creó un organismo internacional encargado de garantizar la protección de los derechos. Aunque en 1946 se creó, por el Consejo económico y social de las Naciones Unidas, la Comisión de derechos humanos como un foro político internacional en el que se discutiría y analizaría lo relacionado con estos derechos. Esta Comisión, basada en las resoluciones 1.235 del 6 de junio de 1967 y 1.503 del 27 de mayo de 1970 del Consejo económico y social, empezó a estudiar las violaciones manifiestas y sistemáticas de los derechos humanos en determinados países a través de procedimientos confidenciales o públicos que permitían la elaboración de informes y la presentación de recomendaciones (Unión Interparlamentaria & ONU, 2016, 71). A través de la resolución 60/251 de la Asamblea general de las Naciones Unidas, la Comisión fue reemplazada por el Consejo de

¹² Aunque, antes de la adopción de esta Declaración se habían suscrito algunos Convenios internacionales para proteger a los combatientes heridos y enfermos, para proteger a los trabajadores industriales de la explotación y para abolir la esclavitud. Sin embargo, en sentido estricto, “estos tratados no establecían garantías individuales en materia de derechos humanos, sino tan sólo obligaciones de los Estados” (Unión Interparlamentaria & ONU, 2016, 46).

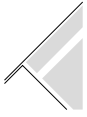


derechos humanos, que no es una comisión orgánica del Consejo económico y social, sino un órgano subsidiario de la Asamblea (Unión Interparlamentaria & ONU, 2016, 72).

La falta de órganos internacionales encargados de proteger los derechos humanos a través de decisiones vinculantes motivó al Consejo de Europa a aprobar el 4 de noviembre de 1950 el Convenio europeo de los derechos humanos, con la finalidad de “tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal” (1950)¹³. Así, por una parte, se precisó en Europa cuáles son los límites que los derechos humanos fijan a los Estados y cuáles son las obligaciones que estos les generan. Por otra parte, se creó el Tribunal europeo de derechos humanos, con la finalidad de garantizar el cumplimiento de los compromisos que el Convenio deja para los Estados. Con este Convenio nacen los sistemas regionales de protección de derechos humanos, en los que cualquier persona u Organización no gubernamental residente en alguno de los Estados de la región tiene el derecho, una vez agotadas todas las vías internas de recursos disponibles, a presentar una denuncia ante el Tribunal europeo de derechos humanos, con sede en Estrasburgo (Francia), para que, verificada la comisión de una violación, el Tribunal ordene la reparación a la parte perjudicada. Los dictámenes del “Tribunal son finales y jurídicamente obligatorios para los Estados Parte” (Unión Interparlamentaria & ONU, 2016, 92). Este es el “sistema más avanzado de vigilancia de los derechos humanos regionalmente” (Unión Interparlamentaria & ONU, 2016, 92).

Siguiendo este movimiento, el 16 de diciembre de 1966 fue adoptado por la Asamblea general de las Naciones Unidas, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, con la finalidad de precisar los deberes

¹³ El Convenio inicialmente se centró exclusivamente en los derechos civiles y políticos. Los derechos sociales, económicos y culturales fueron consagrados posteriormente “en la Carta Social Europea (1961-1965) y sus Protocolos adicionales y revisiones (1996-1999) (Unión Interparlamentaria & ONU, 2016, 91).



que tienen los Estados para crear las “condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales” (Pacto internacional de derechos civiles y políticos, 1966. Preámbulo). Aunque solo el primero de estos pactos estableció un Comité de derechos humanos (Artículo 28) encargado de estudiar los informes que presenten los Estados parte de la protección de estos derechos y de conocer las quejas hechas por los Estados en las que se afirme que algún otro Estado está desconociendo las obligaciones del Pacto (Artículo 40 y 41). Ambos Pactos fueron ratificados por Colombia el 26 de octubre de 1969.

Uniéndose a estos esfuerzos, el 22 de noviembre de 1969 fue aprobada la Convención americana sobre derechos humanos, por la Conferencia especializada interamericana de derechos humanos, convocada por la Organización de Estados Americanos, con la finalidad de establecer “el sistema inicial de protección [de] los Estados americanos” (Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, 1948, Considerando). La Convención se centra en los derechos civiles y políticos, pero fue complementada por un Protocolo Adicional adoptado en 1988 y en vigor desde 1999, conocido como el Protocolo de San Salvador, que reconoce derechos económicos, sociales y culturales (Unión Interparlamentaria & ONU, 2016, 87). En la Convención, por una parte, los Estados se comprometieron a respetar los derechos y libertades y a adoptar las medidas internas que de manera más precisa se definían en la Convención (Artículos 1 y 2). Por otra parte, se creó la Comisión interamericana de derechos humanos, que es un órgano cuasi-judicial con sede en Washington y la Corte interamericana de derechos humanos, con sede en San José de Costa Rica, “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte de la Convención” (Artículo 33). Colombia reconoció la competencia de la Comisión y de la Corte interamericana el 21 de junio de 1985.

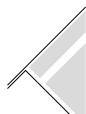
La Convención permite que los Estados parte, las entidades no gubernamentales o cualquier persona, pueda presentar denuncias o quejas en forma de peticiones ante la Comisión (Artículo 44). Si este órgano admite la petición “facilita una solución amistosa o publica



sus conclusiones sobre el fondo de la cuestión en un informe que incluye recomendaciones no vinculantes” (Unión Interparlamentaria & ONU, 2016, 88). No obstante, la Corte interamericana de derechos humanos tiene la competencia de ordenar a los Estados la protección o la indemnización por los daños causados por la violación de estos derechos (Artículo 63). Aunque, las personas o las entidades no gubernamentales no pueden presentar sus quejas o denuncias directamente ante la Corte interamericana de derechos humanos, puesto que “solo los Estados Parte y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte” (Artículo 61).

Siguiendo estos ejemplos, la Organización de la Unidad Africana, hoy conocida como la Unión Africana, adoptó en 1981 la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Dentro de esta Carta, de manera similar al Pacto internacional de derechos civiles y políticos, se creó una Comisión de derechos humanos (Artículo 30) encargada de conocer las quejas hechas por los Estados en las cuales se afirma que algún otro Estado miembro está desconociendo las obligaciones de la Carta y si es el caso, notificar a la Asamblea de jefes de Estado y de Gobierno. Sin embargo, en 1998 se adoptó un Protocolo Facultativo de la Carta Africana, en el que se dispone el establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que tiene la competencia de elaborar dictámenes que, al contrario de los de la Comisión, son vinculantes para las partes (Unión Interparlamentaria & ONU, 2016, 86). En julio de 2008, la Unión Africana “fusionó la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Corte Africana de Justicia para formar un nuevo tribunal regional: la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos” (Unión Interparlamentaria & ONU, 2016, 87).

La creación de estas Comisiones y jurisdicciones internacionales y regionales ha favorecido el mejoramiento en la protección de los derechos humanos de los colombianos, puesto que, por un lado, los mecanismos internacionales de protección han puesto en evidencia las violaciones producidas en el país, han permitido la formulación de importantes recomendaciones y han hecho seguimiento al mejoramiento en la protección de los derechos humanos. Por otra parte, el mecanismo



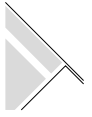
regional interamericano ha investigado profundamente violaciones producidas por el Estado colombiano en contra de los derechos humano y le ha obligado al Estado a poner en práctica, medidas adecuadas para indemnizar y prevenir futuras violaciones de los derechos humanos.

Así, por ejemplo, en el contexto internacional el Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas protegió en el dictamen CCPR/C/114/D/2134/2012, los derechos a la vida, la libertad y la seguridad de un grupo de colombianos que fueron desaparecidos forzosamente por la absoluta falta de investigación del Estado colombiano de los grupos paramilitares que operaban en la zona del desaparecimiento con la aquiescencia de las Fuerzas Armadas (2012, 15). En este dictamen se ordenó específicamente al Estado colombiano:

a) la realización de una investigación independiente, exhaustiva y efectiva sobre la desaparición de los Sres. Anzola y Molina, y el enjuiciamiento y castigo de los responsables; b) la liberación de los Sres. Anzola y Molina, en caso de encontrarse con vida; c) en caso de que hayan fallecido, la entrega de sus restos a los familiares; d) una reparación efectiva, que incluya una compensación adecuada, rehabilitación médica y psicológica, y medidas apropiadas de satisfacción para los autores por las violaciones sufridas [... También se ordenó] evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro, asegurando que todo acto de desaparición forzada sea investigado de forma pronta, imparcial y efectiva (Comité de derechos humanos, 2012, 15-16).

El Consejo de seguridad de las Naciones Unidas también vela por la protección de los derechos humanos de los colombianos, entre otros, a través de la creación de una Misión de verificación para la implementación de los Acuerdos de paz, que presenta cada 90 días un informe en el que narra los avances del proceso, las principales dificultades y da sus recomendaciones¹⁴.

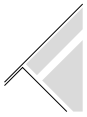
¹⁴ Ver los informes en: <https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/colombia/>



En lo regional, la Corte interamericana de los derechos humanos protegió también recientemente en la Sentencia Omeara Carrascal y otros vs. Colombia, del 21 de noviembre de 2018, los derechos a la integridad personal y protección a la familia, los derechos del niño, el derecho de circulación y de residencia y el derecho a la oportuna investigación de las denuncias de un grupo de ciudadanos colombianos que habían sido desplazados forzosamente hace 24 años de sus viviendas. En esta sentencia la Corte interamericana condenó al Estado colombiano a: primero, “continuar eficazmente las investigaciones abiertas, desarrollándolas con la debida diligencia y en un plazo razonable, a fin de individualizar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos” (2018). Segundo, “brindar gratuitamente, sin costo ni cargo alguno, de forma prioritaria, el tratamiento psicológico adecuado a las víctimas que así lo requieran”. Tercero, pagar a cada víctima 10.000 dólares por daño emergente, entre 25.000 y 100.000 dólares por pérdida de ganancias y entre 20.000 y 100.000 dólares por daño inmaterial (2018).

Sin embargo, aunque estas sanciones ordenadas por los mecanismos internacionales o regionales a los que Colombia ha adherido muestran eficiencia de la protección de los derechos humanos en el ámbito transnacional, también muestran que estos mecanismos no tienen la capacidad de impedir que se produzca la violación de los derechos humanos en Colombia o en muchos otros países del mundo. En el más reciente informe de Amnistía Internacional se afirma que:

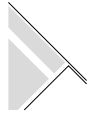
Cuando comienza el año del 70 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, queda sobradamente claro que nadie puede dar por sentados sus derechos humanos. Desde luego, no podemos dar por sentado que tendremos libertad para reunirnos en una protesta o para criticar a nuestro gobierno. Tampoco podemos dar por sentado que dispondremos de seguridad social, cuando seamos personas ancianas o incapacitadas, que nuestros bebés podrán crecer en ciudades con aire limpio y respirable o que, como jóvenes, acabaremos los estudios y encontraremos un trabajo que nos permita comprar una casa (2018, 12).



Este particular contexto ha mostrado que la garantía de los derechos humanos no depende únicamente de la existencia de organizaciones internacionales con la competencia de estudiar la situación existente en cada uno de los Estados y de hacer recomendaciones para su mejoramiento, o de la creación de tribunales internacionales o regionales, capaces de sancionar a los Estados que hubieran desconocido los derechos humanos de sus ciudadanos o que no hubiera investigado y sancionado correctamente sus violaciones. La protección eficiente y real de los derechos humanos solo se logrará cuando en todos los Estados del mundo existan las condiciones correctas de desarrollo económico, de igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos y de equidad en la distribución de la riqueza, para que así los derechos de todos puedan ser protegidos y defendidos¹⁵.

Los partidarios de la justicia global consideran que ese cambio llegará cuando se acepte que los “ciudadanos de los países ricos, están potencialmente involucrados en los horrores que tantas personas deben padecer en los países menos desarrollados, así como en la violencia y el hambre que se infligen a esas personas” (Pogge, 2008, 104). Por eso, se requiere replantear la manera en la que ha sido diseñado el orden institucional global para que los Estados poderosos no abusen de su posición dominante respecto a los demás Estados y puedan crearse las condiciones dentro de todos los Estados del mundo, necesarias para la eficiente protección de los derechos humanos. Por ejemplo, si se modificaran las protecciones comerciales adoptadas por los países desarrollados “los países en desarrollo podrían lograr, según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Unctad, 1999), un ingreso adicional de 700 mil millones de dólares

¹⁵ En palabras de Thomas Pogge: “se podría aliviar la enorme incidencia de la pobreza extrema y de la violencia en el mundo actual, no simplemente a través de un mejor comportamiento del gobierno, nacional e internacionalmente, sino también, y de modo más efectivo, mediante reformas institucionales que, entre otras cosas, enaltezcan el comportamiento de los gobiernos modificando sus opciones y los incentivos que enfrentan” (2008, 109-110).



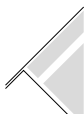
cada año por sus exportaciones, casi 13 veces la suma anual de la ayuda oficial al desarrollo” (Pogge, 2008, 105).

Sin embargo, la reestructuración de las relaciones internacionales propuesta por los partidarios de la justicia global, que podría beneficiar considerablemente al progreso económico colombiano, no se ha realizado aún. Esto, por cuanto no hay que olvidar que “la comprensión de los problemas de la justicia global todavía está en una etapa temprana” (Beitz, 2005, 12).

De esta forma, se constata que en la era de la globalización la manera como están organizadas las jurisdicciones y los criterios que tienen en cuenta para tomar sus decisiones protegen más eficientemente los derechos de los colombianos. Sin embargo, todavía queda un camino largo por recorrer en la manera en la que están reguladas las relaciones internacionales para que los derechos humanos de los colombianos y de todas las personas del mundo sean correctamente protegidos.

La lucha contra la corrupción en la era global

La lucha contra la corrupción es otro de los asuntos de mayor interés en Colombia. De hecho, en 2018, los colombianos encuestados consideraban que la corrupción es el problema más importante del país (Latinobarómetro 2018, 60). No obstante, la era global no ha tenido, acerca de la protección de los derechos humanos, el mismo efecto con respecto a la lucha contra la corrupción, puesto que aún no se han creado organizaciones jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales internacionales o regionales, encargadas de sancionar los actos de corrupción en el contexto mundial. Sin embargo, el estudio de la justicia en la era global es importante porque permite identificar si la manera como se han articulado las acciones conjuntas de las organizaciones internacionales, los Estados, las empresas y las personas, ha permitido avanzar significativamente en la lucha contra este grave flagelo en Colombia, que también se ha visto acrecentado por la misma globalización. Para aportar respuestas, empezaremos con la exposición del



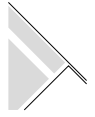
contexto general de la lucha contra la corrupción en la era global (A), para luego estudiar la efectividad en Colombia de la lucha contra la corrupción en la era global (B).

A. El contexto general de la lucha contra la corrupción en la era global

Definir la corrupción no es una tarea fácil porque no existe una definición universal como tal del fenómeno, ni tampoco existe una definición de la corrupción en convenios, tratados o algún otro instrumento internacional que enumeren los actos considerados como corrupción. Los términos de *corrupción* en español, *corrupção* en portugués, *corruption* en francés o *corruzione* en italiano, tienen en común la misma raíz del latín *corruptio*, que significa “alteración”, “seducción” (Gaffiot, 1934, 435).

La definición más común es la de la organización Transparencia internacional que considera que la corrupción “consiste en el abuso del poder para beneficio propio” (Transparency international, 2009, 14). La gran corrupción se presenta “en los niveles más altos del Gobierno, que involucran la distorsión de políticas o de funciones centrales del Estado, y que permiten a los líderes beneficiarse a expensas del bien común” (Transparency international, 2009, 23). Mientras que la corrupción menor se presenta en los servicios públicos cotidianos y en la administración, con los que interactúan los “ciudadanos comunes, quienes a menudo intentan acceder a bienes y servicios básicos en ámbitos como hospitales, escuelas, departamentos de policía y otros organismos” (Transparency international, 2009, 33). Este tipo de corrupción es una práctica habitual en América Latina. Así, por ejemplo, en el año 2016 una de cada tres personas debió pagar un soborno para acceder a los servicios básicos y una de cada cinco personas debió hacerlo para acceder a la salud y a la educación (Transparency international, 2017, 5).

Hasta hace poco, la corrupción fue considerada como una práctica que ocurría únicamente en el sector público que impactaba solamente la administración pública interna y que era un problema nacional, que



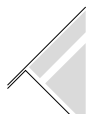
debía ser solucionado con el derecho penal de cada país. Sin embargo, en el marco de la globalización empezaron a ser identificados otros tipos de corrupción como la corrupción privada y el soborno transnacional.

A diferencia de la corrupción en el sector público, la corrupción privada ocurre entre actores privados, a veces con altas sumas de dinero. Se presenta, por ejemplo, cuando un comerciante ofrece un regalo al responsable de compras de una empresa cliente, para asegurar la renovación de un contrato. Otro ejemplo es el caso de la FIFA, en el que los dirigentes de algunas federaciones habrían recibido pagos a cambio de sus votos en favor de un país en particular para la organización de la Copa del mundo y las cadenas de televisiones y sociedades de marketing de la región habrían pagado sumas de dinero para obtener contratos de derechos televisivos (exclusivos) para la difusión de los partidos (Cassin, 2015). En Colombia, el delito de corrupción privada en sus formas activa y pasiva existe desde la Ley anticorrupción 1.474 de 2011 y fue introducido en el artículo 250-A del Código penal.

El soborno transnacional¹⁶ se desarrolló bastante con la aceleración de la globalización y la apertura de las fronteras entre los Estados. En Colombia el artículo 433 del Código penal prevé que el soborno transnacional consiste en dar, ofrecer, o prometer a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, de manera directa o indirecta, “sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional”.

Hoy en día, el caso con más impactos económicos que se conoce es el de Odebrecht, cuyas prácticas de corrupción se extendían más allá de las fronteras de Brasil y salpicaron toda la región de América Latina, hasta países de África. Las investigaciones revelaron que un total de

¹⁶ En este marco, la palabra “transnacional” hace referencia a una actividad ilícita que va más allá de las fronteras del Estado, que trasciende los límites y los intereses de una nación.



ochocientos millones de dólares fueron ofrecidos a dirigentes políticos de varios países de América Latina para obtener beneficios en los mercados públicos (The United States Department of Justice, 2016). Las altas sumas de dinero manejadas en estas actividades ilícitas permiten darnos cuenta del problema que se produce con la corrupción en la era de la globalización.

Hasta los años sesenta la corrupción que traspasaba las fronteras de los Estados, y en particular el soborno transnacional, no existía como delito y el pago de comisiones a la exportación fue una práctica tolerada en los negocios. En Francia, por ejemplo, los intermediarios beneficiaban de una retribución por la obtención de contratos en el exterior. Las comisiones eran deducibles fiscalmente y las empresas podían solicitar la autorización previa de un servicio especializado del Ministerio de finanzas (Le Gall, 1984, 14342).

La opinión dominante era considerar la oferta de sobornos transnacionales como una práctica necesaria y corriente, como lo muestra el *Bribe Payers Index* (BPI) de Transparencia Internacional, en su versión de 1999 (Transparency International, 1999, 2). Sobre esta situación, Fabián Caparros decía que “la pobreza no genera corrupción. La corrupción genera pobreza y la riqueza exporta corrupción” (Fabián, 2008, 283). En este mismo sentido, Pogge explica que estas prácticas, por parte de las empresas de países desarrollados, es una causa importante de la pobreza en los países en desarrollo (Pogge, 2003, 125). Aunque, otros autores como Rose-Ackerman, consideran que “la corrupción es un fenómeno con dos lados, que no puede ser correctamente descrito como «importado» por parte de las empresas multinacionales en inocentes países en desarrollo. La corrupción requiere de dos actores, los vendedores y los compradores” (Rose-Ackerman, 1999, 16).

Hoy es claro que los Estados y las empresas multinacionales tienen ambos una responsabilidad en el funcionamiento de este círculo vicioso, que tiene consecuencias políticas y económicas graves tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo o emergentes como Colombia. Los sobornos causan daños a la seguridad y a la calidad de vida de los consumidores porque los agentes públicos le prestan más



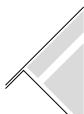
atención al valor de los sobornos que a la calidad o a la necesidad de los bienes o servicios objetos del contrato público (Castro, 2017, 35). Además, el competidor que paga la suma más alta de soborno tiene que aumentar el precio de los bienes y servicios o reducir la calidad de los productos y de esta manera destruye la libre competencia entre los competidores. Los sobornos impactan también el desarrollo económico de los países porque derivan en la pérdida de confianza de los inversores, reducen las inversiones y el crecimiento económico (Castro, 2017, 34).

Al final, los habitantes de los países emergentes, como Colombia, pagan el precio de estas prácticas porque no pueden escapar de la pobreza en la que se encuentran encerradas. En materia política, los sobornos hacen que los ciudadanos pierdan confianza en sus dirigentes y en las instituciones, situación que amenaza la legitimidad democrática y el Estado de derecho. En 2018, solamente 25% de los ciudadanos colombianos encuestados estaban satisfechos con el funcionamiento de la democracia en el país (Latinobarómetro, 2018, 35)¹⁷.

A escala global, los sobornos ofrecidos por parte de las empresas multinacionales a agentes públicos extranjeros producen distorsiones de competencia en los mercados y graves riesgos de desestabilización de las economías, lo que afecta a todos los seres humanos. Así, durante el décimo quinto aniversario de la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción, el Secretario General Antonio Guterres dijo que la reducción de la corrupción, del soborno y la recuperación de los activos procedentes de hechos de corrupción “es un llamamiento mundial para la equidad, una demanda colectiva de justicia” (Guterres, 2018).

La lucha contra la corrupción inició con una acción unilateral de los Estados Unidos, luego de los escándalos que se produjeron en el caso del Watergate, por las contribuciones pagadas durante la campaña presidencial de Richard Nixon en el marco de las elecciones de 1972, y en

¹⁷ El porcentaje es la suma de los que se declaran “muy satisfechos” y “más bien satisfechos”.



el caso Lockheed, grupo aeroespacial norteamericano, por sus prácticas de corrupción en Japón e Italia. En este último caso, las investigaciones operadas por las autoridades norteamericanas revelaron que algunas empresas hicieron pagos ilícitos a agentes públicos y a partidos políticos extranjeros con el objetivo de influir sus actos (Cutler, 1976, 160-171). Un año después en el marco del programa de divulgación voluntaria de los pagos ilícitos en el extranjero elaborado por la *Securities and Exchanges Commission*, se observó que más de 400 empresas norteamericanas revelaron haber hecho pagos ilícitos por más de trescientos millones de dólares norteamericanos en varios sectores (United States House of Representatives, 1977). Estas prácticas impactaron a los accionistas porque no tenían conocimiento de los pagos ilícitos realizados.

Como respuesta a esta situación, el Congreso adoptó una ley federal, el *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), el 19 de diciembre 1977, para incriminar el soborno activo de agentes públicos extranjeros en el marco de transacciones comerciales internacionales y establecer obligaciones de control para prevenir la utilización de fondos de las empresas que sean contrarios a la voluntad de sus órganos de dirección. Durante este período, los Estados Unidos fueron muy activos ante las Naciones Unidas para que se elaborara una Convención internacional. Con tal objetivo, fue elaborado un instrumento de *soft law*, es decir, no vinculante, que condenaba las prácticas de soborno transnacional por parte de las empresas, la Resolución No. 3514 de 1975 de la Asamblea general de las Naciones Unidas, que prevé “medidas contra las prácticas corruptas de las empresas transnacionales y de otras empresas, de sus intermediarios y de otros implicados en tales prácticas”. Sin embargo, la Convención no se adoptó debido a divergencias en los puntos de vista entre los países desarrollados y los países en desarrollo.

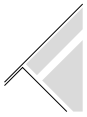
En los años ochenta, el gobierno de Estados Unidos y las empresas de este país tenían interés en que los otros países adoptaran legislaciones similares, porque las empresas estadounidenses estaban en una situación de desventaja para obtener contratos internacionales frente a los competidores que continuaban sobornando a sus contratantes. En el aspecto federal, la situación de desequilibrio del mercado y de distorsiones en la competencia condujo al Congreso a modificar el FCPA en 1988,



con el “*Foreign Corrupt Practices Act Amendments of 1988*” que hacen parte del “*Omnibus Trade and Competitiveness Act*” del 23 de agosto de 1988, cuyo objetivo era incrementar la competitividad de la industria de los Estados Unidos. En este marco, se introdujeron excepciones a la incriminación del soborno activo de agentes públicos extranjeros, como los pagos de facilitación (§78dd-2(b)), que conciernen los actos administrativos usuales y los medios de defensa afirmativa (§78dd-2(c)), como por ejemplo el pago realizado en conformidad con la legislación en vigor en el país del agente público. Además, al final de la parte sobre las modificaciones, el Congreso solicitó de manera expresa al presidente de los Estados Unidos continuar las negociaciones para concretizar un acuerdo internacional con los Estados miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), sobre los comportamientos prohibidos por la FCPA.

El contexto internacional empezó a cambiar en los años noventa con la aceleración de la globalización y la aparición de nuevos medios de comunicación, la divulgación de escándalos de corrupción y el interés creciente por la democracia. Con la llegada de James Wolfensohn como presidente, quien pronunció en 1996, un discurso innovador sobre “el cáncer de la corrupción” (Wolfensohn, 1996, 50), el Banco Mundial inscribió por primera vez el problema de la corrupción sobre la agenda de una institución multilateral. A partir de ese momento, varias organizaciones internacionales elaboraron instrumentos internacionales, vinculantes y no vinculantes, para combatir la corrupción y exigirles a los Estados tomar acciones para regular las empresas y los agentes públicos nacionales.

A partir de 1989 La OCDE inició un estudio para redactar un acuerdo internacional, que resultó primero en la elaboración de un instrumento de *soft law* que sirvió de base a la negociación de una Convención basada sobre valores comunes y, en particular, la Recomendación sobre la corrupción en el marco de las transacciones comerciales internacionales del 27 de mayo de 1994. Esta Recomendación no era vinculante, pero tenía impactos políticos y era el primer instrumento internacional en el que los Estados prometieron tomar medidas concretas para realizar el objetivo de prevenir y luchar contra el soborno de agentes públicos

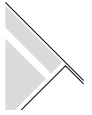


extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (Pieth, 2014, 16). La Recomendación contenía también una lista de los asuntos a examinar por los Estados, como el derecho penal respecto al soborno de agentes públicos extranjeros y las leyes en materia civil, comercial y administrativa para que el soborno sea ilegal, las leyes y prácticas fiscales, las normas y prácticas contables de las empresas, entre otros.

Después de esta etapa se ha puesto en marcha la acción colectiva entre los Estados y el sector privado, con el impulso de los Estados Unidos.

En el marco de la Organización de los Estados Americanos, se elaboró la Convención interamericana contra la corrupción el 29 de marzo de 1996, ratificada por 33 países sobre 34 miembros de la organización, que deseaban “fortalecer sus instituciones democráticas, evitar distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social” (1996, Preámbulo). Este instrumento internacional vinculante fue el primero que se consagró a la lucha contra la corrupción. Su alcance es regional y su objetivo es prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción relacionada con servidores públicos. Los Estados Unidos impulsaron la introducción del artículo VIII sobre el soborno transnacional, para que los Estados adopten medidas “equivalentes a los estándares del FCPA” (Warren, 1996).

En la OCDE, la Recomendación de 1994 fue revisada por la Recomendación del 23 de mayo de 1997 que prevé, en su Anexo 1, los elementos comunes de la legislación penal en los Estados miembros, como los elementos de la infracción de soborno activo y las sanciones. El mismo año, la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales del 17 de diciembre 1997, fue elaborada para permitir un rápido cambio de legislaciones nacionales (Pieth, 2014, 19). Su objetivo era nivelar las reglas leales entre los competidores en los mercados internacionales y evitar las distorsiones de las condiciones de competencia (1997, Preámbulo). Por esta razón, este instrumento se enfoca, como el FCPA, en la criminalización de la oferta de sobornos a agentes públicos extranjeros (artículo 1) y prevé la implementación de la responsabilidad de las personas jurídicas en las legislaciones nacionales (artículo 2).



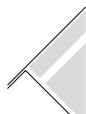
En este contexto de adopción de Convenciones internacionales y otros instrumentos sobre la corrupción regional, las Naciones Unidas también adoptaron una Convención contra la delincuencia organizada transnacional el 15 de noviembre de 2000, y una Convención sobre la corrupción, el 31 de octubre de 2003, que prevé muchas medidas sobre la prevención, la penalización, la recuperación de activos ilícitos y la cooperación internacional que requieren adaptaciones legislativas.

Hoy en día, la lucha contra la corrupción en la era global, que tiene origen en los Estados Unidos, se compone de una gran panoplia de normas internacionales de alcance regional o global. Colombia es parte de todos estos instrumentos internacionales, y algunos se completan por normas de *soft law* a destinación de los Estados y de las empresas. Enseguida analizamos los efectos en Colombia de estas normas para ver si la lucha contra la corrupción en la era global tiene o no efectividad en Colombia.

B. La efectividad en Colombia de la lucha contra la corrupción en la era global

Para tener una idea de la efectividad de la lucha contra la corrupción en la era global en Colombia es necesario estudiar los efectos de las normas internacionales sobre las normas nacionales y sobre las normas internas de las empresas colombianas y sus aplicaciones en la práctica, lo que permitirá conocer los avances en materia de represión y de prevención. Aunque no se hará una exposición exhaustiva de los avances, sino que se seleccionarán los más notables.

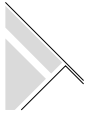
Las normas nacionales elaboradas en Colombia han sido influenciadas por las normas de las organizaciones internacionales, ellas mismas influenciadas por la norma anticorrupción de los Estados Unidos. Estas normas han tenido grandes impactos en Colombia en materia de represión y de prevención.



Cuando Colombia ratificó la Convención interamericana contra la corrupción del 29 de marzo 1996, mediante la ley 412 de 1997, ya contaba con una panoplia de delitos nacionales para sancionar los actos de corrupción en la esfera pública nacional, como, por ejemplo, el cohecho por dar y ofrecer, el cohecho propio e impropio, la concusión, el peculado, o el tráfico de influencias. Pero una modificación novedosa para la época fue la introducción por primera vez en el ordenamiento jurídico colombiano del delito de soborno transnacional en su forma activa, mediante la ley 599 de 2000 que estableció el Código penal. El artículo 433 del Código penal, en su redacción original, definía el delito de conformidad con el artículo VIII de la Convención, el cual estaba influenciado por el FCPA. La responsabilidad penal de las personas naturales por el delito de soborno transnacional fue prevista de esta manera:

El nacional o quien con residencia habitual en el país y con empresas domiciliadas en el mismo, ofrezca a un servidor público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que éste realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La definición del delito en el Código penal colombiano fue modificada varias veces con la impulsión de otras organizaciones internacionales, como la OCDE. Así, la ley 599 de 2000, hizo grandes modificaciones en la legislación anticorrupción para poner la legislación en conformidad con las exigencias de la Convención de la OCDE. Las recomendaciones del grupo de trabajo sobre la corrupción de esta organización no son vinculantes, pero tienen un impacto sobre los Estados, porque si un Estado no se acoge a las recomendaciones, tendría una mala imagen en el marco internacional, lo que puede tener un efecto sobre las inversiones en el país. De esta manera, estos documentos tienen un poder sobre los Estados, porque influyen la

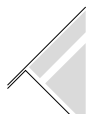


política interna. En su caso, Colombia tenía a la vista el objetivo de ingresar a la OCDE como miembro pleno, lo cual logró el 30 de mayo de 2018 (France24, 2018).

Años después, mediante la ley 1474 de 2011, se adoptaron “normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, y a través de la ley 1778 de 2016, se adoptaron “normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictaron otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”.

La definición del delito de soborno transnacional, introducida en la legislación colombiana, según la Convención interamericana, no era suficiente para las exigencias y los objetivos de la OCDE. Colombia prestó atención a las evaluaciones del grupo de trabajo y los elementos constitutivos de la definición del delito fueron expandidos poco a poco para cumplir con las exigencias. En este sentido, la ley 1474 de 2011 hizo varias modificaciones a las sanciones, que incrementaron, y a los actores del delito, introduciendo un sujeto activo indeterminado y una definición del servidor público extranjero que cubre las categorías previstas por la Convención de la OCDE. Esta definición del delito fue mejorada con la ley 1778 de 2016 para hacer caso a las críticas del grupo de trabajo de la OCDE, en el informe de fase 1 (OCDE, 2012, 35). Con la impulsión de la OCDE, la evolución en la definición del delito fue bastante grande. Hoy en día, el artículo 433 del Código penal prevé:

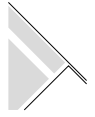
El que dé, prometa u ofrezca a un servidor público extranjero, en provecho de este o de un tercero, directa o indirectamente, sumas de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional, incurrirá en prisión de nueve (9) a quince (15) años, inhabilitación para el ejercicio de derechos



y funciones públicas por el mismo término y multa de seiscientos cincuenta (650) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo. Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar si el individuo hubiere sido nombrado o elegido. También se considera servidor público extranjero toda persona que ejerza una función pública para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o una entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o de una jurisdicción extranjera. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.

También fue creada, en el ordenamiento jurídico colombiano, la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por actos de soborno transnacional para responder a la recomendación 9 del grupo de trabajo sobre la corrupción, durante la fase 2 (OCDE, 2015, 93). Esta norma, prevista por el artículo 2 de la ley 1778 de 2016, representa un riesgo legal para las empresas colombianas, que se encuentran incitadas a prevenir los riesgos de corrupción con la adopción de una política anticorrupción dentro de la empresa. La obligación de implementación de programas de ética empresarial en las empresas que cumplan con ciertos criterios, según el artículo 23 de la ley 1778 de 2016, la Resolución 100-002657 de julio de 2016 y la Resolución 200-000558 de 2018 de la Superintendencia de Sociedades, fortalece este cambio de comportamiento: en comparación con 2014, en 2017, 47% de las empresas colombianas priorizaba las acciones preventivas contra el soborno, lo que representa nueve puntos más que en 2014 (Transparencia por Colombia y Universidad Externado, 2017).



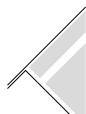
Más allá de las obligaciones de la Convención de la OCDE, las normas de *soft law* que la completan, impactan también las normas nacionales y las normas internas de las empresas.

Un primer ejemplo es el de la Circular 100-000003 del 26 de julio de 2016, que fue creada por la Superintendencia de Sociedades para ayudar las empresas sometidas a la obligación de implementación de programas de ética empresarial y las empresas en general, a implementar un programa de ética empresarial. Se puede notar que el contenido previó ocho principios recomendados, para evitar el soborno transnacional e incorporó:

(...) las experiencias internacionales más exitosas en materia de prevención del soborno transnacional, y, en especial, las contenidas en la guía de buenas prácticas en controles internos, ética y cumplimiento de la organización para la Cooperación y el desarrollo económicos (OCDE), y las guías sobre programas de cumplimiento relacionadas con la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos (FCPA) y la Ley Anti-Soborno del Reino Unido (UK Bribery Act) (Circular externa, 2016, 4).

Lo último muestra que los instrumentos de *soft law* de la OCDE, como la guía de buenas prácticas en controles internos, ética y cumplimiento de la organización, aunque no son vinculantes, influyen, por un lado, en la elaboración de normas nacionales como la Circular precitada, y, por otro lado, en las normas internas elaboradas por las empresas. Eso muestra también que el derecho comparado, es una herramienta existente en la era global muy utilizada en la lucha contra la corrupción, y que las buenas prácticas de otros países, como las de los Estados Unidos y del Reino Unido, son tenidas en cuenta para la elaboración de normas nacionales y de normas internas en las empresas.

Un segundo ejemplo, es el cumplimiento de la Recomendación del Consejo sobre medidas fiscales para combatir más a fondo el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales del 25 de mayo de 2009. Para responder a las críticas del grupo de trabajo de la OCDE en el reporte de fase 1 sobre este

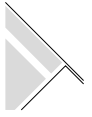


asunto (OCDE, 2012, 37), Colombia hizo una modificación de su legislación con el artículo 158 de la ley 1607 de 2012 y adicionó un inciso al artículo 107 del Estatuto Tributario, para prohibir, de manera expresa, la deducibilidad de impuestos de los pagos de sobornos a funcionarios públicos extranjeros: “En ningún caso serán deducibles las expensas provenientes de conductas típicas consagradas en la ley como delito sancionable a título de dolo. [...]”¹⁸.

Un tercer ejemplo del impacto de los instrumentos de *soft law* en las normas nacionales y en las normas internas de las empresas son las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales de 1976, revisadas en 2011. Estas, tienen como objetivo promover un comportamiento responsable por parte de las empresas multinacionales. Fueron adoptadas por Colombia el 8 de diciembre de 2011 en el marco del proceso de adhesión a la OCDE (OCDE, 2013, 121). Las Líneas Directrices han dado luz en Colombia al decreto 1400 del 29 de junio de 2012, que estableció el punto nacional de contacto de Colombia y el procedimiento previsto en las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales.

Respecto a la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción, Colombia introdujo nuevas figuras penales en su ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la Ley 1474 de 2011 introdujo delitos de corrupción relacionados con el sector privado como la corrupción privada en el artículo 250 A del Código penal, en sus formas activa y pasiva. Creó también mediante la misma ley, en la Controlaría General de la República (CGR), la Unidad de cooperación nacional e internacional de prevención, investigación e incautación de bienes para actuar, entre otros, en materia de asistencia jurídica recíproca y “de búsqueda de bienes a nivel internacional, de personas investigadas o responsabilizadas fiscalmente por la CGR, por haber causado

¹⁸ Inciso adicionado por el artículo 158 de la Ley 1607 de 2012, “por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones”, publicada en el Diario Oficial No 48.655 de 26 de diciembre de 2012.



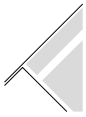
un detrimento patrimonial al Estado, y procurar su recuperación” (Resolución Reglamentaria 247 de 2013, artículo 3).

En el marco de las Naciones Unidas, también las empresas colombianas son un actor de la lucha contra la corrupción. De esta manera, se elaboró un Pacto Global (Global Compact), como una iniciativa de adhesión voluntaria por parte de las organizaciones, que promueven la implementación de diez principios universalmente aceptados, en la lucha contra la corrupción en las actividades de las empresas, para producir un mercado global más equitativo y estable. En Colombia hay una red local del Pacto Global muy activa respecto a las empresas adherentes, y su objetivo es promover los modelos de gestión socialmente responsables para contribuir al desarrollo sostenible¹⁹.

Se puede concluir que Colombia es un buen estudiante frente a sus compromisos internacionales. Su legislación anticorrupción en la era de la globalización se mejoró con la influencia de las organizaciones internacionales, y se nota que las modificaciones más importantes de la legislación interna de Colombia han ocurrido en relación con la OCDE. Las normas internacionales también tienen un impacto positivo, directo o indirecto a través de las normas nacionales, en el marco de la prevención de la corrupción dentro de las empresas. Sin embargo, las razones que motivaron esta evolución no se pueden conocer fácilmente, puesto que los documentos relacionados con la exposición de motivos, o a los debates, por ejemplo, se encuentran inaccesibles para los ciudadanos, porque no son publicados en internet o las páginas no funcionan. Sobre este punto, Colombia podría inspirarse en la práctica del Congreso de Chile, que permite una búsqueda eficaz de la información para garantizar una mayor transparencia para los ciudadanos.

Sin embargo, más allá de las modificaciones en la legislación nacional y en las normas internas de las empresas para adaptarse a exigencias internacionales, es importante identificar si estas modificaciones

¹⁹ Ver: <https://www.pactoglobal-colombia.org/pacto-global-colombia/pacto-global-red-colombia.html>

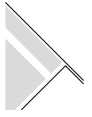


han servido realmente en la práctica para sancionar la corrupción en Colombia y recuperar los activos ilícitos.

Por lo que concierne al soborno transnacional, Colombia abrió una investigación para el caso Odebrecht, en la que hizo investigaciones, sancionó agentes públicos colombianos y suministró asistencia jurídica a otros países (Phase 2, 2018, 4). Además, la Superintendencia de Sociedades empezó a hacer aplicación de la ley 1778 de 2016, que estableció la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, en virtud de las facultades sancionatorias que le otorgaron el artículo 5 de la ley. Así, en marzo de 2018, la Superintendencia de Sociedades inició una investigación preliminar respecto a alegaciones de soborno transnacional que implica a diez empresas. En este marco, impuso una multa de 155 millones de pesos colombianos a la empresa Vram Holding S.A.S. que obstaculizaba el acceso a informaciones financieras y contables (Portafolio, 2018).

De igual forma, el 6 de julio de 2018, mediante la Resolución N° 200-002899, con base en el artículo 2 de la ley 1778 de 2016, la Superintendencia de Sociedades impuso una multa de 5,078 millones de pesos a la empresa colombiana Inassa, que es una filial de Canal Isabel II, una empresa pública española proveedora de agua, por actos de soborno transnacional a agentes públicos ecuatorianos que ocurrieron en 2016. El artículo 19 de la ley 1778 de 2016 prevé también que las sanciones se pueden modular según ciertos criterios como la colaboración, el reconocimiento o la aceptación expresa de la infracción. En el artículo 2 de la Resolución, la Superintendencia de Sociedades dice haber concedido beneficios por colaboración a la empresa. Esta práctica es más que bienvenida en el derecho colombiano cuando sabemos que existe también en el derecho comparado y, en particular en los Estados Unidos, en el que las autoridades, muy activas en la lucha contra la corrupción, pueden reducir la penalidad si una empresa coopera plenamente con ellas, según el modo de cálculo previsto en las *Sentencing Guidelines* (Chap.8, *Sentencing of Organizations*, §8C2.5, g).

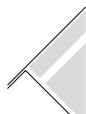
Sin embargo, hay que notar que se puede acceder fácilmente a un extracto de la decisión en el sitio de la empresa porque fue obligada a



publicarlo en el marco de la sanción, pero no se encuentra fácilmente en internet el texto completo del acto administrativo. Mediante el extracto precitado, se puede evidenciar que a través de la Resolución 100-003271 del 27 de julio de 2018 se modificó la precedente Resolución, puesto que se redujo la multa a 3,911 millones de pesos a la empresa Inassa por soborno transnacional. El alto monto de la sanción financiera tiene claramente un efecto disuasivo. Con esto Colombia muestra que está determinada a hacer una aplicación efectiva de su nueva ley 1778 de 2016 respecto a las empresas implicadas en actos de soborno transnacional. Sin embargo, sigue siendo lamentable la dificultad en el acceso al contenido completo de estas Resoluciones, que deberían ser accesibles plena y fácilmente para cada ciudadano en el sitio de internet de la Superintendencia de Sociedades.

En el marco de las consecuencias de los actos de corrupción y de la indemnización por daños y perjuicios, previstos por los artículos 34 y 35 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, se remarca una decisión del Tribunal administrativo de Cundinamarca resultante de una acción popular que solicitaba la protección de los derechos colectivos que estaban considerados como vulnerados por la gestión contractual en el marco de la concesión de la ruta del sol. El 6 de diciembre de 2018, el tribunal declaró responsables, en primera instancia, varias personas, naturales y jurídicas, por actos de corrupción y les condenó a sanciones financieras por los perjuicios causados por la violación de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y al acceso y a la prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos. Pronunció también una inhabilidad de diez años para la empresa multinacional brasileña Odebrecht para celebrar contratos con las entidades estatales colombianas (Tribunal administrativo de Cundinamarca, 2018).

Sobre la asistencia jurídica recíproca y la recuperación de activos, la CGR y su unidad dedicada al uso del artículo 43 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la corrupción, logró un embargo internacional de bienes de la empresa SaludCoop, ubicados en el Ecuador, en un proceso administrativo de responsabilidad fiscal (UNODC, 210). Cómo es la autoridad central designada ante las Naciones Unidas, la

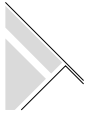


CGR hizo una solicitud de asistencia jurídica recíproca a la autoridad central de Ecuador y a la Corte Suprema de Justicia. El embargo sobre los bienes fue ordenado. El beneficio de esta medida fue el de garantizar que los activos que deben reparar el perjuicio del Estado por 1,4 billones de pesos en la salud de los colombianos no desaparecieran (Asuntos legales, 2015).

De esta forma, se constata que Colombia puso en marcha la lucha contra la corrupción gracias al impulso de diversas organizaciones internacionales, tanto en materia de prevención como de represión y de recuperación de activos.

El nuevo escenario de lucha contra la corrupción en la era global, compuesto por varios actores y diferentes tipos de normas, incluso de *soft law*, ha permitido a Colombia hacer grandes avances en su arsenal anticorrupción, tanto en materia de represión y de prevención, aunque aún faltan más acciones concretas por parte de las autoridades para imponer sanciones. Son muy pocos los casos en los que se han aplicado sanciones, comparado con las prácticas de otros países, como los Estados Unidos, cuyas autoridades son muy activas (Transparency International, 2018, 10-11). Además, estos esfuerzos significativos se ven oscurecidos por escándalos de corrupción que han surgido a la luz recientemente en el sector judicial colombiano (Bonilla, 2017), y por la percepción de la corrupción en el sector público, la cual empeoró en Colombia en 2018 y el país cayó de 37 a 36 puntos sobre 100 y del puesto 96 a 99 entre 180 países (Transparency International, 2018).

Los esfuerzos de Colombia podrían haber sido acentuados con la creación de una Corte internacional anticorrupción, que actuaría de manera complementaria a las jurisdicciones nacionales, en el caso de que las autoridades no pueden o quieren juzgar los casos de gran corrupción, que fue propuesta por la delegación colombiana delante de las Naciones Unidas y reiterada en 2019 (Posso, 2019). Para tener un alcance global, tal Corte deberá ser apoyada por China, los Estados Unidos y Rusia, pero tal apoyo no es seguro. Por el momento, esta proposición es objeto de discusiones entre los que la apoyan y los



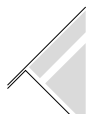
escépticos, y mientras se concretiza tal jurisdicción, en la actualidad, lo más realista es enfocarse en el reforzamiento de la cooperación internacional, en la que Colombia debe desempeñar su papel.

Conclusión

La era de la globalización ha cambiado considerablemente la forma como se conciben los derechos y cómo se elaboran las normas encargadas de protegerlos y los órganos encargados en la práctica de garantizarlos. Esto no quiere decir que en la era global todos las personas, Estados, organizaciones y empresas estén de acuerdo en la forma como deberían hacerse las cosas, pero en esta era se ha podido poner de acuerdo con un grupo grande de Estados en los criterios mínimos que deben respetarse tanto dentro de los Estados como en las relaciones entre ellos respecto a varios aspectos esenciales en todo el mundo, como lo son los derechos humanos y la lucha contra la corrupción. Aunque los mecanismos para hacer respetar estos criterios mínimos no son los mismos sobre estos dos temas.

La protección de los derechos humanos en la era global depende de los Estados y de un grupo de Órganos judiciales o cuasi judiciales de orden internacional y regional que están encargados de conocer las quejas y de sancionar las infracciones a los derechos. Sin embargo, todos estos mecanismos no son completamente eficientes porque persisten las violaciones de los derechos humanos. Es por esta razón que se ha propuesto una nueva manera de concebir las relaciones internacionales y los deberes de los Estados y de las personas para garantizar que todos los seres humanos del planeta gocen de las condiciones mínimas para realizar sus proyectos de vida.

Las ideas planteadas por los partidarios de la justicia global son muy provechosas para los países subdesarrollados o en desarrollo. Por ello se requiere que los investigadores de estos países, entre ellos Colombia, participen de estas reflexiones para que empiecen a reclamar el cambio en las relaciones internacionales. Si no lo hacemos, los cambios se lograrían solamente si tenemos la suerte que los filósofos y juristas

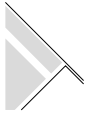


extranjeros sigan interesados en el tema y continúen abogando por el mejoramiento de las condiciones para nuestros países.

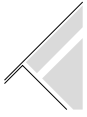
Por su parte, la lucha contra la corrupción en la era global depende de los Estados, de las organizaciones internacionales y de otros actores del sector privado como las empresas. La elaboración de las normas está cambiando y las normas, elaboradas por varios actores, se influyen entre ellas para lograr una lucha más efectiva contra la corrupción, incluso en Colombia. En el nuevo escenario de la lucha contra la corrupción, sin duda Colombia ha hecho grandes avances para disminuir la corrupción y facilitar la restitución de activos. Pero está en el principio de sus esfuerzos, por lo que tiene que intensificarlos para posicionarse como un actor creíble de la lucha contra la corrupción frente a otros países y realizar la justicia que tanto esperan sus ciudadanos.

Referencias

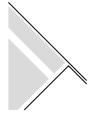
- Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (1995).
En: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto.pdf
- Amnistía Internacional (2018). *Informe 2017/2018*, London, Amnistía Internacional. En: <https://crm.es.amnesty.org/sites/default/files/civicrm/persist/contribute/files/Informeannual2018air201718-spanish%20web.pdf>
- Arnaud, J. (dir). (2010). *Dictionnaire de la globalisation*. Paris, LGDJ.
- Asuntos legales. (16 de diciembre 2015). *Le embargan bienes a SaludCoop*. En: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/le-embargan-bienes-a-saludcoop-2334006>
- Beck, U. (1998). *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Madrid, Paidós Estado y Sociedad.
- Beck, U. (2002). *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI Editores.
- Beitz, Ch. (2005). *Cosmopolitanism and global justice*, En Brock, W. (dir), *Current Debates in Global Justice*, Dordrecht, Springer, 11-27
- Brock, G. (2015). *Global Justice*, In *Stanford encyclopedia of philosophy*, Los Angeles, Stanford University, <https://plato.stanford.edu/entries/justice-global/#Imm>
- Bonilla, A. (3 de septiembre 2017). Las claves para entender el escándalo de corrupción en la Corte Suprema, *El País*. En: <https://www.elpais.com>



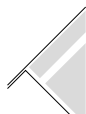
- com.co/colombia/las-claves-para-entender-el-escandalo-de-corrupcion-en-la-corte-suprema.html
- Cassin, R. (2015). Feds bust FIFA for racketeering and corruption, fourteen arrests and four guilty pleas, *The FCPA Blog*. En: <https://fcpublog.com/2015/05/27/feds-bust-fifa-for-racketeering-and-corruption-fourteen-arre/>
- Castro, E., Restrepo, O. & García, L. (2007). Historia, concepto y estructura de los derechos económicos, sociales y culturales, *Estudios socio-jurídicos*, 9, 77-108.
- Castro, C. (2017). *La corrupción pública y privada: causas, efectos y mecanismos para combatirla*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Cepeda, F. (2005). *La crisis de la gobernabilidad en Colombia*, En Domínguez, J. & Shifter, M. *Construcción de gobernabilidad democrática en América Latina*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 213-242.
- Cepeda, M. (1993). *Introducción a la Constitución de 1991*, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia.
- Collins Dictionary (2014). En: <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/transnational>
- Comité de derechos Humanos (2012). *Dictamen CCPR/C/114/D/2134/2012*. En: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f114%2fD%2f2134%2f2012&Lang=en
- Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (1919). En: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#amendments
- Constitución de la Organización Mundial de la Salud (1949) En: <http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd48/basic-documents-48th-edition-sp.pdf?ua=1#page=7>
- Convenio europeo de los derechos humanos (1950) En: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf
- Corte Interamericana de derechos humanos, (2018). *Sentencia Omeara Carrascal y otros vs. Colombia*, del 21 noviembre. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_368_esp.pdf
- Cortés, F. (2013). La posibilidad de la justicia global. Sobre los límites de la concepción estadocéntrica y las probabilidades de un cosmopolitismo débil, *Revista de Estudios Sociales*, 46, 109-118
- Cruft, S., Liao, SM. & Renzo, M. (ed.). (2015). *Philosophical Foundations of Human Rights. Philosophical Foundations of Law*, Oxford, Oxford University Press.



- Cutler, L. (1976). Watergate, *International Style*, 24, *Foreign Policy*, 160-171.
- Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (1948) En: https://www.oas.org/dil/esp/Declaración_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf
- Declaración de derechos del buen pueblo de Virginia (1776) En: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>
- Declaración de independencia de los Estados Unidos de América (1776) En: http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/decla_1776.pdf
- Declaración de los derechos del Hombre y del ciudadano (1789) En https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagol/es_ddhc.pdf
- Domaradzki, S., Khvostova, M. & Pupovac, D. (2019) Karel Vasak's Generations of Rights and the Contemporary Human Rights Discourse, *Human Rights Review*, 1-21.
- Fabián, E. (2008). *La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (Anotaciones para un Derecho Penal globalizado)*, En Rodríguez, N. & Caparros, F. (Coord.), *Corrupción y delincuencia económica*, Bogotá, Ibáñez, 271-289.
- Fabián, E. (2013). *El delito de corrupción transnacional en el derecho colombiano frente a los compromisos internacionales*, en Sintura, F. & Rodríguez, N. (ed.). *El Estado de derecho colombiano frente a la corrupción. Retos y oportunidades a partir del Estatuto Anticorrupción de 2011*, Bogotá, Universidad del Rosario.
- France24. (2018). *Colombia, el tercer país latinoamericano que ingresa a la OCDE*. En: <https://www.france24.com/es/20180530-colombia-ocde-ingreso-paris>
- Gaffiot F. (1934). *Dictionnaire latin français*, Paris, Hachette.
- Grocio, H. (1925). *Del derecho de la guerra y de la paz*, Tomo 1, Madrid, Editorial Reus.
- Guinchard, S. (dir). (2017). *Lexique des termes juridiques*, 25^e éd, Paris, Dalloz.
- Guterres A. (2018). *Remarks at the General Assembly high-level debate marking the fifteenth anniversary of the adoption of the United Nations Convention against Corruption*. En: <https://www.un.org/press/en/2018/sgsm19048.doc.htm>
- Ishay, M. (2004). *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization Era*, Berkeley and Los Angeles, University of California Press.
- Kant, E. (1989). *La metafísica de las costumbres*, 4^a ed., Madrid, Tecnos.
- Kreide, R. (2005). *Deliberation or Negotiation? Remarks on the Justice of Global and Regional Human Rights Agreements*, En A. Follesdal & Th. Pogge (ed), *Real World Justice*, Dordrecht, Springer, 239-264.



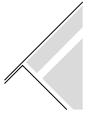
- Laporta, F. (1987), Sobre el concepto de derechos humanos, *Doxa*, 4, 23-46.
- Langlois, A. (2017). *Normative and Theoretical Foundations of Human Rights*, En M. Goodhart, *Human Rights: Politics and Practice*, 3er ed., Oxford, Oxford University Press, 11-25.
- Latinobarómetro. (2018). *Informe sobre la democracia y la situación económica de sus habitantes*, Santiago de Chile.
- Le Gall, J-P. (1984). Le régime fiscal des commissions versées par les entreprises françaises pour l'obtention de marchés à l'exportation, *JCP*, éd. E, 14342.
- Locke, J. (2005). *Segundo tratado del gobierno civil*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes.
- Martínez. B, (1992). *Los derechos humanos como derechos fundamentales*, En J. Ballesteros (ed.), *Derechos humanos, concepto, fundamentos, sujetos*, Madrid, Tecnos, 42-60.
- Nickel, J. (2019) *Human Rights*, In *Stanford encyclopedia of philosophy*, Los Angeles, Stanford University, <https://plato.stanford.edu/entries/rights-human/#SociRigh>
- Oberdorff, H. (2013). *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 4e éd, Paris, LGDJ.
- OCDE (2012). *Phase 1, Report on implementing the OECD anti-bribery Convention in Colombia*. En: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ColombiaPhase1ReportEn.pdf>.
- OCDE (2013). *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales*, OECD Publishing. En: <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/MNEguidelinesESPANOL.pdf>
- OCDE (2015). *Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional: Análisis del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros*, Éditions OCDE. En: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/informe-de-la-ocde-sobre-el-soborno-internacional_9789264226654-es#page1
- OCDE (2015). *Phase 2 Report on implementing the OECD anti-bribery Convention in Colombia*. En: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Colombia-Phase-2-Report-ENG.pdf>
- Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966). En: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr_SP.pdf
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). En: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf
- Pieth M., Low A. & Bonnucci N. (eds.). (2014). *The OECD Convention on Bribery – A Commentary*, 2 ed., Cambridge, Cambridge University Press.



- Pogge Th. (2003). *The influence of the global order on the prospects for genuine democracy in the developing countries*, En Archibugi, D. (Ed.), *Debating Cosmopolitanism*, New Left Review Debates, 117-140.
- Pogge, Th. (2008). ¿Qué es la justicia global? 10, *Revista de economía institucional*, 19, 99-114.
- Pogge, Th. (2012) ¿Estamos violando los derechos humanos de los pobres del mundo? *Eidos*, 17, 12-67.
- Portafolio. (13 marzo de 2018). *Supersociedades investiga a 10 empresas por posible soborno transnacional*. En : <https://www.portafolio.co/economia/supersociedades-investiga-a-10-empresas-por-posible-soborno-transnacional-515191>
- Posso, A. (2019). “Cancillería presentó Proyecto que crearía la Corte Internacional Anticorrupción”, *Asuntos legales*. En: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/cancilleria-presento-proyecto-que-crearia-lla-corte-internacional-anticorrupcion-2872991>
- Pufendorf, S. (1732). *Le droit de la nature et des gens*, Tome 1, Basle, E. & J. R. Thourneisen.
- Rawls, Jh. (2006). *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.
- Restrepo, C. (Comp.). (2004). *Constituciones políticas nacionales de Colombia*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez, J. (2011). Ocaso del constitucionalismo y globalización garantista de los derechos humanos, *Memorando del derecho*, 2, 235-249.
- Rose, C. (2015). *International Anti-Corruption Norms: Their creation and influence on domestic legal systems*, Oxford, Oxford University Press.
- Rose-Ackerman, S. (1999). *Gran Corruption and the Ethics of Global Business*, Working Paper #221, program for Studies in Law, Economics, and Public Policy, Yale Law School.
- Silva, S. (2017). *La suprématie interprétative des juridictions constitutionnelles*, Tesis doctoral, Université Panthéon-Assas (Paris II).
- Superintendencia de Sociedades (2016). *Circular Externa N°. 100-000003*. En: https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_circulares/Circular%20Externa%20100-000003%2026-07-16.pdf
- The United States Department of Justice (2016). *Press Release 16-1515, Odebrecht and Braskem plead guilty and agree to pay at least \$3.5 billion in global penalties to resolve largest foreign bribery case in history*. En: <https://www.justice>.



- gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve.
- Transparency International. (1999). *Bribe Payers Index*. En: https://www.transparency.org/research/bpi/bpi_1999/0.
- Transparency International. (2011). *Bribe Payers Index*. En: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/bpi_2011.
- Transparency International. (2009). *Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción*. En: [https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupción.pdf](https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf).
- Transparency International. (2017). *Barómetro Global de la Corrupción*. Las personas y la corrupción: América Latina y el Caribe. En: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/las_personas_y_la_corrupcion_america_latina_y_el_caribe.
- Transparency por Colombia y Universidad Externado. (2017). *Quinta Encuesta Nacional de Prácticas contra el Soborno en Empresas Colombianas*. En: <https://transparenciacolombia.org.co/2017/12/01/quinta-encuesta-nacional-de-practicas-contra-el-soborno-en-empresas-colombianas/>.
- Transparency International. (2018). *Exporting Corruption*, Progress Report: Assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention. En: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/exporting_corruption_2018
- Transparency International. (2018). *Índice de percepción de la corrupción*. En: https://www.transparency.org/files/content/pages/CPI_2018_Executive_summary_web_ES.pdf
- Tribunal administrativo de Cundinamarca. (2018). En: https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/media/file/flas_juridico/2266_TAC-Fallo%20REF-201700O83%20ODEBRECH.pdf
- Unión Interparlamentaria & ONU, (2016). *Derechos humanos*, En <https://www.refworld.org/es/pdfid/5b72fb824.pdf>
- UNODC, *Informe sobre el examen de Colombia*, Examen por Honduras y Eslovenia sobre la aplicación por parte de Colombia de los artículos 15 – 42 del Capítulo III. “Penalización y aplicación de la ley” y artículos 44 – 50 del Capítulo IV. “Cooperación Internacional” de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción para el ciclo de examen 2010 – 2015.
- Uribe, D., (1977). *Las Constituciones de Colombia*, Tomo I, Madrid, Cultura hispánica.



- United States House of Representatives, Committee on Interstate and Foreign Commerce. (1977). “*Unlawful Corporate Payments act of 1977*”, Report N°640, 95th Congress. En: <http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/houseprt-95-640.pdf>
- Warren C. (1996). *Remarks at the Council of the Americas Conference, State Dep’t. Briefing*, Federal News Service. En : <http://www.as-coa.org/articles/remarks-secretary-state-warren-christopher-1996-washington-conference-americas>
- Wenar, L. (2005). *The Nature of Human Rights*, En A. Follesdal & Th. Pogge (ed), *Real World Justice*, Dordrecht, Springer, 285-293.
- Wolfensohn J. (1996). *Address to the Board of Governors at the Annual Meetings of the World Bank and the International Monetary Fund*, Washington D.C. En: <http://documents.worldbank.org/curated/en/717111468137730697/pdf/343620PAPER0Vo101OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf>
- <http://documents.worldbank.org/curated/en/717111468137730697/pdf/343620PAPER0Vo101OFFICIAL0USE0ONLY1.pdf>



CAPÍTULO II

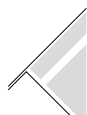
Análisis y retos de la Justicia prospectiva¹

Mauricio Andrés Gallo Callejas²

Katerine Hernández Tirado³

Daniela María Orozco Poveda⁴

Introducción

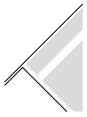
 En el caso de Colombia la relación entre justicia y paz ha sido una constante en la agenda política y jurídica, sin embargo, es solo hasta la Ley de Justicia y Paz en el 2005 que adquiere relevancia con la consolidación de la justicia transicional como un camino

¹ Este trabajo es resultado del proyecto de investigación denominado: “*Ideas de paz de las asociaciones de víctimas del conflicto armado en Montería*”, financiado por la Universidad Pontificia Bolivariana, Seccional Montería.

² Abogado, Universidad de Antioquia. Magíster en Filosofía, Universidad de Antioquia y Doctor en Filosofía de la Universidad de Antioquia. Docente investigador del Grupo COEDU de la Universidad Pontificia Bolivariana, Seccional Montería. Correo electrónico: mauricio.gallo@upb.edu.co

³ Abogada, Universidad de Medellín. Doctora en Derecho, Universidad de Medellín. Docente investigador del Grupo COEDU de la Universidad Pontificia Bolivariana, Seccional Montería. ORCID ID | ResearchGate | Google Scholar Correo electrónico: katerine.hernandez@upb.edu.co

⁴ Abogada, Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Montería. Magíster en Derecho, Universidad de Medellín. Estudiante del Doctorado en Estudios Políticos y Jurídicos en la Universidad Pontificia Bolivariana Sede Medellín. Docente investigador del Grupo COEDU de la Universidad Pontificia Bolivariana Seccional Montería. ORCID ID | ResearchGate | Google Scholar Correo electrónico: daniela.orozcop@upb.edu.co



para la paz (qué tanto de justicia punitiva ordinaria se está dispuesto a sacrificar con el objetivo de lograr la reconciliación). Esta dinámica de la transición dio lugar para que en 2016 con el acuerdo entre el Gobierno y la FARC EP la Justicia prospectiva se convierta en agenda política.

La Justicia prospectiva como concepto novedoso está basada en la idea de una sociedad política en la que tienen lugar la responsabilidad entre generaciones y lo atemporal se materializa en la construcción de la conceptualización de lo justo y, por consiguiente, reconoce derechos fundamentales y esenciales a las nuevas y futuras generaciones.

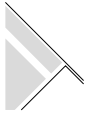
El concepto de Justicia prospectiva produce diferentes retos, entre ellos, si se construye desde lo atemporal su debate podría lograr un regreso a las doctrinas de derecho natural o como una imposición normativa de las generaciones actuales a las futuras.

1. Aproximación contextual

Reconocer que los conflictos y violencias existentes son el resultado de decisiones pasadas dará lugar a la construcción de discursos políticos y jurídicos con incidencia para el futuro, si bien no se trata de un alegato de culpables si se trata de responsabilidad.

Durante el siglo XIX la respuesta a la falta de disposiciones acertadas tanto en el diseño institucional para la participación ciudadana como en la respuesta a los problemas sociales, especialmente los de tipo rural, fue una violencia estatal sistemática y el nacimiento de grupos insurgentes. Una objeción por no existir una reforma agraria integral e incluyente y a la carencia de espacios de participación política.

Las decisiones que se tomaron en los años subsiguientes a la carta política de 1886 no fueron coherentes. La violencia no cesó y los conflictos se recrudecieron, es decir, la agenda política y jurídica no estuvo directamente orientada a que se frenara la violencia o lo que es igual que el conflicto se resolviera por medios alternativos al ejercicio de la fuerza.



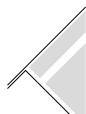
La Carta Política de 1886 fue concebida como la Constitución de unificación de un Estado, la que pondría fin a una serie de guerras civiles y orientaría al ciudadano a cumplir sus fines en una nación con los principios orientados hacia ello. Pero esto sólo fue un ideal, ella fue una Constitución que estaba orientada a la represión y al desconocimiento de la población porque fue el resultado de un proyecto político de ganadores versus vencidos.

Tal como se muestra a continuación, las reformas que se promulgaron durante los años subsiguientes no fueron pensadas como proyectos políticos incluyentes (presente) ni para las generaciones futuras, lo que dio lugar a reformas jurídicas urgentes, pero sin pensar en las consecuencias.

En la reforma de 1910 se pretendió menguar el problema de la participación y dar freno a lo que se había convertido en un intento de profundización del proyecto hegemónico conservador gracias al gobierno de Reyes⁵. Pero la reforma fue inconclusa, en ella no se tuvo en cuenta el contexto de la población y sus intereses en la vida pública, o para decirlo en el lenguaje moderno, ella fue concebida para dar un discurso de inclusión *simbólico* (García Villegas, 2016).

En 1910 en Colombia se efectuó una reforma constitucional, promulgada mediante Acto Legislativo 03, cuyo objetivo fue fortalecer el desarrollo de la democracia, como estrategia para mediar el conflicto bipartidista que vivía la sociedad colombiana desde el siglo XIX; por lo tanto, los gobiernos debían ser legitimados periódica y sistemáticamente a través de las urnas; aunque las elecciones de

⁵ “El 7 de agosto de 1904 el general Rafael Reyes Prieto tomaba posesión del cargo de presidente de la República, y poco después convocó una Asamblea Nacional Constituyente y Legislativa integrada por 3 delegatarios por cada uno de los 9 departamentos. Y para reafirmar el espíritu de concordia con el que quería gobernar, determinó que la tercera parte sería de origen liberal. La Asamblea, que se convirtió en un cuerpo constituyente permanente, sesionó entre 1905 y 1909 y con ella Reyes iba a llevar a cabo su ingente labor reformadora. En efecto, entre marzo de 1905 y abril de 1909 se expidieron 20 Actos Legislativos que reformaron 75 artículos del texto constitucional de 1886” (Zuluaga Gil, 2015)



por sí no bastaban para definir un sistema político democrático, el desarrollo de los comicios se asoció con la expresión de la democracia representativa. (...) la reforma constitucional pretendió instaurar un sistema electoral que le permitiera a las élites solucionar el problema de la gobernabilidad y de la representación, sin ampliar significativamente el universo de los votantes (Acuña Rodríguez, 2017).

A la reforma de 1936 se llegó luego de un proceso legislativo en el que sus representantes y senadores eran exclusivamente liberales, debido a que el Partido conservador se había abstenido de participar en las elecciones de 1934. Esto no significó un proceso fácil ya que era un Partido liberal híbrido y con ideas diferentes, lo que dio lugar a proyectos que, desde la mirada de oposición, eran progresistas, pero que no derivaron en soluciones que evitaran conflictos y enfrentamientos por lo rural y la participación política. La mayoría de las apuestas de la reforma no se desarrollaron porque no hubo voluntad política para ello y se configuró una norma con alto sentido discursivo, pero sin efectividad.

La reforma no consignó principios revolucionarios que hayan alterado de manera inmediata la realidad colombiana. Más que políticas concretas, las discusiones revelan que la reforma es el arranque de un lento proceso de construcción colectiva de una cierta orientación en materia de políticas sociales. Una orientación de carácter restringido que entiende las políticas sociales como respuesta a situaciones conflictivas. Una orientación que, aunque se está ensanchando para permitir la participación de otros sectores en el debate político y en la construcción del Estado, está limitada en su amplitud por las posiciones de quienes la construyen. Esta coyuntura puede ser vista más como un momento en el cual los actores empiezan a poner sus cartas sobre la mesa. La reforma constitucional de 1936 refleja la forma particular en que los actores relacionados con el asunto entendían "lo social" a mediados de los años 30, y cuáles fueron los intereses que configuraron sus posiciones. (Botero, 2006)



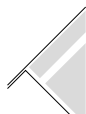
Los intentos de crear espacios de unificación jurídica y política de las reformas de 1945 y 1957 no frenaron la violencia partidista ni fueron la respuesta para los problemas agrarios del país.

El Acto Legislativo No. 01 de 1959 fue la réplica para frenar la violencia partidista y hacer posible la toma de decisiones en un espacio político con acaecimiento jurídico, pero esa reforma no contempló que los ideales bipartidistas tenían disidencias y que estas también reclamaban espacios en la palestra pública y en la práctica de país. Prueba de ello fue lo ocurrido en los sesenta en los que un Estado con una política económica keynesiana⁶, con la participación de la mujer en la esfera política, una apuesta a la democratización del trabajo, entre otros, dio lugar al fortalecimiento y configuración de los actores de la guerra quienes a lo largo de las siguientes cinco décadas continuarían una violencia interna.

Con la reforma de 1986 se vislumbró la idea de que los territorios escogieran a sus representantes con el objetivo de hacer de la democracia un asunto directo de la población y su contexto, pero el Estado estaba sometido aún a la violencia de las guerrillas, al surgimiento de grupos paraestatales y a la cultura del narcotráfico.

A principios de los noventa los atentados, secuestros, exterminios de movimientos políticos, el abandono de algunos territorios, el monopolio de otros por grupos insurgentes, la falta de institucionalidad y

⁶ Conforme a lo establecido por Jorge Armando Melo González: "*López logró crear la figura de la "emergencia económica" y una declaración de principios en relación con la intervención del Estado, al vincularla a una política de ingresos y salarios y de pleno empleo, y al determinar que el objetivo principal del desarrollo económico es la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y "de las clases proletarias en particular". Las doctrinas económicas de Keynes alcanzaban así un rango constitucional.*" (Melo González, s.f.)



la existencia de una constitución poco coherente con la realidad del país, dio lugar al nacimiento de una nueva Carta Política, la de 1991. Siguiendo a Hernando Valencia Villa (1987) se trata nada menos que de la primera Constitución entendida como acuerdo para la paz en lugar de una nueva carta de batalla.

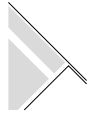
La promulgación de la Carta Política de 1991 produjo la desmovilización de diferentes grupos insurgentes y su inclusión en la vida política, el cambio de una democracia representativa a una participativa y pluralista para dar centro al individuo como sujeto activo en la vida política.

Sin embargo, esta posición idílica frente a dicha Constitución es refutada por Óscar Mejía Quintana, quien muestra que en el mismo momento de su expedición el Estado colombiano realizaba un acto de violencia contra las FARC en el bombardeo de Casa Verde.

La Constitución de 1991 es un pacto que nace estructuralmente débil, tanto en términos del contractualismo más ortodoxo, como el hobbesiano; por ejemplo, para el que la paz es básicamente un principio fundamental del orden social; como del liberalismo clásico en términos de una participación popular mayoritaria. Débil porque el día en que se vota la conformación de la Asamblea Nacional Constitucional, el 9 de diciembre de 1990, se desata la ofensiva contra Casa Verde, que había sido el símbolo de los diálogos de paz durante más de diez años, lo cual no puede ser tomado como un hecho irrelevante, pues simbólicamente significó el nacimiento de la Constitución del 91 como un pacto de guerra tanto como un pacto de paz (Mejía Quintana, 2011)

En el año 2006 la noción

de justicia transicional es incorporada en la agenda política y jurídica, ello de la mano de la creación de la Ley de Justicia y Paz (2005) y, lo más importante, con la sentencia C 370 de 2006 donde: *“los magistrados definen el concepto de paz como un derecho y propósito fundamental de la comunidad internacional, y como un derecho colectivo en cabeza de la humanidad, la cual debe propender a su logro y mantenimiento”* (Hernández Tirado & Orozco Poveda, 2018).



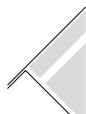
Es justamente dicho problema (qué tanto de justicia punitiva ordinaria se está dispuesto a sacrificar en aras de lograr la reconciliación) convertido en agenda política el que abre el camino para la noción de Justicia prospectiva. Con la sentencia del Marco Jurídico para la Paz (C 579 de 2013)⁷ se configuró en el discurso político y jurídico la importancia de estar en el lugar del otro, de reparar, reconciliar, perdonar y de entender que existe un nuevo sujeto en el conflicto, la víctima, pleno titular de derechos, entre ellos la importancia que la sociedad conozca su historia.

2. La justicia prospectiva como propuesta para la paz

En este contexto, la construcción de una concepción de la justicia relacionada con el ideal de pacificación resulta novedosa, puesto que permite que el tradicional vínculo entre lo político y lo jurídico sea entendido desde la negociación (verdad, perdón, reconciliación, garantías de no repetición) y no desde el exterminio o la derrota definitiva del enemigo. Y es precisamente este el cambio en las condiciones para negociar propuesto en Colombia, y que constituye un presupuesto para avanzar efectivamente en la transición hacia una sociedad en paz, más democrática y respetuosa de los derechos. (Uprimny Yepes, Sánchez Duque, & Sánchez León, 2014)

Desde esta consideración, debe entonces preguntarse si la relación paz y justicia solamente pasa por normas que derivan en sanciones jurídicas y la respuesta inmediata es que no. En primer lugar, es una justicia que se centra en las víctimas, en ese sentido la idea de transición posibilita la consideración de efectos que están dirigidos más allá de las partes actoras del conflicto para establecer medidas de equiparación social de quienes han sufrido los efectos de la guerra. En segundo lugar, un

⁷ **Justicia transicional.** No es una forma especial de justicia, sino una justicia adaptada a sociedades que se transforman a sí mismas después de un período de violación generalizada de derechos humanos (Sentencia C 579, 2013)

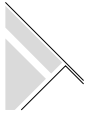


reconocimiento político de las acciones que permiten la construcción de paz para evitar que las causas de cohorte estructural generen nuevos focos de violencia. Y, en tercer lugar, las normas coactivas únicamente tienen la función de crear los márgenes mínimos y máximos que se posicionan sobre la adopción de una transición.

En Colombia, entre los años 2012 y 2016, el Gobierno nacional y las FARC negociaron públicamente la terminación del conflicto armado interno. Para ello el día 30 de noviembre de 2016 se firmó el “*Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*”, que, en el preámbulo y en el punto 5 determina que el eje orientador del mismo es la justicia prospectiva⁸.

De acuerdo con la caracterización anterior (justicia, víctimas y paz) se trata de una concepción de la justicia que, lejos de ser vista como un propósito del Gobierno, es una visión de política estatal alrededor de una construcción sistemática que va temporalmente medida. En un principio, frente al registro de los errores del pasado (generaciones pasadas), de forma subsiguiente hacia el reconocimiento de las acciones del presente (generación presente) y, finalmente, un esquema de validación que posiciona el valor representativo de las generaciones que están por venir (generaciones futuras).

⁸ El reconocimiento de una Justicia prospectiva como fundamento orientador implica un compromiso real con la verdad, la reconciliación, garantías de no repetición y construcción de una memoria colectiva, por ello dentro del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto se establece en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición [SIVJRNR], que es obligación de las partes: Satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno, respecto a hechos cometidos en el marco del mismo y durante este que supongan graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario y graves violaciones de los Derechos Humanos. (FARC -EP & Gobierno de Colombia, 2016)

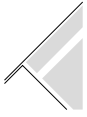


La noción de Justicia prospectiva surge como una subdivisión de la justicia intergeneracional (Llambías de Azevedo, 1949) que fue planteada en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo Sostenible de 1992⁹, en la que se manifestó un nuevo sentido de solidaridad y una señal clara del reto de salvaguardar la calidad del medio ambiente para las generaciones que todavía no han nacido. Sin embargo, la idea de una justicia intergeneracional adquiere un nuevo matiz, ya no será utilizada únicamente como el fundamento jurídico, político y axiológico de los beneficios, cargas, responsabilidades y derechos de los seres humanos (incluidos aquellos que no han nacido) a tener un medio ambiente sostenible (Thompson, 2010).

Mientras la justicia intergeneracional parte de una visión de la comunidad humana que abarca el pasado, presente y futuro, la justicia prospectiva está basada en la idea de una sociedad política en la que tienen lugar la responsabilidad entre generaciones. En la primera *«la humanidad en su conjunto ahora está surgiendo como un sujeto de derechos, que debe compartir los recursos de la tierra y disfrutar de un entorno de calidad que permita una vida de dignidad y bienestar»* (Agius, 2006). Es decir, se trata de una noción compartida y universalizada del bien convertida en un límite al ejercicio de la autonomía política de todas las personas, o en otras palabras en una nueva dimensión de los derechos humanos constituidos como los derechos de tercera generación *“Solidarity Rights”*.

Por el contrario, en la segunda (sociedad política) la noción misma de autonomía política se vuelve constitutiva en el sentido de ser la creación de individuos que logran una visión compartida de lo justo con independencia de sus visiones diferentes o incluso opuestas del bien, desde las palabras concretas de Rawls (1997) se trata ahora de un mecanismo de reconciliación social que da pie a la amistad cívica entre sujetos con visiones filosófico-comprensivas antagónicas. Así las cosas, mientras que la justicia intergeneracional órbita alrededor de la

⁹ “Principio3. El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.”



noción de solidaridad humana para la Justicia prospectiva su centro es la responsabilidad como resultado de dicha construcción de lo justo.

En este orden de ideas, la justicia prospectiva hace referencia a la responsabilidad que adquieren las futuras generaciones de cumplir con X o Y obligaciones impuestas por la generación presente. Por consiguiente, todos seremos siempre responsables, en términos de una obligación, por acciones o eventos del pasado porque se trata de una concepción de la justicia que permite acabar con décadas de violencia.

Esta noción de lo prospectivo parte por desarrollar una construcción de la idea de lo atemporal materializada en el objeto de dicha concepción sobre lo justo. La Justicia prospectiva reconoce derechos fundamentales esenciales para las nuevas y futuras generaciones, como son el derecho a una tierra conservada, el derecho a la preservación de la especie humana, el derecho a conocer sus orígenes y su identidad, el derecho a conocer la verdad sobre hechos acontecidos antes de su nacimiento, el derecho a la exención de responsabilidades por las acciones cometidas por las generaciones precedentes, el derecho a la preservación de la libertad de opción, y otros derechos, sin perjuicio de los derechos de las víctimas de cualquier edad o generación a la verdad, la justicia y la reparación. (Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, 2017).

En ese orden de ideas, se sostiene que la justicia prospectiva es una especie de justicia *sui generis* (Gómez Franco, 2015) pues permite ampliar los intereses de los miembros de la sociedad más allá del tiempo presente. En el estudio de esta noción de justicia lo que interesa es que la moralidad política debe ir más allá de fronteras espacio-temporales, en razón de que lo que se entiende como sistema jurídico debe enfocarse en sociedades intergeneracionales que incluyen sujetos inexistentes, o no consagrados de forma directa en términos funcionales, desde allí el reconocimiento institucionalizado parte por determinar que existe una consideración que plantea un esquema de redefinición de las condiciones constitucionales alrededor de la paz.

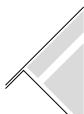


Esta justicia cabría en el proceso colombiano en la medida en que la paz se convierte casi que en un supraderecho –que sintetiza a los demás– y sería entonces el elemento de cohesión para las nuevas generaciones. Como apuesta del Estado supone, en su funcionamiento, una construcción basada en la legitimación que relaciona la paz con la resignificación del contrato social, en tanto se debe conjurar una situación que supera la institucionalidad normalmente considerada (pasado-presente).

El reconocimiento de la justicia prospectiva en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, implica que el Acuerdo firmado por el Gobierno Nacional y las FARC-EP es el incentivo que salvaguarda la obligación de construir una sociedad en paz y que produzca beneficios sociales no para la generación que produjo el mencionado acuerdo, sino para las generaciones futuras.

Por esta razón, en el mencionado marco normativo, es claro que la Justicia prospectiva se establece con los parámetros de la verdad, reparación a las víctimas y las garantías de no repetición reconociendo derechos fundamentales esenciales para las nuevas y futuras generaciones; transformar un estado de paz negativa a la paz neutra implica un cambio en los valores sociales y enfocarlos en la construcción de una sociedad pacífica. Es necesario pensar sobre la sociedad que se tendrá en el futuro. Debe construirse sobre las generaciones no nacidas para permitir que las heridas del pasado, sin olvidarlas, sean el estímulo de un futuro diferente a la guerra y violencia.

Además, la Justicia prospectiva nos debe llevar a construir una sociedad más justa que abarque un nuevo acuerdo social y político, puesto que una valoración sobre lo justo no tiene una intermediación que se resuelva sobre la mera aplicación de las normas ya existentes, sino que en condición y coherencia a los postulados del Estado constitucional y los criterios que se proponen en la justicia transicional. Los responsables del conflicto deben pedirles perdón a las víctimas para garantizar que los hechos de violencia no se repitan.



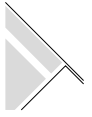
En esta orientación vale la pena hacer mención que Gosseries (2008) establece que la generación presente tiene una obligación moral de dejar en un estado de equilibrio (para el caso de Colombia un estado de no violencia) que permita construir una sociedad libre de culpas y cargas del pasado. En el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, se establece que Colombia –como sociedad– está supeditada al principio de cooperación, como elemento motivador para edificar sociedades (generación futura) respetuosas de los valores, pero sobre todo interesada en acabar con la violencia.

El reconocimiento de la Justicia prospectiva como eje rector del Acuerdo Final implica un cambio en la manera de razonar y comprender las potencialidades de la paz, que incluye la idea de Paz Neutra, inicialmente desplegada por Francisco Jiménez Bautista (2014), como un método para eliminar la *violencia cultural y simbólica* a través del diálogo para permitir la deconstrucción de las ideas y juicios preconcebidos con los que estamos programados todos los seres humanos y que nos impiden ser verdaderamente imparciales frente a otros, como un concepto utópico fuera del alcance de la visión parcializada del ser humano, lo que no limita su ámbito de acción, pues se considera el ideal al que deben apuntar todas las sociedades con el fin de mejorar las relaciones intra e intersociales.

3. Un concepto altamente problemático: sus retos teóricos

El concepto de Justicia prospectiva (tal y como es concebida por Hernández & Orozco 2018) produce una serie de retos teóricos que, si bien serán trabajados conjuntamente dentro de este corto acápite, con el objetivo de lograr cierto grado de claridad expositiva, conviene enunciar de manera diferenciada y en dos grandes bloques.

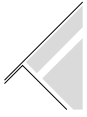
Por un lado, en lo que tiene que ver con su directa conexión con el lenguaje de los derechos, específicamente, bien sea en su versión de los derechos humanos, o bien, de los derechos constitucionales



fundamentales. Un vínculo del que, en coherencia con Hernández y Orozco, da plena cuenta de que la paz “*se convierte [...] en un supraderecho*” al que se le da prioridad frente a cualquier otro tipo de reivindicación normativa, más importante, el hecho de que entre este y los otros derechos conexos se constituyen en el eje moral que sirve de base para la creación de una comunidad (sociedad) política que trasciende la unión de coetáneos para establecer “*un vínculo entre generaciones que se eslabona en el tiempo*” (Hernández Tirado & Orozco Poveda, 2018)

Por el otro lado, respecto a lo que es, pues, el grado de plausibilidad de este tipo específico de *right-based theory of justice* y una vez se le ubica en la que es su principal finalidad: vincular normativamente a las siguientes generaciones con la actual creencia de que el camino para llevar a cabo la lucha política en contra de las múltiples formas de injusticia no está en la guerra, la barbarie y el terror. Con un poco más de detalle, acerca del nivel de deseabilidad de un intento por convertir en atemporal (Hernández Tirado & Orozco Poveda, 2018), en tanto mandato dotado de un tipo de validez que rompe los límites de la reflexión situada (la distinción entre el pasado-presente y el futuro), lo que hoy vemos como una justificada prohibición para utilizar la violencia y las prácticas crueles en tanto que medios para alcanzar reivindicaciones políticas. O, utilizando como referencia a Zuleta (2008), acerca de los riesgos de un intento por eliminar la referencia epocal de una aseveración que formuló hace exactamente 30 años y según la cual, si no se le quiere seguir el juego a los defensores del *statu quo*, es únicamente dentro de las reglas del juego democrático en el que se puede librar la lucha “*en favor de los explotados contra los explotadores, de los dominados contra los dominadores, de los que son más vulnerables contra los que son más poderosos*”.

Para trabajar ambos bloques la estrategia argumentativa será utilizar el concepto general de los derechos subjetivos tal y como ha sido reconstruido por Gallo Callejas (2020). Se trata de un concepto general en la medida en que, de la mano de las herramientas disponibles en la filosofía del derecho del último siglo, pretende servir de base para enfrentar el asunto (central hoy para toda teoría de los derechos) de las relaciones entre las diferentes clases de exigencias normativas que a lo largo de la historia (al menos, moderna) han sido formuladas desde

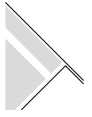


esta herramienta lingüística; ello, en la forma de los derechos naturales, legales, constitucionales fundamentales y humanos. El resultado de esta reconstrucción analítica es, entonces, la distinción entre las dimensiones posicional y descriptiva del lenguaje de los derechos, dimensiones que se explican a continuación de la manera más breve posible.

La primera dimensión es definida en los términos de una herramienta lingüística que permite crear un tipo específico de realidad social, a saber: entre individuos que quedan revestidos con el mismo valor moral, entre sujetos que detentan la misma dignidad y, por tanto, que establecen entre sí una clase de relación normativa que va más allá de la servidumbre, la sujeción y la jerarquía; en suma, que rompe con otros tipos de realidades en que dichas relaciones son construidas desde los estatus de lacayo y (gran) señor. Con mayor precisión, aunque ahora directamente desde el lenguaje de Alexy, cuando el individuo a realiza una exigencia normativa a b en el marco de este último tipo de relaciones (siervo-amo) lo hace como deudor frente a su superior, como posible acreedor de los actos de beneficencia que quedan a merced del capricho de este último. Todo lo contrario, a lo que ocurre dentro del tipo de relaciones triádicas DabG propias de tal herramienta (Alexy) y de acuerdo con las que es titular de un derecho y como tal titular de una posición en la que puede exigir de b el cumplimiento de un deber. O, si se permite forzar un poco la siguiente cita con la que Radbruch (2014) hace alusión a Jhering y su idea del deber moral de la lucha por el derecho, es la diferencia entre dos tipos de psicologías, respectivamente la del siervo (acá está lo forzado) y la del titular de un derecho subjetivo (esto es exacto en la cita):

De aquí que uno y otro se personifiquen en caracteres esencialmente distintos [...] es la divisoria entre el hombre dulce [que debe ganarse el favor de su amo] y el colérico, entre el bondadoso y el fuerte, entre el santo y el héroe, entre el "mosquita muerta" y el camorrista, entre la oveja y el carnero.

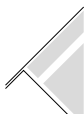
Por su parte, la dimensión descriptiva hace referencia al hecho de que, a través del lenguaje de los derechos, se crean juicios de valor acerca de determinados intereses, acerca de ese elemento G de la relación



tríadica y que constituye justamente el objeto de la exigencia normativa que a le hace a b. Gracias a dichos juicios de valor se afirma, por ejemplo, que la educación (G) es un interés fundamental o de la máxima importancia moral para la vida de todas las personas, y que, por tanto, debe quedar incluido como parte de ese tipo específico de realidad social construida desde las relaciones del tipo DabG que se denomina derechos humanos. (Gallo Callejas, 2020)

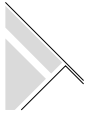
Así las cosas, la anterior reconstrucción permite señalar que el primer gran reto a sortear por el concepto de Justicia prospectiva se deriva de lo que parece ser una extraña combinación entre la psicología (pendenciera, camorrista, colérica) propia de quien está en posición de reclamar el cumplimiento de un deber correlativo a un derecho (a frente a b) y un tipo de justicia que, dentro de la dimensión descriptiva, pone su centro en el valor de la paz (G en tanto que objeto del ya mencionado supraderecho). Que tal combinación resulte extraña no es un ningún invento, al contrario, basta con acudir a la estrecha relación entre derechos y guerra, no solo permanente en las construcciones (o las críticas) tradicionales de los derechos naturales (es suficiente con mencionar en el primer caso a Locke y la necesidad de acudir al reino de los cielos para la defensa de la libertad y la propiedad; en el segundo a Bentham y su conocida expresión del disparate en zancos), sino aún vigente en muchas de las aproximaciones a los derechos humanos (además del denominado R2P con el que autores como Habermas, Pogge, Ignatieff y un largo etcétera terminan defendiendo la intervención militar extranjera dentro del territorio de un Estado, puede mencionarse a Gargarella y su idea del derecho de resistencia en cabeza de quienes se ven sujetos a condiciones de privación severa). Hay más. Incluso Radbruch (2014) plantea dicha relación en los términos de valores opuestos, sus palabras:

Contra la concepción de Jhering cabría objetar que la lucha por el derecho no es, con harta frecuencia, sino la lucha por un derecho supuesto y no real, razón por la cual no siempre sirve y favorece necesariamente al Derecho objetivo, y que el valor del "derecho" [subjetivo] no debe llevarnos a perder de vista el de la paz, que muchas veces, sobre todo cuando se trata de bagatelas, debe anteponerse a aquél.



Pero con todo y la extrañeza que pueda producir esta combinación, es en ella en la que se vislumbra el gran valor del concepto de Justicia prospectiva. Si al valor de la paz se le convierte en tal objeto (o en uno de los intereses que quedan expresados dentro) de las conflictivas relaciones entre a y b, la vía de la violencia queda cerrada o, de forma más categórica, todos y cada uno de los mercaderes y apologetas de la crueldad, tanto física como psicológica, deberán emigrar, deberán encontrar otro lenguaje diferente al de los derechos; ni bombardear en nombre de los derechos humanos, ni secuestrar, torturar o asesinar en nombre de los derechos naturales tendrá sentido para quien parte y hace suya esta noción de la justicia. Dicho de otra manera, la discusión sobre la guerra (justa) deja de ser externa a la teoría de los derechos, en tanto que (posible) medio para la necesaria lucha política por su conquista y reivindicación; esto, para convertirse en un asunto interno a dichas teorías, en tanto que de entrada queda excluida de las formas de ejercicio del poder legitimadas por (o desde) esta herramienta lingüística. Una última aseveración, ahora de regreso a Zuleta y el llamado para no seguirle el juego a los defensores del *statu quo*, se está, pues, frente a un concepto de la justicia que permite enseñar y explicar por qué resulta más que necesario borrar del imaginario colectivo la asimilación entre quien lucha activamente por la causa de los derechos humanos y el combatiente.

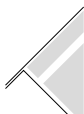
Los otros retos aparecen una vez se mira exclusivamente a la dimensión posicional del concepto general de los derechos subjetivos. Ocurre que la idea de Justicia prospectiva resulta menos problemática cuando lo atemporal es pensado de tal manera que las futuras generaciones son puestas en la posición de (a). Una vez más, gracias a este tipo de relaciones atemporales de lo que se trata es de poner el nosotros del presente, la actual generación, en el lugar de titulares del deber (b) de dejarle al nosotros del futuro una sociedad que ha salido de la guerra; una sociedad que ha logrado “*construir un espacio social y legal en el cual los conflictos pueden manifestarse y desarrollarse, sin que la oposición al otro conduzca a la supresión del otro, matándolo, reduciéndolo a la impotencia o silenciándolo*” (Zuleta, 2008)



Otra cosa muy diferente se deriva del intento de pensar en dicha generación futura como depositarios de este deber (posición b). ¿Cómo, o mejor, por qué resulta defendible la idea de que el actual nosotros podemos arrebatarnos a las futuras generaciones su derecho a hacer la guerra? Pregunta que, tal y como se entienden las cosas, resulta mucho más problemática en la medida en que esta construcción de lo atemporal solo parece posible a través de las dos siguientes vías: (i) mediante un regreso a, una retoma de, las doctrinas del derecho natural, o (ii) como una imposición normativa del actual a los nosotros del futuro.

Ambas vías resultan problemáticas de acuerdo con lo que es el valor de la libertad política. Y ello no solo para enfoques de la democracia radical desde la que Habermas ha advertido una y otra vez sobre la costosa hipoteca frente al derecho natural; también dentro del horizonte del liberalismo político (tanto en la versión rawlsiana como en la de Shklar) y en la que encontramos la misma renuncia a los derechos naturales y, con ella, la misma necesidad de justificar la existencia (Benhabib diría la legitimidad) de los derechos-deberes desde el ejercicio mismo de nuestra autonomía política. En efecto, Nussbaum (2007) a la hora de defender un enfoque de las capacidades que, desde una explícita apuesta por regresar a la justicia del resultado, propone retomar la doctrina del derecho natural de Hugo Grocio, afirma que se trata de un retomar compatible con este último horizonte en la medida en que su lista de capacidades queda elaborada de una manera lo suficientemente abierta para que sea objeto de permanente debate y deliberación.

Pasa lo mismo con la otra vía. Una vía en la que este serio reto puede ser enmarcado dentro del mismo argumento que, durante más de dos siglos, ha dado forma a la difícil tensión entre las tradiciones liberal y republicana. Reto con los que aparecen una vez más los bien conocidos peligros del viejo ideal aristocrático, un ideal que únicamente resultará plausible para quien se sienta portador de una verdad a la que pocos tienen acceso, miembro de una élite intelectual titular del derecho (y del deber) de instruir a quienes nunca la aprenderán por sí mismos. Sobra decirlo, sería el actual nosotros tal élite intelectual que le impone



al nosotros futuro un deber a cuya discusión no tienen acceso en la medida en que, debido a su ignorancia, podrían cometer el error moral de retomar la vía de la guerra.

Conclusiones

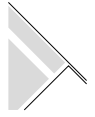
Solamente cuando se le da cabida a la lógica de justicia transicional, en Colombia la paz se convierte en una política de Estado, ni 1986 ni sus reformas, ni el proyecto de Carta Política de 1991, tal como señala Óscar Quintana (2011) lograron convertir este valor en política en el actual supraderecho.

El concepto de Justicia prospectiva implica la responsabilidad y deja de lado el concepto de solidaridad, en otras palabras, la relación de lo atemporal aparece de la mano de una visión compartida de lo justo y no de lo bueno.

La justicia prospectiva se fundamenta en la noción de sociedad política, es por lo que la idea de autonomía política se vuelve constitutiva en el sentido de ser la creación de individuos que logran una visión compartida de lo justo con independencia de sus visiones diferentes o, incluso, opuestas del bien.

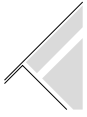
De acuerdo con la concepción de Justicia prospectiva, se entiende entonces que el Estado colombiano está obligado a mantener lo pactado en el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

Si la Justicia prospectiva se construye desde lo atemporal su plausibilidad queda condicionada por la manera en que se debatan las dos siguientes vías: a) un regreso a las doctrinas del derecho natural y b) como una imposición normativa del actual al nosotros del futuro.



Referencias

- Acuña Rodríguez, O. (enero-junio de 2017). *Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia*. Obtenido de Revista historia y memoria: https://revistas.uptc.edu.co/index.php/historia_memoria/article/view/5817
- Agius, E. (2006). Intergenerational justice. En J. C. Tremmel, *Handbook of Intergenerational Justice* (págs. 317-332). MPG Books Ltda.
- Botero, S. (enero de 2006). La reforma constitucional de 1936, el Estado y las políticas sociales en Colombia. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 85-109. Obtenido de Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura: <https://revistas.unal.edu.co/index.php/achsc/article/view/8216/8860>
- Congreso de la República. (25 de julio de 2005). Ley 975. *Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*. Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial 45980.
- Congreso de la República. (18 de diciembre de 2017). Proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de https://view.officeapps.live.com/op/view.aspx?src=http://www.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/jep_-_proyecto_de_ley_.docx
- FARC -EP & Gobierno de Colombia. (24 de noviembre de 2016). *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*. Obtenido de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>
- Gallo Callejas, M. (2020). Injusticia y esperanza. Judith Shklar y los derechos sociales humanos. Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana -UPB-
- García Villegas, M. (2016). *La eficacia simbólica del derecho*. Bogotá D.C.: Penguin Random House.
- Gómez Franco, I. (2015). El Enfoque de las Capacidades y la Justicia Intergeneracional. Departamento de Lógica, Historia y Filosofía de la Ciencia (UNED)/ Theoretische Philosophie (Technische Universität Berlin).
- Gosseries, A. (2008). Theories of intergenerational justice: a synopsis. *Surveys and Perspectives Integrating Environment and Society* . S.A.P.I.E.N.S., 61-71.



- Hernandez Tirado, K., & Orozco Poveda, D. M. (2018). Hacia un concepto de paz en Colombia. En C. d. CECAR, *Derecho y Lógica de la justicia: Un análisis sociojurídico desde la academia* (págs. 4-20). Ciudad de México: Académica Internacional Anaya.
- Jiménez Bautista, F. (2014). Paz neutra: Una ilustración del concepto. *Revista de Paz y Conflictos*, 19-52.
- Llambías de Azevedo, J. (1949). Sobre la Justicia prospectiva. *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía Tomo 2*, (págs. 1312- 1318). Mendoza, Argentina.
- Mejía Quintana, Ó. (2011). La Constitución del 91 revisitada. Dos décadas de una Constitución sitiada. *Ciudad Paz-ando*, 29-46.
- Melo González, J. O. (s.f.). Las reformas liberales de 1936 y 1968. Obtenido de <http://www.banrep cultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-13/las-reformas-liberales-de-1936-y-1968>
- Nussbaum, M. (2007). *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Paidós.
- O'Neill, J. (1993). Future Generations: Present Harms. *Philosophy*, 35.51.
- Radbruch, G. (2014). *Introducción a la filosofía del derecho*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1997). *Teoría de la Justicia*. (M. D. González, Trad.) México D.F., México: Fondo de Cultura Económica.
- Sentencia C 370 (Corte Constitucional 18 de mayo de 2006).
- Sentencia C 579, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub (Corte Constitucional 28 de agosto de 2013).
- Thompson, J. (2010). What is Intergenerational Justice? En F. Leaders, *Future Justice* (págs. 5-21). Future Leaders. Obtenido de http://www.futureleaders.com.au/book_chapters/search/chapters_book_18.php
- Uprimny Yepes, R., Sánchez Duque, L. M., & Sánchez León, N. C. (2014). *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá D.C.: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad [Dejusticia].
- Valencia Villa, H. (1987). *Cartas de batalla: Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Zuleta, E. (2008). *Colombia: Violencia, Democracia y Derechos Humanos*. Medellín: Fundación Hombre Nuevo Editores.
- Zuluaga Gil, R. (24 de junio de 2015). *El quinquenio Reyes (1904-1909): Un lustro de sombra por un siglo de luz*. Obtenido de *Cronicas Constitucionales*: <http://ricardo zuluagagil.blogspot.com/2015/06/el-quinquenio-reyes-1905-1909-un-lustro.html>

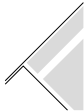


CAPÍTULO III

El derecho evoluciona para construir paz en Colombia

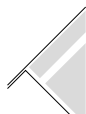
Ángel Torres Hernández¹
Berónica Narvárez Mercado²

Introducción

 En el presente capítulo se estudiará el marco normativo aplicado a los distintos acuerdos de paz suscritos por el Estado colombiano para la construcción de paz que inició con el Pacto Político por la Paz y la Democracia celebrado el 2 de noviembre de 1989 con la guerrilla del M-19; luego la Ley 975 de 2005 o ley de Justicia y Paz que tiene por objeto facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley; posteriormente la Ley 1448 de 2011 que se refiere a Víctimas y Restitución de Tierras, cuya pretensión es atender a las víctimas de despojo y abandono forzado, hasta llegar al recién implementado acuerdo de paz con el grupo guerrillero al margen de la ley FARC-EP, debidamente regulado por el Acto Legislativo 01 de 2017. En toda la normatividad de los acuerdos de paz desarrollados en

¹ Magíster en Derecho. Especialista en Derecho Tributario y en Gerencia de la Hacienda Pública. Abogado y Contador Público. Email: angel_torres@corposucre.edu.co

² Doctorante en Derecho de la Universidad Libre de Colombia. MBA de la Escuela Libre de Derecho de Costa Rica, Abogada, Conciliadora y Docente Investigadora, directora del Centro de Investigaciones Socio jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe, Líder del Grupo de Investigación GIS CER. Email: beronica.narvaez@cecar.edu.co



Colombia es necesario revisar la Justicia transicional, aplicada a cada uno de ellos, como herramienta jurídica que pretende trascender de una sociedad en guerra a un estado de reconciliación y paz.

Se analizarán las fuentes materiales del derecho como instrumento que evoluciona a través de los hechos y acontecimientos que dan origen a las leyes y demás normas, que en este caso en particular pretenden resolver conflictos con grupos armados al margen de la ley, así como la intención de atender a las víctimas. La paz en Colombia no puede ser comprendida como un mero acuerdo, este es solo quizás el inicio de una transformación que requiere compromiso estatal, social e individual; a lo largo de la historia los diferentes estudios que se han hecho sobre el concepto de paz han demostrado que no es un asunto exclusivo de garantías estatales, de ausencia de guerra, de no violencia, que el logro de la paz compromete, además, una injerencia de los valores, la cultura y el individuo (Hernández & Orozco, 2018).

Por otra parte, revisaremos los pilares de la Justicia transicional que permiten realizar procesos tendientes a la dejación de armas y resocialización a la vida civil, como el fin de determinar las falencias en cada proceso, a su vez, los efectos que han tenido en la sociedad colombiana y si ellos, en lugar de resolver los conflictos, se convierten en fuentes de violencia. Corresponde revisar, también, si el derecho ha entrado a resolver las fallas normativas de los procesos aplicados y, por supuesto, si el recientemente firmado acuerdo de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –Ejército del Pueblo, en adelante FARC-EP y la jurisdicción creada para administrar justicia, podría presentar yerros normativos en su estructura que puedan entorpecer la construcción de una paz estable y duradera. En este orden de ideas, corresponde estudiar los avances normativos que ha tenido el Estado colombiano en la búsqueda de la paz y cómo aplicar la Jurisdicción Especial creada por el acuerdo con las FARC-EP.

En este caso de estudio se selecciona el paradigma interpretativo o paradigma cualitativo, que se centra en el estudio de los significados de las acciones humanas y de la vida social, según lo expuesto por Martínez (2012). Asimismo, desde el punto de vista de las fuentes de información que sirven de apoyo a este estudio, se enmarca en el tipo

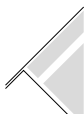


de estudio documental, según Arias (2012) quien define la investigación documental como “(...) aquella que se basa en la obtención y análisis de datos provenientes de materiales impresos u otros tipos de documentos” (pág. 114).

De igual manera, por su contenido, esta investigación se enmarcó en los estudios de tipo jurídico-dogmático. Según Estraña (2009) esta técnica jurídica dogmática reúne los más altos criterios de credibilidad, su originalidad se refleja en el enfoque, criterios, conceptualizaciones, reflexiones, además de ofrecer algunas conclusiones y recomendaciones en forma de reflexiones finales. Es así que esta técnica se utiliza en revisiones críticas del Estado del conocimiento sobre un problema jurídico, integrando, organizando y evaluando la información contenida en las fuentes del derecho, en estudios de derecho comparado para analizar semejanzas, diferencias y tendencias sobre características o problemas jurídicos en el contexto de realidades socioculturales, geográficas o históricas diversas, con fundamento en las fuentes del derecho o en estudios de investigación jurídica histórica.

Por otra parte, en la presente investigación se utiliza un diseño bibliográfico cuyos datos, según Sabino (2010) “se obtienen de fuentes secundarias” (pág. 71), es decir, que han sido previamente obtenidos y procesados por otros investigadores. De igual modo, la técnica será la observación documental, de acuerdo con Nava (2002), que es “aquella que se emplea cuando las unidades de observación están constituidas por documentos” (pág. 145), aunque se hace uso de la observación fáctica, por tratarse de hechos o fenómenos observables.

En lo que respecta a las técnicas de interpretación utilizadas para el análisis de los resultados de la investigación, se acudió a la hermenéutica que significa interpretar, como afirma Martínez (2012), como método utilizado en la investigación científica, pues esta “conlleva necesariamente a una interpretación de los fenómenos estudiados” (pág. 89). De igual manera, se emplea la técnica del análisis de contenido, que, según Ander-Egg (2009), “integra diversos recursos que permiten abordar los eventos de estudio, hechos, situaciones, textos, autores, video, cine, con el interés de profundizar en su comprensión” (pág. 217).



1. El derecho como herramienta de regulación de los conflictos

A través de la historia el derecho ha sido entendido como la solución a nuestros problemas en la medida en que regule las situaciones o hechos que se presentan en la convivencia social, es así como definimos que el derecho, según (Rojina, 1967), “es un sistema o conjunto de normas que regula la conducta humana, estatuyendo facultades, deberes y sanciones”. Así mismo, lo percibimos como una herramienta para la búsqueda de un orden justo, es decir, para alcanzar una justicia en la sociedad. El derecho como tal es asociado a la ley, precisamente porque la ley tiene por función propia ordenar racionalmente las conductas humanas, es por ello por lo que, al aludir a la justicia, siempre recurriremos a las leyes como eje central del derecho.

Ahora bien, el derecho de manera general tiene su génesis en lo que se conoce como fuentes, entre las cuales encontramos las fuentes materiales y las formales y se halla en estas últimas las escritas y no escritas; la ley es una de las fuentes escritas de mayor relevancia. No obstante, la verdadera fuente del derecho radica en el conflicto, situación o hecho que pretende resolver la ley, es decir, las fuentes materiales, que se constituyen en:

Los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas. Estos factores son las necesidades o problemas (culturales, económicos, gremiales, etc.) que el legislador tiende a resolver, y, además, las finalidades o valores que el legislador quiere realizar en el medio social para el que legisla (Torré, 1946, pág. 113)

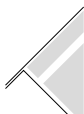
Así las cosas, el legislador, quien tiene dentro de sus funciones el debate y aprobación de las leyes, así como interpretación, modificación y derogación, de acuerdo con lo establecido en la Constitución como norma superior; deberá revisar, estudiar e investigar los hechos que requieren ser regulados por el derecho, para proferir un ordenamiento jurídico como solución a ese acontecimiento particular y, en concreto, que la sociedad espera sea regulado por la ley, para que se pueda otorgar a cada quien lo que merece como elemento primordial de justicia.



El legislador tiene la responsabilidad de aprobar leyes útiles para la solución de conflictos, como la sociedad lo espera, mas no emitir normas que causen un efecto antagónico, es decir, leyes que en lugar de resolver controversias resulten ocasionando problemas al punto de convertirse en focos de violencia en su aplicación, por tanto, el Congreso tiene la obligación de ser muy cuidadoso en el momento de proyectar y aprobar las leyes que en su estricta aplicación se constituirán en las fuentes formales del derecho y sobre ellas, las personas, los funcionarios públicos y los operadores judiciales, están obligados a acatar y hacer cumplir.

2. La ley como herramienta de paz

Colombia, a través de su historia, ha tenido la particularidad de ser un Estado de permanente conflicto: el narcotráfico en tanto el comercio o tráfico ilegal de drogas tóxicas son considerados una fuente generadora de violencia; la guerrilla, puesto que en Colombia las fuerzas armadas revolucionarias de izquierda son consideradas actores en conflicto con el Estado; y los paramilitares, que en Colombia hacen referencia a los grupos armados ilegales de extrema derecha y se han constituido en el eje central de la violencia en nuestro país, no obstante, el mismo Estado ha realizado grandes esfuerzos normativos encaminados hacia la solución de las controversias en la búsqueda de una paz duradera y sostenible; fue así entonces cómo se promovió el indulto a los miembros del M-19, en el gobierno de Virgilio Barco Vargas; posteriormente, se profirió la ley 975 de 2005 en el gobierno de Álvaro Uribe Vélez para que los grupos al margen de la ley se acogieran a un proceso de entrega de armas y conversión a la vida civil y fueron los grupos paramilitares los más acogidos a este orden legal; la ley 1448 de 2011 se expidió para la atención a las víctimas y la restitución de tierras, que busca atender a las víctimas del conflicto armado, en especial las que sufrieron abandono forzado o despojo con posterioridad al 1 de enero de 1991; y ahora recientemente los acuerdos de paz, con la ley de amnistía, el acto legislativo No. 01 de 2017 y demás normas para su aplicación y reglamentación. Todo este ordenamiento jurídico se encuentra enmarcado en el sistema de Justicia transicional como herramienta para la búsqueda de la paz.



La Justicia transicional es una modalidad jurídica que busca colaborar en la conversión de un Estado de violencia y de ausencia de garantías democráticas, a un Estado de paz y respeto por las libertades civiles; excepcional, contingente y específica; un mecanismo tendiente al logro de la justicia, la verdad, la reparación y la garantía de no repetición, y un elemento insoslayable para la consolidación de la paz (Bernal & Álvarez, 2009, pág. 60)

Para el primer orden jurídico citado, es decir, para la solución del conflicto con el grupo guerrillero Movimiento Democrático 19 de abril (M-19) primó la aplicación del perdón y olvido, para que las acciones adelantadas por este grupo quedaran impunes, pero con la condición y el compromiso de que los miembros de este grupo abandonaran las armas y se reinsertaran a la vida civil y pudieran tener participación en política. En este caso, la normatividad dejó a un lado a las víctimas, que no fueron reparadas, situación que hoy no sería posible dado que para la solución de los conflictos debe primar el reconocimiento y atención a víctimas.

Por su parte, la ley de Justicia y Paz, nació como herramienta para que los grupos alzados en armas, en especial los paramilitares que se reincorporaron a la vida civil, que tenía como objeto “facilitar los procesos de paz y la reincorporación individual o colectiva a la vida civil de miembros de grupos armados al margen de la ley, garantizando los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación” (Congreso de la República, 2005), entró entonces esta norma a tener en cuenta a las víctimas afectadas por el conflicto y subsana este nuevo ordenamiento jurídico el yerro anterior. Sin embargo, esta norma solo abarcaba a los grupos armados al margen de la ley y dejaba a un lado a los agentes del Estado como las fuerzas militares y demás servidores públicos y a terceros que, sin duda, también fueron parte integral del conflicto.

La ley 1448 de 2011, “*Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones*” tiene dos enfoques importantes para la búsqueda de la paz porque se centran en la reparación de las víctimas. En primer lugar, pretende la atención, asistencia y reparación integral y establece un



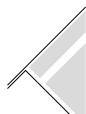
conjunto de medidas judiciales y administrativas que tienen tal intención y traen consigo la definición de las víctimas que pretende atender de conformidad con su artículo 3, el cual establece:

Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1o de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno (Congreso de la República, 2011).

Si bien la norma anterior, es decir, la 975 de 2005, tuvo en cuenta a las víctimas, este nuevo orden jurídico le da prevalencia a crear un sistema de reparación integral y único. Precisamente el segundo contexto de la norma trata de la reparación a las víctimas del conflicto armado, mediante un método único y novedoso que denominó la restitución de tierras, que se concibe como una medida de reparación y se señala el artículo 69 de la ley, que dice lo siguiente:

Artículo 69. Medidas de reparación. Las víctimas de que trata esta ley tienen derecho a obtener las medidas de reparación que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de la víctima dependiendo de la vulneración en sus derechos y las características del hecho victimizante (Congreso de la República, 2011)

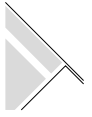
Nótese que la norma pretende, en primer lugar, identificar a las víctimas, para luego determinar qué tipo de reparación otorgarles, es por ello por lo que manifiesta, además, que las víctimas con calidad de propietarios, poseedores u ocupantes de bienes inmuebles y que hayan sido objeto de despojo o abandono forzado de dichas tierras, el Estado adoptará medidas para propender por la devolución de esos predios, como forma o método de reparación a las víctimas. Debemos recordar que son muchos los esfuerzos que ha realizado el Estado colombiano



en la búsqueda de la reconciliación nacional o convivencia social como materialización de la paz, además de los adelantos normativos señalados hasta ahora. Es pertinente mencionar algunos otros, que no pueden pasar desapercibidos, teniendo en cuenta que en cada uno de ellos se ha aprendido y evolucionado con el ánimo de conseguir la dejación de armas por parte de los grupos armados al margen de la ley como el fin inicial para lograr la paz.

Para el año 1982, el entonces presidente Belisario Betancur, decretó la amnistía para la desmovilización de miembros de grupos guerrilleros y logró que dos años después, en 1984, se suscribiera el primer acuerdo de cese al fuego entre las FARC-EP y el municipio de la Uribe (Meta). Luego, para el año 1989, las Autodefensas Obreras, El Quintín Lame, el PRT y el M-19, iniciaron procesos de paz con el Gobierno y este último grupo terminó acogiéndose a la vida civil. Otro intento lo constituyen los procesos de paz con la llamada Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar (CGSB) que, en su momento, integraban las guerrillas de las FARC-EP, ELN y EPL, quienes en el año 1992 intentaron buscar una solución al conflicto mediante acercamientos en Caracas y Tlaxcala. Entre los años 1993 y 1994 luego de los acuerdos de paz con el PRT, M-19 y EPL, decide dejar las armas y dedicarse a la vida civil y política la Corriente de Renovación Socialista (CRS), evento que se realizó en Flor del Monte, Sucre. Algunas cifras ilustran la tragedia entre 1985 y 2013, según lo determinó el Centro de Memoria Histórica, en su informe ¡Basta Ya! 220 000 personas perdieron sus vidas en el conflicto armado colombiano. Este horror forzó a 5 millones de personas a dejar sus hogares entre 1985 y 2011. (Centro de Memoria Historica, 2013).

Entre 1998 y 2002, en el gobierno Pastrana se vinculan a las universidades en el proceso de diálogo, sin embargo, no hay ningún acuerdo y las FARC EP aprovechan la negociación para fortalecerse. No se puede pasar por alto el proceso adelantado por el entonces presidente Andrés Pastrana Arango, quien, con sus intenciones de alcanzar la paz, marcó una tendencia fundamental para su elección para alcanzar la Presidencia del país y enmarcó su política de gobierno en un proceso que terminaría en el año 2002. En este transitar, las víctimas del conflicto siguen en desconocimiento de sus derechos,

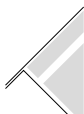


que más tarde la Corte Constitucional declararía Derechos Humanos Fundamentales, en la providencia C- 370 de 2006. Y en el año 2005 se sanciona la ley de Justicia y Paz que reglaba el proceso de desmovilización y reinserción para facilitar el proceso de paz y la reincorporación individual de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley (GAOML), “en este instrumento se inicia la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación integral, la cual pretende resarcir todos los daños y perjuicios sufridos por las víctimas” (Marquéz, 2018, pág. 98)

3. Cuando la intención del derecho es buena, pero no suficiente

Se dijo anteriormente que la intención del derecho es resolver los conflictos sociales, más aún, cuando se trata de confrontaciones armadas que no permiten a la sociedad una convivencia pacífica. El derecho y la justicia se hallan estrechamente vinculados entre sí, pero, además, al mismo tiempo, la justicia y el derecho están relacionados con un elemento central para ambos: la paz. La paz es a la vez un valor, un fin y un bien para el derecho porque constituye un valor en el que el derecho hace participar a la convivencia social, por medio de la justicia. La paz supone uno de los fines, metas o términos del movimiento del derecho. Al mismo tiempo, una convivencia pacífica, una comunidad o sociedad humanas en paz, representan un bien, porque “la paz responde hacia la esencia activa o naturaleza de la sociedad y contribuye a perfeccionarla” (Barraca, 2005, pág. 133)

No obstante, también se han mencionado las críticas a las normas que han tratado de buscar una paz estable y duradera, es así cómo se otorga el indulto otorgado a los miembros del M-19 para que dejaran las armas y se reincorporaran a la vida civil, sin tener en cuenta a las víctimas de este grupo guerrillero, entre ellas las de la toma del Palacio de Justicia el 6 de noviembre de 1985. Hoy es señalado por una fracción de la sociedad, el hecho de que sus miembros no hayan reparado a las víctimas y tengan la oportunidad de ocupar cargos de elección popular. Así mismo, la ley de Justicia y Paz, que se aprobó y sancionó con la intención de la



resocialización de los grupos armados al margen de la ley, no incorpora a los agentes del Estado o a terceros como victimarios y actores en el conflicto. Además, en el seguimiento del proceso en la mayoría de los casos no se logró que los victimarios hicieran la reparación integral a las víctimas por la extradición de sus principales líderes; víctimas que exigen el derecho a conocer la verdad de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los secuestros, asesinatos y demás delitos cometidos por los grupos paramilitares.

La ley de Víctimas y Restitución de Tierras no se ha quedado atrás en sus falencias que traen consigo consecuencias poco alentadoras para la anhelada paz, el asesinato de líderes sociales es pan de cada día en nuestro país, de acuerdo con la Defensoría del Pueblo, en su Informe Especial de Riesgo “Violencia y amenazas contra los líderes sociales y defensores de los Derechos Humanos” dado a conocer el 30 de marzo de 2017, dentro del contexto general del riesgo hace énfasis que:

En numerosas regiones del territorio nacional se encuentra de manera dispersa un amplio número de dispositivos de coerción y aparatos armados que, dedicados en lo fundamental al narcotráfico y a las economías ilegales, de una u otra manera se adscriben directamente o sostienen nexos con los llamados Grupos Armados pos-desmovilización de las Autodefensas. Estas organizaciones, asociadas con intereses particulares, dedicados a la apropiación y despojo de tierras e impedir futuros procesos de reparación y restitución a las víctimas, configuran estructuras que despliegan acciones violentas, agresiones y amenazas contra los líderes sociales y comunitarios; defensores de derechos humanos y representantes de organizaciones de organizaciones sindicales, así como víctimas de desplazamiento forzado” (Observatorio de Tierras, 2017, pág. 28)

Este informe hace énfasis en los líderes de restitución de tierras como nuevas víctimas del conflicto armado en Colombia porque señala que merece especial atención la intervención de particulares vinculados con grupos de interés que se oponen a la restitución de tierras y que estigmatizan a los movimientos sociales y políticos que buscan la reparación, la restitución o reformas en materia agraria como auxiliares

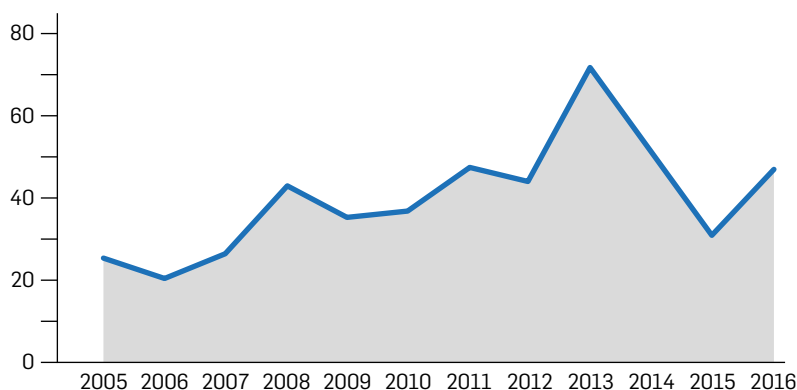
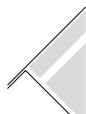


de la guerrilla. Esta tendencia de amenazas, hostigamientos, agresiones y ataques se ha visto materializada especialmente en contra de voceros e integrantes de movimientos sociales y políticos como Marcha Patriótica y Congreso de los Pueblos, así como de sus correspondientes organizaciones sociales de base. Esta situación puede escalar hacia graves vulneraciones y ataques contra sus derechos fundamentales. Lo anterior, originado en la creciente visibilidad que últimamente han venido alcanzando distintos procesos campesinos, agrarios y comunitarios que convergen en alguna de estas organizaciones, lo que se ha comenzado a traducir en intimidaciones, hostigamientos y amenazas (Observatorio de Tierras, 2017, pág. 29)

Es de vital importancia la valoración estadística que hace este informe con respecto a los líderes reclamantes de restitución de tierras sobre ese universo de líderes sociales que concluye con la observancia de algunos de los elementos que permiten evidenciar la problemática generalizada de los ataques porque resultan siendo los más agobiados los reclamantes que impulsan la reivindicación de los derechos en zonas rurales, con un porcentaje no inferior al 69%. Y es que desde la entrada en vigencia de la ley, se reportan situaciones de generación de conflictos, al punto de existir denuncias de la conformación de una estructura paramilitar que tendría la intención de no permitir la restitución de tierras por medio de la persecución y el asesinato de campesinos que lideren los procesos de retorno de las tierras como modelo de reparación, es decir, la norma creada para atender a las víctimas sería la fuente de la conformación de grupos armados al margen de la ley anti-restitución de tierras (Vanguardia, 2012, pág. 1).

De acuerdo con el reporte publicado por el Observatorio de Restitución y Regulación de Derechos de Propiedad Agraria y que fue reseñado por el periódico El Espectador, sobre el asesinato de líderes sociales hasta el año 2016, se presenta en la gráfica 1.

Puede verse claramente que para el año 2013, los homicidios aumentan considerablemente entre el año 2012 y 2013, fecha para la cual Estado comienza a recibir las reclamaciones de restitución de tierras. Así mismo, en declaraciones de voceros de la Presidencia del país, se

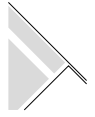


Gráfica 1. Líderes asesinados por año de ocurrencia.

Fuente: Observatorio de Restitución y Regulación de Derechos de Propiedad Agraria.
Tomado de: (Periodico El Espectador, 2017)

afirma que la protección de los líderes sociales es su prioridad, para lo que, mediante decretos, se crea un nuevo sistema de alertas tempranas, más ágil y eficaz, y se instruye a gobernadores y alcaldes para que, en su condición de agentes del presidente en materia de orden público, prioricen la protección de tales líderes sociales. No obstante, esto se ha constituido en un reto, pues la matanza de los líderes sociales en la actualidad es abrumadora hasta que dicha violencia se ha convertido en su contra en uno de los puntos negros del posconflicto durante este año; es así que, según la Defensoría del Pueblo de Colombia, hay una situación de riesgo persistente y entre enero de 2016 y julio de 2017, se han registrado 186 homicidios de líderes sociales y defensores de derechos humanos (Nuvaez & Guardiola, 2018).

Un estudio denominado “Los desequilibrios procesales en la restitución de tierras y sus efectos en la sociedad colombiana” (Torres, Vergara, & Gonzalez, 2017), adelantado por los miembros del Semillero de Derecho Procesal de Corposucre en el año 2017, argumentó que dicha ley se convirtió en un foco generador de violencia, no solo por su objeto, sino, además, por los desequilibrios otorgados en la misma que favorecían a la víctima en contra de los actuales propietarios, poseedores u ocupantes, entre los cuales se tendrían la demostración de la buena

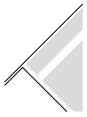


fe exenta de culpa, la inversión de la carga de la prueba, la creación de la Unidad de Restitución de Tierras como Representación de las Víctimas, entre otros aspectos de trámite y del proceso de restitución que hacían ver al actual tenedor como un victimario.

Es buena la intención de las normas anteriormente citadas, en el entendido de que la paz es un valor supremo y lo que se busca es cumplir con los pilares de la Justicia transicional como lo son el derecho a la verdad, la justicia, la reparación y garantía de no repetición, que evoquen la convivencia social en la búsqueda de la paz, pero, a su vez, notamos que la misma norma puede traer consigo tanta violencia como la que se pretende mitigar. En este sentido, se empiezan a reconocer los derechos de las víctimas del conflicto, sin embargo, si se analiza este pronunciamiento y sus antecedentes judiciales, tenemos que son producto de la entrada en vigor de la ley 975 de 2005 o ley de Justicia y Paz. Así las cosas, la producción de leyes que entrarían a establecer la reparación integral a las víctimas, solo se daría hasta 2011. En este mismo pronunciamiento, se reconocen los derechos de las víctimas como derechos humanos fundamentales y se despliega ampliamente el contenido de los derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación integral y a las garantías de no repetición.

4. Acuerdo de paz firmado con las FARC-EP

Se viene ahora la aplicación de los acuerdos de paz que fueron suscritos con el grupo armado al margen de la ley FARC-EP y existe una evolución normativa que aparta las falencias de las normas anteriores, han sido mostrados como la solución al conflicto interno que padece nuestro país por más de 60 años. Este proceso trajo consigo una serie de normas que conforman el ordenamiento jurídico en la búsqueda de la paz, entre las cuales está, en el mismo acuerdo firmado, el Acto legislativo No. 01 de 2018, la ley 1820 de 2016 *“Por medio de la cual se dictan disposiciones sobre amnistía, indulto y tratamientos penales especiales y otras disposiciones”*, el proyecto de ley estatutaria que se encuentra en estudio constitucional, el recién aprobado Código Procesal para la Jurisdicción Especial Para la Paz y, por supuesto, los pronunciamientos que se vayan presentando en esa jurisdicción.



Este marco normativo ha tenido tropiezos desde su génesis, teniendo en cuenta que se sometió a un plebiscito en el que el resultado fue el rechazo de una estrecha mayoría, lo que hizo necesario su legitimación a través de la Corte Constitucional, situación que produjo el rechazo inmediato de quienes dieron su voto negativo a la aplicación de los acuerdos y que argumentan la deslegitimación de este por haber sido objetados por el pueblo como constituyente primario.

Por otra parte, existen serios planteamientos que previenen la aplicación del ordenamiento jurídico del juzgamiento de los actores en conflicto, toda vez que si bien es cierto que se enmarcan bajo el sistema de Justicia transicional, que es flexible porque su fin es la búsqueda de la paz duradera, no es menos cierto que el Estado colombiano debe cumplir con el derecho internacional consuetudinario en la aplicación de la justicia, es decir, existen tratados como el Estatuto de Roma, el Pacto de San José, entre otros, que protegen los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, los cuales, de acuerdo con el principio de *pacta sunt servanda*, son para cumplirse y, por lo tanto, los fallos de la jurisdicción de paz deberán contener tanto la reparación integral a las víctimas como unas condenas a los victimarios que se ajusten a las normas internacionales.

Y es que precisamente ya existen reparos por parte de organismos internacionales competentes en la protección y juzgamientos de las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. Por ello, la fiscal de la Corte Penal Internacional, Fatou Bensouda, elevó, el 18 de octubre de 2017, un escrito *amicus curiae* a la Corte Constitucional de la República de Colombia que se refiere a algunos aspectos que si bien son juzgados por la Jurisdicción Especial para la Paz, podrían existir falencias en el cumplimiento del derecho internacional consuetudinario, como lo son lo que se refieren a la responsabilidad de mando, la amnistía, crímenes de guerra, entre otros.

Con respecto a la normatividad aplicable en el juzgamiento de los graves crímenes de guerra, manifiesta la fiscal en el punto 29 de su escrito, que:

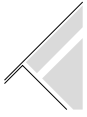


(...) la exclusión de crímenes del Estatuto de Roma, como los crímenes de lesa humanidad y el genocidio de las amnistías, indultos, y del beneficio especial de “renuncia a la persecución penal” es un aspecto importante del marco jurídico que regula la JEP. Sin embargo, en relación con los crímenes de guerra, el requisito legal de que la conducta haya sido cometida de forma sistemática podría llevar a que se dicten amnistías u otras medidas similares a individuos responsables por crímenes de guerra que, si bien no fueron cometidos en forma sistemática, podrían no obstante estar abarcados por la jurisdicción de la CPI. Un resultado así podría tornar admisible ante la CPI cualquier caso o casos que quedara(n) sin abordar – producto de la inacción nacional o la falta de disposición o de capacidad del Estado en cuestión de llevar realmente a cabo los procesos – y podría también violar normas de derecho internacional consuetudinario (Bensouda, 2017, pág. 4).

Por otra parte, en lo que respecta a la responsabilidad de mando, la fiscal hace énfasis en el artículo 24 del Acto legislativo No. 01 de 2017, señalando en el punto 12 de su escrito que dicho artículo establece que el superior debe ejercer el control efectivo de la conducta criminal. Pero este no es un elemento con arreglo al derecho internacional consuetudinario o al Artículo 28 del Estatuto de Roma, que solamente exige que el jefe ejerza su mando o control efectivo sobre sus subordinados que cometen los crímenes. En estos términos, el Artículo transitorio 24 frustra el objeto de la responsabilidad del mando en derecho internacional.

Y continúa acotando:

En efecto, con arreglo al derecho internacional consuetudinario, la cuestión de si un superior tenía control efectivo sobre sus subordinados se responde simplemente preguntando si el superior tenía la capacidad material de prevenir crímenes futuros o castigar crímenes pasados cometidos por sus subordinados. En cambio, el requisito de que el superior controle la conducta parecería necesariamente sugerir algún tipo de restricción sobre el alcance de la conducta del

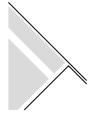


subordinado por la que el superior podría ser responsabilizado. En particular, podría generar dudas de si el subordinado actuaba o no de conformidad con sus deberes oficiales al cometer el crimen en cuestión" (Bensouda, 2017, pág. 6)

Nótese que en los dos puntos citados, la fiscal de la Corte Penal Internacional hace énfasis en que la norma deja una brecha en la aplicación del derecho internacional consuetudinario que podría provocar juzgamientos en los delitos de lesa humanidad que no estén de acuerdo con lo que ellos regulan o establecen, lo que ocasionaría que estos fallos proferidos por la Jurisdicción especial para la Paz creada para tal fin, pudieren ser objeto de estudio y competencia complementaria por parte de este alto tribunal internacional. Precisamente existe jurisprudencia internacional al respecto, plantea la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *La Cantuta vs Perú*, en el que señaló:

De ahí que la justicia internacional sobre derechos humanos no se conforme necesariamente con la última decisión interna que analiza la violación de un derecho (y autoriza o permite que subsista la violación y persista el daño hecho a la víctima), y de ahí que la justicia penal internacional rehúse a convalidar las decisiones de instancias penales domésticas que no puedan o no quieran hacer justicia.

¿Implica esto la decadencia de la cosa juzgada –frecuentemente cuestionada en materia penal– y la supresión del ***ne bis in ídem***, con riesgo general para la seguridad jurídica? La respuesta que prima ***facie*** pudiera parecer afirmativa, no lo es necesariamente. No lo es porque bajo las ideas expuestas no se disputa la eficacia de la ***res judicata*** ni de la prohibición de segundo juicio cuando aquella y estas se fincan en las disposiciones aplicables y no entrañan ni fraude ni abuso, sino garantía de un interés legítimo y amparo de un derecho bien establecido. No se combate pues la "santidad" de la cosa juzgada ni de la firmeza del primer juicio –a título, entonces, de único juicio posible–, sino la ausencia de resolución legítima –esto es, legitimada a través de un debido proceso– a que se atribuya eficacia de cosa juzgada e idoneidad para sustentar el ***ne bis in ídem*** (Fernández Carrasquilla, 2013, 441)

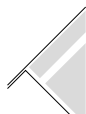


La situación señalada, tiene dos matices importantes, en primer lugar, ocasionaría una inseguridad jurídica sobre el victimario juzgado que ve en la JEP una alternativa para dejar de delinquir y socializarse a la vida civil, en tanto que su juzgamiento interno podría ser revisado y fallado por una instancia internacional. En segundo lugar, la reparación integral a la víctima se vería duramente cuestionada, dado que los afectados por el conflicto, buscan ser reparados a través de juicios justos en los que las penas a los victimarios sean ejemplarizantes y coherentes con el ordenamiento jurídico que protege los graves delitos que se cometieron.

En la búsqueda de la paz como valor supremo, el derecho de manera integral en Colombia ha ido evolucionando y aprendiendo de errores cometidos en los procesos anteriores, el reto ahora deberá enfocarse en seguir disponiendo normas a través del Congreso de la República y de la Rama Ejecutiva que garanticen un equilibrio social público para la convivencia de quienes, en alguna ocasión, estuvieron en conflicto o padecieron de este, a su vez este ordenamiento debe ser lo suficientemente claro y coherente con los estamentos internacionales para que los administradores de justicia puedan emitir fallos que brinden seguridad jurídica y equidad. Solo de esa manera, aprendiendo de los yerros cometidos en intenciones anteriores, es que el derecho logra evolucionar y se convierte en la mejor de las herramientas para alcanzar la tan anhelada paz como coexistencia social.

Conclusiones

La apuesta de esta investigación pretendió desarrollar el estudio del ordenamiento jurídico que ya se ha venido aplicando de manera general en la búsqueda de tal fin, con el único propósito de que aprendamos de nuestros propios errores para equivocarnos menos en la construcción de este valor supremo. Se ha logrado analizar que, teniendo en cuenta que la aplicación del actual proceso de paz está en su génesis, hay que ser precavidos y cuidadosos en la aplicación de la administración de justicia que pretende implementarse a través de la Jurisdicción Especial para la Paz, con el ánimo de revestir de seguridad jurídica a los juzgados y a las víctimas y evitar posibles



estudios y revisiones de cortes internacionales en los fallos que se profieran sobre los delitos violatorios de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

La Justicia transicional se erige como el ordenamiento jurídico especial aplicado por el Estado colombiano en la búsqueda de la paz. El Estado colombiano ha implementado normas que tienen como fin la terminación del conflicto armado y la reparación de las víctimas, como en el indulto al M-19, la ley 975 de 2005, ley 1448 de 2011, los acuerdos de paz y su reglamentación, entre otras normas y procesos de paz. La aplicación de los acuerdos de paz en lo que respecta al juzgamiento de los victimarios y la atención a las víctimas, deberá ser muy cuidadosa con la observancia del derecho internacional consuetudinario para brindar seguridad jurídica y construir paz.

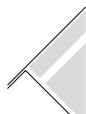
La necesidad de la paz, a través de elementos fundamentales como las acciones penales contra los criminales, para evitar la impunidad. Se trata entonces de equilibrar las exigencias jurídicas, la garantía de que las víctimas conozcan la verdad mediante la justicia, desagravio de daños; y las exigencias políticas, es decir, el reconocimiento expreso de los perjuicios y desmanes producidos por los actos delictivos cometidos; además de la reforma de las organizaciones implicadas, en términos de eliminación de prácticas de muerte, tortura, secuestros; y la creación de comisiones de verdad, como modo de implantar la ética en estas relaciones complejas de los organismos objeto de la transición.

Referencias

- Barraca, J. (2005). *Pensar el Derecho*. Madrid: Ediciones Palabras S.A .
- Bensouda, E. (18 de octubre de 2017). Fiscal de la Corte Penal Internacional. Escrito de Amicus Curiae de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la jurisdicción especial para la paz., 4-12. La Haya, Países Bajos.
- Bernal, G., & Álvarez, N. (2009). *Aprendizaje significativo de la Ley de Justicia y Paz* . Bogotá: GTZ.
- Centro de Memoria Histórica. (2013). *¡Basta Ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: Centro de Memoria Histórica.



- Congreso de la República. (25 de julio de 2005). Ley 975. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República. (10 de junio de 2011). Ley 1448. Bogotá, Colombia. Obtenido de <https://www.unidadvictimas.gov.co/sites/default/files/documentosbiblioteca/ley-1448-de-2011.pdf>
- Hernández, K., & Orozco, D. (2018). Hacia un concepto de paz en Colombia. En B. Narváez, & D. Monsalve, *Derecho y lógicas de la Justicia: un análisis sociojurídico desde la academia* (págs. 5-23). Ciudad de México: Editorial Anaya.
- Marquez, S. (2018). Reparación integral a las víctimas. En B. Narváez, *Apuntes del Derecho y la Justicia en un mundo globalizado* (págs. 90-111). Costa Rica: Eva.
- Nuvaez, J., & Guardiola, A. (2018). Tratado colombiano entre el Estado colombiano y la FARC como mecanismo generador del proceso de pacificación con el ELN. En B. Narváez, & D. Monsalve, *Derecho y lógicas de la Justicia: un análisis sociojurídico desde la academia* (págs. 24-44). Ciudad de México: Editorial Anaya.
- Observatorio de Tierras. (30 de marzo de 2017). Obtenido de <http://www.observatoriodetierras.org/wp-content/uploads/2017/05/INFORME-ESPECIAL-L%C3%8DDERES-30-03-17-1.pdf>
- Periódico El Espectador. (2017). Obtenido de <http://www.elespectador.com/noticias/politica/radiografia-del-asesinato-de-lideres-rurales-articulo-696669>
- República, C. D. (10 de Jjnio de 2011). Ley 1448 . Bogotá, Colombia .
- Rojina, R. (1967). *Introducción al estudio del Derecho*. México: Porrúa.
- Torré, A. (1946). *Norma, Derecho y Filosofía*. La Ley, 113 - 156. Obtenido de <https://books.google.com.co/books?id=ppTGDwAAQBAJ&pg=PT170&lpg=PT170&dq>
- Torres, A., Vergara, R., & González, D. (2017). Los desequilibrios procesales en la restitución de tierras y sus efectos en la sociedad colombiana. En B. Narváez, & D. Monsalve, *Derecho y lógicas de la Justicia, un análisis sociojurídico desde la academia* (págs. 76-96). Ciudad de México: Editorial Anaya.
- Vanguardia. (23 de febrero de 2012). Denuncian creación de “Ejército Anti-restitución”. *Vanguardia*, 1. Obtenido de <http://www.vanguardia.com/actualidad/colombia/144726-denuncian-creacion-de-ejercito-anti-restitucion>



CAPÍTULO IV

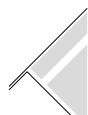
La tetradimensionalidad de la paz jurificada

Iván Espino Pichardo¹

Roberto Wesley Zapata Durán²

Martha Gaona Cante³

Introducción

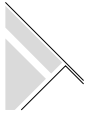
 Fue Erasmo de Róterdam quien aseguró que la paz es la fuente de toda felicidad, la meta más perseguida por los integrantes de la gran familia humana; el bien supremo y el fin último, según Aristóteles. Para los teóricos del Instituto de la Paz y los Conflictos de la Universidad de Granada, España, la paz nos hace disfrutar de nuestra condición de personas y existe en todos los ámbitos de actuación de los humanos (Espino, 2017).

La importancia de la paz en las sociedades está sostenida por una característica esencial del ser humano; según Hugo Grocio, el ser humano es el único ser con un “*appetitus societatis*”, o sea, tiene la tendencia hacia una vida pacífica y ordenada de sus semejantes (Stammler, 1955). De acuerdo con esta idea, es en las relaciones pacíficas (no violencias y cuidado a la dignidad humana) lo que indica

¹ Correo de contacto: consultoriaespino@gmail.com, académico de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo.

² Correo de contacto: rwzd77@hotmail.com, profesor investigador de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo.

³ Correo de contacto: gaona_mar@yahoo.com.mx, académico de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo.



la existencia de determinadas ideas y valoraciones que explican si una acción u omisión es justa o injusta.

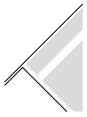
Ahora bien, ¿la paz es una norma jurídica? Y, en su caso, ¿qué tipo de norma jurídica es? Planteamos como hipótesis: la paz como valor genético de un sistema jurídico con paradigma de Estado Constitucional, con una estructura normativa integrada por: i. La ausencia de violencias y, ii. El ejercicio de derechos humanos. Reconocimos a la paz como tipo normativo operable en cuatro dimensiones hasta ahora conocidas: en procedimientos sustanciados por particulares frente al Estado; en el arreglo pacífico de controversias entre Estados; como valor y derecho que debe ser garantizado por el Estado a titulares de derechos y, a la humanidad e integridad de los sistemas ecológicos.

Con este trabajo pretendemos identificar la posición de la paz en el sistema jurídico y, por consiguiente, calcular su operación para la toma de decisiones jurídicas; para sostenerlo, lo hemos estructurado en cuatro apartados: en un primer momento analizamos al sistema jurídico en un Estado Constitucional, ello nos conduce a distinguir una diversidad de tipos normativos entre los que ubicamos a la paz, esto nos posibilita a explicar la paz jurificada, una vez hecho este análisis, examinamos a la paz como valor genético en un sistema jurídico constitucional.

1. La legitimidad del derecho

Octavio Paz escribió que estaba en crisis el más viejo y sólido instrumento de opresión que conocen los hombres desde el fin del neolítico: el Estado (Adame, 2018). Desde ese pensamiento, ¿habría que decirlo también sobre el derecho? Para responder, admitamos por el momento: si el Estado se legitima por las competencias que le confiere la norma jurídica, y ésta, tiene efectividad por la fuerza que le imprime el Estado, se infiere que sí, el derecho está en crisis.

Existe, empero, una justificación racional del derecho no puramente estatista, la de pensarlo como una consecuencia de la cohesión social proyectada en un sistema artificial que permite la convivencia ordenada



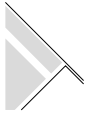
entre las personas y la resolución de conflictos sin el uso de la fuerza, esto es, una dimensión del derecho desestatizada, en este caso, la presencia de un sistema jurídico está estrictamente vinculado con la validez que le dan los obligados a observarlo. ¿Será esa dimensión la que salve a todo el derecho?

Para explorar ese planteamiento, enfoquémonos en el derecho y su posible crisis. Si Kelsen tuvo razón —en una de las concepciones más relevantes del siglo XX— en que el derecho es “normas coactivas”, (Kelsen, 2019), no podríamos explicar la dimensión referida. Ahora bien, si la noción de “juridicidad” implica la resolución de conflictos a través de formalidades esenciales en las que impera la civilidad sin el uso de la fuerza, por la aplicación fina de un pacto social, es esta idea la que concentraría al derecho en todas sus dimensiones.

De manera que haremos un replanteamiento: ¿La juridicidad está en crisis? Es posible que una teoría de ingeniería nos dé luz para hallar la respuesta: la rigidez y sus coeficientes. La rigidez es la resistencia que posee un elemento para soportar fuerzas sin sufrir grandes deformaciones, mientras que, los coeficientes cuantifican la rigidez, en otras palabras, un coeficiente de rigidez permite medir la fortaleza de un elemento.

Supongamos, la juridicidad es el elemento. ¿Qué sería el coeficiente de rigidez? Consideremos que, a la respuesta de ese planteamiento se satisface nuestro objetivo de identificar si la juridicidad está soportando y soportará toda fuerza que, de manera intencional o no, provoque su cese. Es probable que el constituyente mexicano lo haya proyectado al prever, en el artículo 136 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que la: “Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que, por cualquier trastorno público, se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia”.

Es necesario recalcar que la función de una Constitución es fungir como norma jurídica central, que irradia en todos los actos, omisiones y normas emanadas de autoridad, previendo un catálogo de derechos

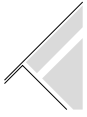


fundamentales de los individuos y la estructura del Estado. Ahora veamos, como se ha legislado, la permanencia de la Constitución (como concentración de la juridicidad) no depende de ella misma (como norma jurídica), sino de los valores y principios que la integran, como ideales morales reconocidos en la propia Constitución, los cuales, al ser plasmados en ese instrumento fundamental, se hacen exigibles en el terreno jurídico, es decir, se juridifican.

Así es que la Constitución (elemento), por ser la norma que orienta todos los sistemas jurídicos y valida actos, omisiones y normas, así como, la estructura del Estado tiene como núcleo la juridicidad –por decir en los regímenes democráticos–, en consecuencia, lo que nos permitirá medir su fortaleza está en la legitimidad de los principios que la integran (coeficiente de rigidez). De allí resulta que la juridicidad no enfermará de muerte en tanto los valores y principios con los que se opere estén contruidos desde la base moral de los obligados a observarla.

Es posible que la comprensión de esos principios y valores que legitiman la existencia del derecho y, en consecuencia, lo salven de una posible crisis, esté en el reconocimiento de los acontecimientos sociales que históricamente han determinado el contenido de la norma jurídica, esencialmente la constitucional. Eduardo García Máynez (2005) pensaba que el derecho nace de los “factores y elementos que determinan el contenido de las normas”, tales como las necesidades económicas o culturales de las personas, o las exigencias de justicia, de seguridad y de bien común, así mismo, el derecho se construye con acción, movilidad y constante perfeccionamiento, se ajusta a una “modernidad líquida” –según Zygmunt Bauman (1999) – que exige flexibilidad y cambio, ello con mayor intensidad en los regímenes democráticos.

Además, la perspectiva historicista de Manuel Atienza (2017) sobre la constitución y evolución del Estado, muestra que el derecho es el resultado de acontecimientos históricos que han ido dándole forma al catálogo de derechos y libertades de las personas, así, por ejemplo, de la organización civil cuya fuerza es centrífuga para el reconocimiento de derechos y libertades, de procedimientos y de instituciones para



garantizarlos, de ahí que negar la importancia de la acción social es anular una fuente del Derecho: la realidad.

De manera semejante, Ferdinand Lassalle (2014) explicó que “una constitución es el conjunto de factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad”, en otras palabras, las constituciones en los estados democráticos son construidas con una alta dosis de factores reales, de manera que la historia muestra que los rostros de la(s) realidad(es), aunque a veces se oculten, terminan por emerger y transformar a los sistemas jurídicos.

Ahora bien, el derecho constitucionalizado optimiza reglas, proyecta valores y principios compartidos por la sociedad, como lo son: paz, dignidad, igualdad, libertad y seguridad, entre otros; da mayor certeza al respeto de los derechos humanos, esto es, realidad aplicada al “conjunto articulado y coherente de instituciones, métodos, procedimientos y reglas legales que constituyen el derecho positivo”, en uso del concepto de sistema jurídico utilizado por José Humberto Zárte (1997).

Dicho lo anterior, una constitución únicamente no es consecuencia del pasado o reflejo del presente, el texto fundamental no está acotado a regular la realidad, sino, además, construye el ideal de sociedad y de Estado; una constitución es el aparato artificial que traza una región en la que se garantice la protección a valores, derechos humanos, derechos fundamentales, principios y reglas constitucionales; proyecta la posibilidad de un país con pleno ejercicio de libertades y derechos en expansión, sin excepciones por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales o el estado civil.

2. El derecho en el Estado constitucional

Nos proponemos exponer la arquitectura de un Estado cuya Constitución concentra los valores, derechos humanos, derechos fundamentales, principios y reglas que determinan y optimizan los actos y omisiones de autoridad, así como las normas vigentes en su sistema jurídico.



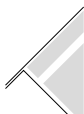
Juristas como don Héctor Fix Zamudio (1985), piensan que el Estado, como el centro para la toma de decisiones, debe ubicar al ser humano en la posición para que le orbiten los actos y normas producidas por la autoridad, para que pase de ser un instrumento para cumplir los objetivos del Estado, a ser su fin. Esta perspectiva implicó repensar la ingeniería del sistema jurídico para orientar los métodos, procedimientos, instituciones y normas jurídicas a la protección de la persona humana y garantizar la posesión de su proyecto de vida y el desarrollo de sus potencialidades.

En el caso de la norma jurídica se dejó de entender como un conjunto de reglas para orientar la conducta de las personas y del Estado, y se ha concebido desde una variedad de tipos normativos, como lo son: valores, principios, derechos humanos, reglas (Caso Cabrera García Montiel Flores vs México, 2010) y cada una de ellas requirió de operaciones finas de interpretación y argumentación.

Esos tipos de normas, a excepción de las reglas (que en el caso mexicano sí las hay constitucionalizadas), se hallan en una dimensión jurídica vislumbrada como bloque (en el caso mexicano denominado parámetro de control de regularidad constitucional⁴), que permite optimizar las decisiones de autoridad hacia valores que suelen coincidir con los fines del ordenamiento jurídico.

A diferencia de la arquitectura del derecho legislativo, en esta forma de pensar al derecho, desde un Estado constitucional, escribe don Manuel Atienza Rodríguez (2017): no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una Constitución, sino el Estado en el que la Constitución contiene: a) un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales, b) ciertos derechos fundamentales que limitan

⁴ "El bloque de constitucionalidad son aquellas normas, principios y valores que, sin ser parte del texto constitucional, por disposición o mandato de la propia Constitución, se integran a ella con la finalidad de llevar a cabo el control de constitucionalidad" (Madrigal, s.f.)



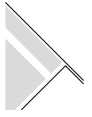
o condicionan (también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del derecho, c) mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes. Como consecuencia, el poder del legislador (y el de cualquier órgano estatal) es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma mucho más exigente.

De donde resulta que reposicionar al Estado para que sus alcances fueran la protección de valores determina este horizonte: trabajar para diseñar salvaguardias a la seguridad humana y a vivir en un entorno seguro y sano, a las libertades de pensamiento, opinión, expresión, conciencia y religión, el derecho de acceso a la justicia y a la verdad, entre otros.

3. Tipos normativos en el Estado constitucional

Como se ha dicho, en el Estado constitucional se concibe una variedad de tipos normativos, como lo son: valores, principios, derechos humanos y reglas. En el caso de las últimas, éstas son disposiciones jurídicas específicas operables a través de una hipótesis, cuyas características podemos distinguir, en que: i) se aplican a través de la operación de subsunción; ii) son las leyes que componen al derecho; iii) proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos o cómo no debemos actuar en determinadas situaciones específicas; iv) solo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles reaccionar ante algún caso concreto; v) son proposiciones que obligan, prohíben o permiten determinada conducta; vi) tienen una orientación silogística: si se cumplen las circunstancias estatuidas por ésta, debe aplicarse la consecuencia prevista; vii) se constituyen bajo la fórmula del todo o nada, esto es, o resuelve o no el caso; viii) fijan supuestos de hecho conectados con una consecuencia jurídica y, ix) tienen un cumplimiento pleno, si se dan los supuestos de hecho, debe aplicarse la consecuencia jurídica (Zagrebelsky, 2009).

Por lo que hace a los derechos humanos, son “derechos que están adscritos a todos en cuanto personas, o en cuanto a ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indispensables

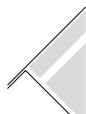


e inalienables, pues corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados” (Ferrajoli, 1999). Habría que decir que, para la Suprema Corte de Justicia mexicana, los derechos humanos son “prerrogativas mínimas que todo miembro de la especie humana, por su propia naturaleza, debe gozar, y cuyo respeto y observancia deben ser garantizados por el Estado en todo tiempo y lugar, pues a través de ellas se concretan las exigencias de la dignidad humana” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Derechos Humanos. Parte General, 2013).

Luego, los principios son disposiciones jurídicas indeterminadas, genéricas y no prevén hipótesis, cuyas características podemos distinguir en que: i) son formulados con un lenguaje extremadamente fluido, vago e indeterminado; ii) son generales, y más que dirigirse a los comportamientos se dirigen a las actitudes; iii) no tienen la estructura lógica de las reglas; iv) son fundamento de las reglas y, dan identidad material al ordenamiento en su conjunto; v) los conflictos entre principios se resuelven con la técnica de ponderación y, vi) su interpretación no es literal, tienen un carácter orientador respecto a las reglas (Gracia, 2014).

Ahora veamos, los valores son normas imprecisas, indeterminadas y básicas en el sistema jurídico, pueden identificarse porque representan los fines del derecho, como lo son: la paz, justicia, libertad, igualdad o dignidad; éstos son impredecibles, es decir, plantean diversidad de opciones jurídicas libres; son reglas prescriptivas, vinculantes, obligatorias, eficaces y expresivas de un contenido material (Sanjuán & Carbonell, 1992) Para Aragón (1989), los valores son normas para la identificación e interpretación de las disposiciones de un sistema que ayudan a distinguir el mejor significado de la norma entre los diversos posibles. Esta función de los valores se determina a partir de su estructura como meta normas (normas que regulan los actos productores de normas), es decir, son superiores del ordenamiento jurídico.

Igualmente, los valores tienen una función fundamentadora, ya que son el núcleo básico e informador de todo el ordenamiento; una función



orientadora en tanto dirige al ordenamiento hacia metas o fines pre-determinados, y una función crítica, porque sirven como criterio o parámetro de valoración de hechos o conductas (Luño, 1984). Mientras que, para Peces-Barba (1984) los valores incorporan contenidos materiales a las Constituciones para asegurar la unidad del ordenamiento y considera que legitiman el derecho, lo que complementa la finalidad integradora de la Constitución.

Como se afirma en los párrafos que anteceden, un valor dentro de un sistema jurídico constitucional posee las siguientes características: i) es una norma básica; ii) representa un fin; iii) plantea una diversidad de opciones jurídicas libres, es decir, no es específica ni plantea una hipótesis concreta; iii) identifica e interpreta las disposiciones de un sistema; iv) funda otras normas jurídicas, y v) es un parámetro de valoración de hechos.

Así es que la comprensión de cada uno de los tipos normativos es relevante para la realización de operaciones jurídicas muy finas que deben tener cierta consistencia en su razonabilidad y objetividad. Tanto los valores, principios, derechos humanos y reglas deben operarse de manera muy rigurosa, sin incurrir en falacias o en ir más allá de ciertos cánones para efectos interpretativos. En definitiva, el Estado constitucional exige respeto a los procedimientos regulares y tipos normativos, todos ellos justificados a partir de valores que representan los fines del sistema jurídico. (Iván Espino, 2019).

4. La paz jurificada

Vamos a plantear la paz como tipo normativo dentro de un paradigma de Estado constitucional y nos referimos a la presencia de la paz en el derecho desde su concepto hasta su valor como base para la toma de decisiones, de ahí que identificamos la paz como la finalidad del derecho, como derecho humano y como valor con una estructura normativa compleja y de alcances expansivos.



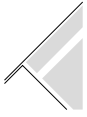
A. La paz como finalidad del derecho

En “Introducción al Derecho” Genero María González se preguntó: “¿Tiene una finalidad el derecho?”, para responderse arrancó de una aseveración apriorística: “la finalidad del derecho es la justicia”, la sostuvo desde una crítica a la definición de justicia de Ulpiano y desde el análisis al lema “si quieres la paz, trabaja por la justicia”, utilizada en los trabajos preparatorios de la V Jornada Mundial de la Paz. Convencido de que la primera condición de la paz es la justicia, entonces –bajo esta perspectiva– ¿La justicia es utilizada por el derecho para alcanzar la paz?

Probablemente la justicia no es la finalidad del derecho, ni un medio para alcanzar la paz, es la constante búsqueda de paz lo que produce aparatos artificiales como el derecho y emana a otros valores, como justicia, dignidad libertad, equidad o seguridad. Si esto es así indagemos sobre la inclusión de la paz en el propio concepto de derecho, desde cuatro juristas influyentes.

Luis Recasens Siches (1977) escribió que el derecho “es el agente garantizador de la paz entre los hombres del orden social, de la libertad de la persona, el defensor de sus posesiones y su trabajo”; para Leonel Pereznieto Castro (2019) “el derecho constituye un orden de paz, justicia, igualdad y libertad en el que deben respetarse en todo momento las libertades de la persona que pueda realizarse como tal, de acuerdo con sus expectativas”; por su parte Ricardo Soto Pérez (2011) consideró que “la utilidad del derecho es la de servir para organizar la convivencia social, humana, dentro de un cierto grado de armonía, garantizando la paz, la seguridad y el orden social sobre bases de equidad y de justicia” y, Ambrosio Colin & Henry Capitant (1923) aseguran que “el derecho es, en necesario, una esencia de orden para promover la paz”.

De los anteriores conceptos podemos distinguir las siguientes ideas: el Derecho: i. Es el agente garantizador de la paz, ii. Constituye un orden de paz, iii. Sirve para garantizar la paz y, iv. Es un medio para promover la paz. En otras palabras, –desde estas ideas– el derecho únicamente puede explicarse por su servicio a la paz, así que, si el derecho no garantiza la paz ¿pierde su finalidad? Insisto, es posible que la constante



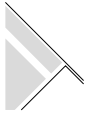
búsqueda de paz sea lo que crea aparatos artificiales como el derecho y emane a otros valores; esta hipótesis no lleva a otro planteamiento ¿El derecho es un instrumento para alcanzar la paz? Si esto es así, es menester analizar si la posible crisis en el derecho se debe a su fracaso como agente garantizador de la paz.

Todo esto parece confirmar la necesidad de legitimar al derecho por la efectividad de su finalidad: la paz, y no por el uso de los medios para alcanzar a éste, en otras palabras, el uso de la fuerza, la positivización, las instituciones y los procedimientos, no deberían justificar la existencia del derecho, sino los resultados que éstos den, ahora bien, no queremos decir que los medios mencionados sean los únicos con los que cuenta o podría contar el derecho para alcanzar su finalidad, sino que, esos medios y los que están por emerger, deben estar pensados para lograr el objeto del derecho: la paz.

B. La paz como derecho humano

Karel Vasak introdujo el concepto de las generaciones de los derechos humanos en su conferencia para el Instituto Internacional de Derechos Humanos dictada en Estrasburgo en el año de 1979. Su inspiración fue la bandera francesa: “libertad, igualdad y fraternidad”, pero sustituye esta última por “solidaridad”. La teoría generacional de los derechos humanos refleja el orden temporal sucesivo del reconocimiento internacional de éstos e identifica tres generaciones que marchan de lo individualista a lo solidario, pasando por lo social (Espino, 2018).

Se debe agregar que la teoría generacional de los derechos humanos subraya la idea del tiempo, que ha estado presente en las discusiones académicas para entender la juridicidad en las sociedades, el mayor número de criterios reconoce que los derechos y libertades tienen una conexión directa con el fenómeno cronológico y, de manera señalada, con los derechos humanos. Manuel Atienza atribuye a estos derechos una justificación histórica, por lo que únicamente se pueden comprender si se contemplan históricamente (Atienza Rodríguez, 2017).

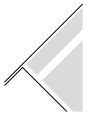


Así es como que las diversas etapas de evolución de los derechos humanos son un fenómeno cronológico y temporal que se ubica en el tiempo histórico, en el ámbito de la cultura, en la evolución de las ideas políticas y en el curso del derecho constitucional, todo lo que le da un contorno de fenómeno cultural, humano, propio de la vida de los hombres, de lo que piensan, representan, son, aspiran, proyectan, ambicionan, hacen, valoran, esperan, necesitan.

Para el jurista Gregorio Peces-Barba (1984), la formación histórica de los derechos humanos ha estado caracterizada por cuatro grandes líneas de evolución que permiten explicar por qué los derechos civiles y políticos han tenido mayor preponderancia y se han desarrollado más que los derechos económicos, sociales y culturales, las razones que explican la internacionalización y las razones del surgimiento de derechos para determinados colectivos.

Aunque explicar los derechos humanos desde un “concepto” o “definición” ha sido uno de los grandes retos de los juristas contemporáneos, por su problema epistemológico. Para pensadores como Robert Alexy (1993) los derechos humanos se diferencian del derecho como concepto general, a través de la combinación de cinco elementos: derechos universales, derechos morales, derechos con primacía, derechos fundamentales y derechos abstractos, mientras que el concepto general del derecho –para juristas como Francisco Javier Ansuátegui Roig (1997)– es un sistema normativo encargado de regular las conductas humanas sociales de acuerdo con criterios de comportamiento y así poner en marcha un determinado modelo de organización social, un sistema normativo.

Ante tal problema conceptual, se ha procurado pensar a los derechos humanos a la luz de una reflexión historicista con estructura dualista, esto es, presentar a los derechos como exigencias éticas que se forman a través de la reflexión filosófica en la historia y cuya eficacia social exige su incorporación al derecho positivo. Se trata de valores éticos que deben ser asumidos por el poder político y trasladados al cuerpo jurídico como valores jurídicos. Esta relación entre ética, política y derecho es la que asegura la legitimidad y la eficacia en el Estado de



Derecho, por lo que, en definitiva, se puede decir que la posición de los instrumentos jurídicos en el espacio se entiende desde su observancia en el tiempo.

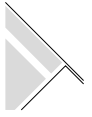
Cada una de las generaciones de los derechos humanos ha pretendido exponer las diversas etapas de evolución de estos derechos, para explicarlos como un fenómeno cronológico y temporal que se ubica en el tiempo histórico, en el ámbito de la cultura, en la evolución de las ideas políticas e incluso en el diseño de Estado constitucional, lo que proyecta un espectro social, humano y, reflejo de ideas, aspiraciones, valores, intereses y necesidades del ser humano entendido desde el factor tiempo.

En el caso de la tercera generación de los derechos humanos que, como hemos mencionado, integra los derechos de solidaridad y se contempla a la persona como individuo o miembro de una clase social y, además, como ente colectivo (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013), y “se configura en atención a las necesidades y a los problemas que actualmente tiene la humanidad, lo que sólo puede realizarse con base en la cooperación a nivel interno e internacional” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008).

Entre los derechos humanos de la tercera generación se considera al: derecho a la paz, derecho a la libre determinación de los pueblos, derecho al desarrollo, derecho a la identidad nacional y cultural, derecho al respeto y a la conservación de la diversidad cultural, derecho a la cooperación internacional y regional, derecho a un medio ambiente sano, derecho al equilibrio ecológico y, el derecho al patrimonio común de la humanidad.

C. La paz como valor

Es posible que la paz sea un valor genético, en otras palabras, sea éste el que imprime voluntad a las sociedades para la constante acción social que deviene en los factores reales generadores del derecho y de su transformación, que da origen a los demás tipos normativos y

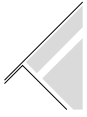


optimizándolos en su aplicación, así como la posibilidad de incluir múltiples formas jurídicas, muchas de ellas hasta ahora no reconocidas.

Dicho de otra manera, la paz no puede ser entendida como resultado de la existencia, interpretación y aplicación de las normas jurídicas, es un valor previo a ello, a toda idea de derecho como sistema de normas, instituciones y procedimientos, que lo acompaña y aporta los elementos para su comprensión, se trata del valor genético y, que en términos de Böckenförde (1993) es “una magnitud que precede al Derecho; un dato prejurídico”. De modo que la constante búsqueda de la paz es lo que explica la existencia de ideas y valoraciones que señalan si una conducta es jurídicamente aceptada, o si es justa o injusta.

La característica dinámica del derecho exige que parte de su concepción sea a través del comportamiento humano y de la constante producción legislativa y jurisprudencial, puesto que la probable justificación de la aparición frecuente de derechos, libertades, obligaciones y prohibiciones en los distintos tipos normativos, instituciones y procedimientos operables en un sistema jurídico está en la propiedad evolutiva del derecho. Nos gustaría dejar claro que el desarrollo del derecho, como se concibe en la actualidad, no sigue un trayecto lineal ni estable, como lo era posible desde el positivismo jurídico, que marcaba el avance de la norma jurídica como consecuencia de un proceso legislativo validado por una norma genética y suprema de todo acto de autoridad, en el que la labor jurisprudencial se limitaba al estudio, interpretación y aplicación del texto concebido por el legislador.

El paradigma del Estado constitucional ha posibilitado el reconocimiento de meta normas o normas de segundo grado, cuyo acercamiento y empleo requieren de cálculos proporcionales y de ponderación racionales que van más allá de una práctica de subsunción de reglas (legales o constitucionales). Hay que mencionar, además, que, en la proyección de sistemas modernos, como es el caso de la democracia constitucional cosmopolita, se vislumbran propuestas normativas que plantean la posibilidad de reconocer figuras jurídicas aún inviables y

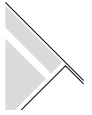


de avanzar en la titularidad de derechos y de sus sujetos, así como, en su forma de garantizarlos, en parte, aún inexplorado.

Es por esto que el avance de la teoría del derecho –desde la modernidad– no parte de conceptos como el de supremacía constitucional o soberanía (ideas identificables en el texto juridificado) sino de una axiomatización que funciona con una sintaxis lógica del discurso teórico y de las complejas estructuras de los ordenamientos jurídicos expresados con un lenguaje en fórmulas y cálculos, reconocibles –en un primer momento– en ideas absolutamente abstractas del campo de la metafísica y –en segundo lugar– arrojadas al sistema jurídico a través de un proceso racional de principios cognitivos morales.

De ello se infiere que no hay una trayectoria rígida en la característica dinámica del derecho sino una expansión variable cuya energía causante, tal vez, sea la paz, vista como un tipo normativo de la categoría valor, propio de un sistema jurídico de corte constitucional, por lo que su cálculo depende del objetivismo moral, esto es, una validación obtenida de manera objetiva como resultado de un discurso racional extraído desde cuatro dimensiones hasta ahora conocidas, distinguibles por los sujetos que las habitan: paz interpersonal, interestatal, de supra a subordinación y humana. Con esto queremos decir que: la paz explica la expansión acelerada del derecho contemporáneo, entendida en sus cuatro dimensiones como la ausencia de la violencia en cualquiera de sus tipos y modalidades, el ejercicio de los derechos humanos y la integridad de los sistemas ecológicos de la tierra.

Así que la expansión acelerada del derecho contemporáneo tiene una energía causante: la paz, operable como valor (meta norma) en el paradigma del Estado constitucional. Con esta forma de entender al derecho, tendrían mejores y mayores alcances conceptos jurídicos aún débiles, baste, como muestra: los deberes humanos, la responsabilidad social, la fraternidad, los animales como sujetos de derechos, además, se erradicaría la apariencia antropocentrista del derecho que da la dignidad como valor fundante.



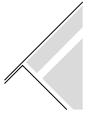
D. La estructura normativa de la paz

La paz como tipo normativo, posee una estructura integrada por: i. La ausencia de violencias y, ii. El ejercicio de derechos humanos. En el primer caso, concibe la violencia como toda fuerza o amenaza de fuerza que inflige daño a personas, al medio ambiente o a bienes propiedad de la humanidad, por otro lado, considera los derechos humanos como atributos inherentes a la persona que le permiten el desarrollo máximo de sus potencialidades.

Se infiere que la titularidad de derechos está más allá de la persona humana, por tanto, los fines del derecho no están exclusivamente en cumplir con los propósitos del ser humano, sino, también, en mantener la integridad de la biodiversidad y en salvaguardar valores universalmente compartidos por la humanidad, entendida esta última, como una sola comunidad intercultural e interdependiente habitante de un planeta.

Por consiguiente, la paz como tipo normativo comprende al derecho como un aparato civilizatorio, distinguible en tres momentos, como: i. Meta norma, integrada por valores y derechos humanos; ii. Norma, compuesta por bienes vitales, derechos fundamentales, principios y reglas y, iii. Garantías, como aquellos mecanismos que hacen posible el ejercicio de las dos primeras, proyectados en un sistema articulado por instituciones, jurisprudencia, costumbre y procedimientos.

La paz es un tipo normativo de estructura compleja, fundante de todo un sistema jurídico con paradigma de Estado constitucional, que, además, funge como herramienta de interpretación y argumentación del derecho, optimiza cada una de las dimensiones que lo integran, a través de la estructura del tipo normativo de la paz, para arrojar como resultado normas jurídicas y actos de autoridad des tecnificados, humanizados, socializados y con procedimientos des complejizados.



5. La tetradimensionalidad de la paz como valor

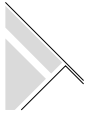
Vamos a plantear que la paz, por ser un valor genético en un sistema jurídico de paradigma constitucional, proyecta sus alcances en cuatro dimensiones, hasta ahora conocidas: interpersonal, interestatal, de supra a subordinación y de protección a la humanidad y a la integridad de los sistemas ecológicos.

A. Dimensión interpersonal

Hay una primera dimensión jurídica en la que la paz se presenta, en una interpersonal, que supone la obediencia de los gobernados al sistema jurídico, de ahí que a la presencia de un conflicto entre particulares, deben –dentro de los plazos y términos fijados por las leyes– acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o defensa y, en su caso, se ejecute una decisión (Amparo en revisión, 2011).

En otras palabras, los gobernados actúan en un plano, es decir, en igualdad y bilateralidad, por lo que para dirimir sus diferencias e impedir que se hagan justicia por sí mismos, a través de normas generales se crean los procedimientos ordinarios necesarios para resolverlas, a los que deben acudir las partes involucradas para que los tribunales ordinarios competentes, de manera coactiva, impongan las consecuencias jurídicas procedentes (Amparo en revisión, 2008).

Lo anterior no quiere decir que toda persona pueda contribuir al proceso de la paz respetando las diferencias y los derechos de los demás, analizando los conflictos y buscando soluciones diferentes a la judicialización, fomentando el diálogo y la comprensión mutua tanto dentro de la familia como en las comunidades (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2018).

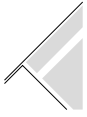


La paz como norma jurídica se presenta en una dimensión interpersonal, en la que además de representar un fin de las sociedades, optimiza las leyes y los principios que regulan el comportamiento de las personas. Razón por la cual, si analizamos la paz desde esta dimensión normativa, con base en las características de los tipos normativos antes expuestos, se trata de un valor, teniendo en cuenta que es una norma básica, representa un fin, plantea una diversidad de opciones jurídicas libres, identifica e interpreta las disposiciones previstas en las leyes, funda estas a últimas y a sus principios y, es un parámetro que indica la existencia de determinadas ideas y valoraciones que explican si una acción u omisión es justa o injusta.

B. Dimensión interestatal

La paz entendida como norma jurídica entre Estados es consecuencia de las disposiciones respetadas por estos para mantener relaciones con cierta serenidad, de cooperación en armonía y, dado el caso de controversia, la resolución sea a través de la sustanciación de mecanismos jurídicos libres de violencia, (negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial, recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección), con base en los principios de igualdad soberana, buena fe, libre determinación de los pueblos y justicia. Es decir, en este primer aspecto la paz es una contraposición a la guerra (Osorio, 2004).

El Derecho Internacional Público, rama que estudia y regula el comportamiento de los Estados y otros sujetos internacionales, está integrado por el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre éstos, lo que supone la supresión de la guerra por tratados internacionales que norman por escrito los acuerdos celebrados entre Estados, en materia de paz, pongamos por caso a los siguientes: Convención para el arreglo pacífico de los conflictos internacionales; Tratado sobre la renuncia a la guerra; Carta de las Naciones Unidas; Declaración Universal de los Derechos Humanos; Proyecto de Código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad; Declaración sobre la Concesión de la independencia de



los países y pueblos coloniales; Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de Apartheid; Declaración sobre los principios de derecho internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, Carta de derechos y deberes económicos de los Estados; Resolución 33/73; Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz; Declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Para don Manuel Becerra Ramírez (1987) estos tratados internacionales integran una serie de principios que en sí mismos describen la paz como norma jurídica, en el caso de que los sujetos involucrados sean Estados, de manera puntual nos referimos a los siguientes:

- a. Toda nación y todo ser humano (independientemente de su origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales o el estado civil) tienen el derecho inminente a vivir en paz.
- b. Una guerra de agresión, su planificación, preparación o iniciación son crímenes contra la paz, y están prohibidos por el derecho internacional.
- c. Los Estados tienen la obligación de abstenerse de hacer propaganda en favor de las guerras de agresión.
- d. Todo Estado tiene el deber de promover cooperación general mutuamente beneficiosa y equitativa con otros Estados en lo político, lo económico, lo social y lo cultural. Independientemente de sus sistemas socioeconómicos, con miras a asegurar su existencia común y su cooperación en paz.
- e. Todo Estado tiene el deber de respetar el derecho de todos los pueblos a la libre determinación, la independencia, la igualdad, la



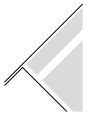
soberanía, la integridad territorial de los Estados y la inviolabilidad de sus fronteras, inclusive, determinar el rumbo de su desarrollo, sin injerencia o intervención ajena en sus asuntos internos.

- f. El principio de la eliminación de la amenaza de la carrera de armamentos, así como los esfuerzos encaminados a un desarme general y completo.
- g. Todo Estado tiene el deber de desalentar todas las manifestaciones y prácticas de colonialismo, así como de racismo, discriminación racial y Apartheid.
- h. Todo Estado tiene el deber de desalentar la promoción del odio y los prejuicios contra otros pueblos, por ser contrarios a los principios de coexistencia pacífica y cooperación amistosa.

La paz, como norma jurídica, se presenta en una dimensión interestatal, en la que no solo representa un fin, sino que, además, optimiza los Tratados internacionales y los principios que regulan el comportamiento de los Estados y otros sujetos internacionales, de donde resulta, si analizamos la paz desde esta dimensión normativa, con base en las características de los tipos normativos antes expuestas, se trata de un valor.

C. Dimensión de supra a subordinación

Una relación de supra a subordinación se establece entre el Estado y titulares de derechos, por actuar el primero en un plano superior al segundo, en beneficio del orden público y del interés social (Amparo en revisión, 2008), por lo cual, implica el respeto a los derechos humanos, la materialización de los ideales de dignidad, igualdad, libertad y justicia, de modo que este tipo de paz supone una relación de supra a subordinación (Estado-gobernado).

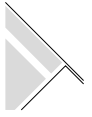


Dicho lo anterior, la paz se forja como una norma jurídica de carácter subjetivo⁵, es decir, va más allá del simple hecho de prohibir las guerras, es más integral, pues se ocupa de prohibir la fuerza en las relaciones internacionales y ataca las causas que originan la perturbación de la paz internacional y nacional (R., Derecho a la paz y del desarrollo, 1987), como lo es el ejercicio de derechos producto de su garantía. Conviene subrayar que, bajo esta óptica, el derecho a la vida, a libertad de la persona, la integridad personal, o libertades como la de expresión, conciencia e imprenta – por mencionar algunos–, son posibles únicamente en un marco de paz (Jaramillo, 1987).

A pesar de que la paz juridificada, desde un aspecto de supra a subordinación, es indispensable para el ejercicio de los demás tipos normativos, carece de una estructura tanto normativa como orgánica para su efectividad, es por esto por lo que se deben establecer leyes y enmendar otras, instaurar instituciones competentes en la materia, diseñar procedimientos y construir criterios jurisprudenciales, para que la persona humana ejerza la paz como norma jurídica, frente al Estado.

Si esto es así, el individuo y las colectividades podrán objetar la no participación en guerras de agresión organizadas por su Estado, rechazar la conscripción militar en caso de preparación de guerras agresivas, negarse a participar en cualquier proyecto bélico; resistirse a la propaganda de los Estados en favor de las guerras de agresión; oponerse al colonialismo, a la discriminación racial, al Apartheid, al armamentismo, a la guerra en general; a realizar manifestaciones y campañas contra las industrias armamentistas, así como a la desobediencia civil en el pago de impuestos a programas militares (Becerra Ramírez, 1987).

⁵ Una norma jurídica de carácter subjetivo es una función del derecho objetivo, es el permiso derivado de la norma (Máynez, 2005), esto es, el derecho subjetivo es la facultad atribuida por la norma del derecho objetivo (Álvarez, 1995).



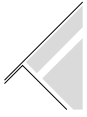
Igualmente, el individuo y las colectividades podrán ejercer los derechos a: ser educado en y para la paz; la seguridad humana; vivir en un entorno seguro y sano; un medio ambiente sostenible; la desobediencia civil; negarse a participar en el servicio militar de su país; la objeción de conciencia frente a actividades que supongan amenazas contra la paz; la resistencia contra la opresión de los regímenes que violan los derechos humanos; exigir a todos los Estados un desarme general y completo; las libertades de pensamiento, opinión, expresión, conciencia y religión; el refugio; emigrar y participar en los asuntos públicos del Estado en el que se resida; la justicia, la verdad y a la reparación efectiva que asiste a las víctimas de violaciones de los derechos humanos (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [UNESCO], 2011).

Es necesario recalcar que, hasta ahora, la paz jurificada en una dimensión de supra a subordinación es débil, su fundamento puede estar en el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que prevé: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”, por otro lado, la Corte Interamericana en diversos criterios jurisprudenciales, ha previsto que la paz es parte de la educación del ser humano (Caso González Lluy y otros vs Ecuador, 2015) y de su desarrollo personal (Caso Chitay Nech y otros vs Guatemala, 2010).

Llegados a este punto, el análisis de la paz desde esta dimensión normativa, de conformidad con las características de los tipos normativos antes expuestas, se trata de un valor, teniendo en cuenta que es una norma básica, representa un fin, plantea una diversidad de opciones jurídicas libres, identifica e interpreta las disposiciones previstas en normas relacionadas con derechos humanos, funda dichas normas y es un parámetro que valora la correcta relación de supra a subordinación.

D. Cuarta dimensión: protección a la humanidad e integridad de los sistemas ecológicos.

Reconocemos una región jurídica posible que concentra la base política de los pueblos del mundo con principios cognitivos morales



compartidos universalmente, con el fin de protegerlos frente a las agresiones más graves provocadas por acciones sistemáticas y masivas, producidas por un régimen gubernamental o por un grupo armado que ponga en riesgo la paz mundial o el bienestar de la humanidad, su valoración y protección está en un orden social superior al estatal, o a una región de Estados (Gil, 1999).

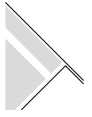
De esa protección, el sujeto de derecho es la humanidad, pensada como un orden global intercultural con igualdad sustantiva, ello en un marco de irrestricto respeto al medio ambiente, protección y garantía de los derechos humanos por órganos jurisdiccionales internacionales y participación de sociedad global organizada, así mismo, con el fomento de la resolución pacífica de conflictos en las primeras tres dimensiones (Iván Espino, 2019).

La comunidad humana comparte universalmente su interés por la protección de la paz, previsto así en tratados internacionales y en costumbre internacional que han orientado las relaciones entre los pueblos del mundo hacia la paz. Esta pretensión está prevista en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas y en el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

En definitiva, dentro de esta dimensión se protege a la humanidad en su conjunto, para consolidar una convivencia libre de todo tipo de violencias, en fraternidad y basada en principios democráticos. Por tanto, la paz, desde esta dimensión, de conformidad con las características de los tipos normativos, se trata, igualmente, de un valor.

Lo anterior no quiere decir que, al proteger a la humanidad, se proyecta la idea de que el ser humano es la medida y el centro de todas las cosas, que ha provocado la jerarquización de este sobre otras formas de vida con quienes comparte el mismo planeta, omitiendo el reconocimiento de que su relación o encuentro en armonía con otras formas de vida es interdependiente en una comunidad terrestre con un destino común.

El factor antropocéntrico del derecho se ha fortalecido con la creciente positivización de reglas y la expansión de libertades, formando personas

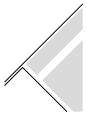


que se presentan ante los demás como seres exigentes, con una posición egoísta en la que cada cual cree merecer algo por su condición innata, sin aportar nada, o sin mirar las afectaciones a otras formas de vida diferente a la humana para alcanzar objetivos exclusivamente humanos.

De modo que el des antropocentrismo jurídico tiene una conexión estrecha con la figura de los deberes humanos, una idea que va más allá de la fuerza que impele a la sociedad a actuar de acuerdo con modelos de comportamiento desde la norma positivizada, sino que radica en la voluntad del individuo para actuar de manera autodeterminada emancipado del Estado, de la economía y de todo tipo de poder, para que su actuación sea con libertad y en aprecio al desarrollo de su personalidad y autonomía y, esté en la posibilidad de realizarse de acuerdo con sus propias convicciones, estructurando un proyecto de vida libre y digno, esto es, ser –en su calidad racional– su propia autoridad.

La voluntad a la que nos referimos es a la esencia de la realidad del individuo, que da sentido a los aspectos de su personalidad (conocimiento, sentimientos y dirección en la vida. Esa voluntad como potencia de hacer o no hacer propulsora de los deberes humanos, determina la responsabilidad del ser humano para consigo mismo, para con los demás y para con toda forma de vida con quien comparte el mismo planeta Tierra; ello implica, en primer lugar, participar en la construcción de sociedades democráticas y libres, responsabilizarse por propiciar la paz, el desarrollo sustentable, la libertad de expresión e información, proteger la propiedad privada y social, no discriminar, respetar la vida y a la integridad física de los demás, contribuir a la buena gobernanza y participar en la vida democrática; fomentar la construcción de diálogos a través del fortalecimiento de lazos comunicativos en el presupuesto de la estructura comunicativa humana en clave habermasiana.

En segundo lugar –y con el mismo grado de importancia– reconocimiento del ser humano que todos los seres son interdependientes, que tienen la responsabilidad de prevenir daños ambientales graves o irreversibles, proteger y restaurar la integridad de los sistemas ecológicos de la Tierra, adoptar patrones de producción, consumo y reproducción



que salvaguarden las capacidades regenerativas de la Tierra; procurar una relación o encuentro en armonía con otras formas de vida dentro de una misma comunidad terrestre.

Sin embargo, la práctica del des antropocentrismo jurídico desde la teoría de los deberes humanos, presenta múltiples retos en la realidad, ya que implica tomar como respaldo dos principales líneas de análisis, por un lado, los conceptos que se han construido desde las diferentes escuelas filosóficas del derecho, que permita apreciar las formas clásicas y actuales del cómo se discuten las ideas que integran a la figura de los deberes humanos en el plano teórico y, por el otro, un análisis encaminado a la positivización de la norma fundamental que incluye normas relacionadas con derechos humanos contenidas dentro y fuera del texto constitucional.

6. La arquitectura del Estado con la paz como valor fundante

La paz entre los pueblos del mundo y el respeto a la dignidad humana de las personas es posible desde el ingenio de Immanuel Kant (2018) con la creación de una sociedad civil global con fuerza para promover y defender la idea de justicia en su aspecto de procuración y administración. La unión de los pueblos del mundo con reconocimiento a principios universales, defendidos por una sociedad global y protegidos por órganos internacionales, pretende ser una estructura de concordia y paz, con apuesta a la fraternidad, al diálogo y a la colaboración intercultural.

El establecimiento de una democracia cosmopolita es necesario para el logro de una paz justa y duradera. Kant (2018) pensaba que el “mayor problema para la especie humana es poder crear una sociedad civil capaz de administrar justicia universalmente” de manera que la idea de una democracia cosmopolita concentra la base de la política entre los pueblos del mundo y los principios cognitivos morales compartidos universalmente, con el fin de protegerlos frente a las agresiones más graves provocadas por acciones sistemáticas y masivas.

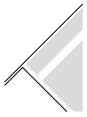


La idea de una democracia cosmopolita se suma a la mira de abolir la guerra en cualquiera de sus formas, las acciones que inflijan sufrimiento por parte de un Estado, grupos políticos, militares o armados, así como el control social sistemático, además del establecimiento de un orden global intercultural con igualdad sustantiva para la garantía de necesidades básicas de grupos humanos vulnerados, ello en un marco de irrestricto respeto al medio ambiente, protección y garantía de los derechos humanos por órganos jurisdiccionales internacionales y participación de sociedad global organizada, así mismo, el fomento de la resolución pacífica de conflictos.

Para Kant (2018) la paz del mundo se lograría a través de una regulación de las relaciones entre Estados, con una correcta Constitución central (Kant, 2018), esta idea permite comprender las relaciones entre los seres humanos a través de una sociedad global con principios fundamentales que han de ser protegidos por medio de prescripciones jurídicas.

Llegados a este punto, es menester precisar que el argumento de una democracia cosmopolita arroja posibilidades si se analiza desde los factores actuales, como lo son las telecomunicaciones globales, plataformas digitales que permiten la interacción libre entre los miembros de los pueblos del mundo, la experiencia de los viajes espaciales que ha concientizado a la humanidad sobre un hogar común, los retos enfrentados por la comunidad internacional para la preservación del medio ambiente, la presencia de la Organización de las Naciones Unidas como salvaguarda de la paz mundial, la Organización Mundial del Comercio, la Corte Penal Internacional para castigar las agresiones más graves contra la paz del mundo, la seguridad nacional y el bienestar de la humanidad; las empresas transnacionales y, de manera señalada, las organizaciones internacionales no gubernamentales.

Dicho lo anterior, la construcción de una democracia más allá de las fronteras y redefiniendo el concepto de soberanía, trae consecuencias positivas para los regímenes democráticos nacionales, en vista de que hay elementos fundamentales para valorar en el establecimiento de una democracia cosmopolita, como la rendición de cuentas de cada uno de los Estados de la comunidad internacional, la participación



directa y equitativa de los ciudadanos integrantes de los pueblos del mundo, el respeto al sistema de normas jurídicas globales en buena fe y la inserción del principio de subsidiariedad en la persecución y sanción de la responsabilidad penal internacional por organismos globales, la participación activa de organizaciones no gubernamentales, la contribución de provisiones para la satisfacción de necesidades básicas de grupos humanos vulnerados de todos los pueblos del mundo y, el apoyo en la democratización de las sociedades cuando corresponda, a través de medios pacíficos, incentivos y cooperación.

Conclusiones

Con este trabajo pretendimos identificar la posición de la paz en un sistema jurídico contemporáneo y, por consiguiente, calcular su operación para la toma de decisiones jurídicas y, como resultado, distinguimos la paz como valor genético de un sistema jurídico con paradigma de Estado constitucional, con una estructura normativa integrada por: i. La ausencia de violencias y, ii. El ejercicio de derechos humanos. Reconocimos a la paz como tipo normativo operable en cuatro dimensiones hasta ahora conocidas: en procedimientos sustanciados por particulares frente al Estado, en el arreglo pacífico de controversias entre Estados, como valor y derecho que debe ser garantizado por el Estado a titulares de derechos y, en la protección a la humanidad e integridad de los sistemas ecológicos.

Para sostener nuestra hipótesis, comenzamos por reflexionar sobre la legitimidad del derecho, de ahí, observamos el rol que juegan figuras como los valores y principios construidos desde la base moral de los obligados a su cumplimiento, así como de la influencia de los movimientos sociales para crear esos tipos normativos, plasmados en constituciones de Estados democráticos, es por esto que el derecho constitucionalizado optimiza reglas, proyecta valores y principios compartidos por la sociedad, como lo son: paz, dignidad, igualdad, libertad y seguridad.

La arquitectura de un Estado cuya Constitución concentra los valores y principios compartidos por sus gobernados, se concibe desde una

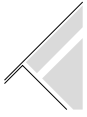


variedad de tipos normativos, como lo son: valores, principios, derechos humanos, derechos fundamentales, reglas y garantías, que determinan y optimizan los actos y omisiones de autoridad, así como, las normas vigentes en su sistema jurídico.

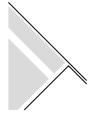
Por tanto, identificamos la paz como un tipo normativo en un sistema jurídico de paradigma de Estado constitucional, de ahí que identifiquemos a ésta como la finalidad del derecho, como derecho humano y como valor genético con una estructura normativa compleja y de alcances expansivos en cuatro dimensiones, hasta ahora conocidas: interpersonal, interestatal, de supra a subordinación y de protección a la humanidad y a la integridad de los sistemas ecológicos. Por todo esto, planteamos la arquitectura del Estado con la paz como valor fundante.

Referencias

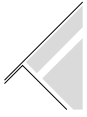
- Adame, Á. G. (2018). Octavio Paz en 1968: el año axial: Cartas y escritos sobre los movimientos estudiantiles. México: Penguin Random House.
- Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Álvarez, M. (1995). Introducción al Estudio del Derecho. México: McGraw-Hill.
- Amparo en revisión, 338/2008 (Décimo Quinto Tribunal Colegiado En Materia Administrativa Del Primer Circuito. Noviembre de 2008). Obtenido de <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/168/168507.pdf>
- Amparo en revisión, 232/2010 (Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito mayo de 2011).
- Aragón, M. (1989). Constitución y Democracia. Madrid: Tecnos.
- Atienza Rodríguez, M. (2017). Derecho como argumentación en Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bauman, Z. (1999.). Modernidad líquida. México: Fondo de Cultura Económica.



- Bautista, F. J. (2014). Paz neutra: una ilustración del concepto. *Revista de paz y conflictos.*, 23.
- Becerra Ramírez, M. (1987). *Derecho a la paz y del desarrollo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Böckenförde, E. W. (1993). Teoría e interpretación de los derechos fundamentales. *Escritos sobre derechos fundamentales*, 44-71.
- Caso Cabrera García Montiel Flores vs México (Corte Interamericana de derechos humanos 26 de noviembre de 2010).
- Caso Chitay Nech y otros vs Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de mayo de 2010).
- Caso González Lluy y otros vs Ecuador, 298 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1 de septiembre de 2015).
- Colin, A & Capitant, H (1923) *Curso elemental de derecho civil*, Volúmenes 1-2, Editorial Reus S.A.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 136 (1917).
- Espino, I. (29 de diciembre de 2017). Entre la quimera y la posibilidad de la paz. UNOMASUNO, pág. 5.
- Espino, I. (16 de marzo de 2018). El tiempo y la juridicidad. UNOMASUNO, pág. 4.
- Espino, I. (22 de noviembre de 2019). Hacia una democracia cosmopolita. UNOMASUNO, pág. 4.
- Ferrajoli, L. (1999). *Sobre los derechos humanos y sus garantías*. Madrid: Trotta.
- Fix Zamudio, H. (1985). El Estado social de derecho y la Constitución mexicana. En: *La Constitución mexicana: rectoría del Estado y economía mixta*. Universidad autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas. Editorial Porrúa.
- Gil, A. G. (1999). *Derecho Penal Internacional, especial consideración del delito de genocidio*. Madrid: Tecnos.
- Gracia, J. C. (2014). *Manual de Argumentación Jurídica*. México: Porrúa.
- Hart, H. L. (1961). *The Concept of Law*. Estados Unidos: Clarendon Law Series.
- Iván Espino, R. W. (27 de mayo de 2019). El rol de los principios en el Estado Constitucional. *El Independiente*, pág. 21.
- Jaramillo, E. S. (1987). *Derecho a la paz*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Kant, I. (2018). *Hacia la paz perpetua*. México: Fondo de Cultura Económica .



- Kelsen, H. (2019). *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa.
- Lassalle, F. (2014). *¿Qué es una Constitución?* México: Colofón.
- Luño, E. P. (1984). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Madrigal, D. P. (s.f.). *El Bloque de Constitucionalidad y su relación con los principios de primacía material de las normas constitucionales y primacía material de los principios jurídicos y políticos en general*. México: Cultura Constitucional.
- Máynez, E. G. (2005). *Introducción al Estudio del Derecho* (58 ed.). México: Porrúa.
- Organización de las Naciones Unidas [ONU] (2018). Centro de Información de la ONU. Obtenido de <http://www.onunoticias.mx/el-derecho-a-la-paz-un-mundo-libre-de-conflictos-para-todas-y-todos/>
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [UNESCO] (2011). *Paz sin fronteras*. Obtenido de <http://www.unesco.org/archives/multimedia/document-2800#:~:targetText=La%20paz%20es%20tambi%C3%A9n%20un,conflictos%20armados%2C%20internos%20o%20internacionales.>
- Osorio, M. (2004). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- Peces-Barba, G. (1984). *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos.
- Pereznieto Castro, L. (2019). *Introducción al estudio del derecho*. México: Oxford University Press México S.A.
- Roig, F. J. A. (1997). *Poder, ordenamiento jurídico, derechos* (Vol. 2). Librería-Editorial Dykinson.
- Sanjuán, T. F., & Carbonell, J. C. R. (1992). Los valores y principios en la interpretación constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (35), 97-109
- Siches, L. R. (1977). *Introducción al estudio del derecho*. Editorial Porrúa.
- Soto Pérez, R. (2011). *Nociones de Derecho Positivo Mexicano*. México: Porrúa.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2013). *Derechos Humanos. Parte General*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación. México D.F.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2008). *La protección no jurisdiccional de los derechos humanos*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.



- Stammler, R. (1955). *Modernas teorías del Derecho y del Estado*. México.
- Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.
- Zárate, J. H. (1997). *Sistemas jurídicos contemporáneos*. México: McGraw Hill.



CAPÍTULO V

La relación del conflicto armado con la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad en el departamento del Cauca¹

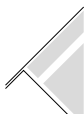
Lizeth Vargas Sánchez²
Manuel Arturo Ortiz Sánchez³
Mario César Tejada González⁴

¹ El presente capítulo surge como resultado de la investigación denominada “La responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad y su relación con el conflicto interno armado colombiano en los departamentos del Cauca, Tolima y Caquetá” realizada por el grupo de Investigación Conciencia Jurídica de la Universidad Surcolombiana.

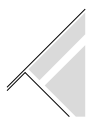
² Especialista en Derecho Administrativo. Docente Universidad Surcolombiana. Investigadora grupo CONCIENCIA JURÍDICA. Email: lizeth.vargas@usco.edu.co ORCID ID <https://orcid.org/0000-0001-6454-3731>

³ Magíster en Derecho Penal. Docente Universidad Surcolombiana. Investigador grupo Conciencia Jurídica . Email: manuel.ortiz@usco.edu.co ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5250-3924>

⁴ Magíster en Derecho Administrativo. Docente Universidad Surcolombiana. Investigador grupo Conciencia Jurídica . Email: mario.tejada@usco.edu.co ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9580-8824>



Introducción



El presente capítulo surge como resultado del proyecto de investigación denominado “*La responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad y su relación con el conflicto interno armado colombiano en los departamentos del Cauca, Tolima y Caquetá*”, llevado a cabo por el grupo de investigación Conciencia Jurídica de la Universidad Surcolombiana durante los años 2018 y 2019.

Como pregunta problema se planteó: *¿Cómo ha sido la relación del conflicto interno armado colombiano con la responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad en los departamentos del Cauca, Tolima y Caquetá entre los años 2007 al 2018?*

El departamento del Cauca es un territorio en el que el conflicto interno armado se ha vivido de forma permanente por su localización geográfica entre la Cordillera occidental y el Océano pacífico, limítrofe con los departamentos del Caquetá, Valle del Cauca, Huila, Nariño, Putumayo y Tolima. Ha tenido gran afluencia guerrillera, especialmente el grupo de las FARC, que entendió la importancia de la región como corredor del suroccidente colombiano hacia el océano y hay fuerte presencia de este grupo guerrillero, autor, entre muchos otros, del fatídico atentado al Club El Nogal en Bogotá en el año 2003, que dejó 168 heridos y 33 muertos.

La existencia de un conflicto armado por casi cincuenta años en Colombia trajo, entre otros resultados y, específicamente en el departamento del Cauca, que se judicializaran y detuvieran centenares de personas inocentes por delitos como rebelión, secuestro, terrorismo, homicidio, etc. Muchas de las personas investigadas fueron posteriormente absueltas en el momento de concluir el proceso penal y se advierte que esta situación denota una falla del Estado puesto que no se pudo demostrar la comisión de delitos por parte de esos detenidos.

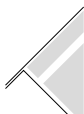


Considerable número de esas personas inocentes, víctimas del aparato judicial, terminaron acudiendo a la Jurisdicción contenciosa administrativa en procura de la reparación de sus perjuicios y la Nación fue condenada a erogar millonarias sumas de dinero para resarcir la privación injusta de la que fueron objeto las víctimas, en procura de reparar los daños materiales, morales, sociales y psicológicos, lo que afecta de manera ostensible el presupuesto nacional.

Resulta pertinente, para esta nueva etapa de posconflicto que vive Colombia, analizar la relación del conflicto armado con la responsabilidad extracontractual del Estado, en especial la responsabilidad proveniente de la privación injusta de la libertad, a fin de establecer si el desarrollo de tal confrontación tuvo una relación directa con este tipo de responsabilidad estatal.

Ante tal realidad, el grupo de investigación y proyección social Conciencia Jurídica, adscrito al Programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Surcolombiana, llevó a cabo una investigación por medio de la cual se identificó y analizó la relación que tuvo el conflicto armado colombiano en el departamento del Cauca, con la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, con una metodología cuantitativa descriptiva en tanto comprendió la descripción, registro, análisis e interpretación de los fallos que se profirieron sobre responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad en la Jurisdicción contenciosa administrativa del Cauca desde el año 2007 al 2018.

Terminada la investigación en el departamento del Cauca, se infiere que el conflicto interno armado impactó de forma directa la posterior responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad, lo que trajo enormes consecuencias económicas que afectan de forma directa el patrimonio de la Nación.



1. Aproximación jurisprudencial a la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad

1.1. De la nueva postura del Consejo de Estado frente a la responsabilidad extracontractual del Estado en los casos de la privación injusta de la libertad

La postura del Consejo de Estado frente a la responsabilidad estatal que emana de la privación injusta de uno de sus asociados ha venido cambiando con los años; desde el estudio del título de imputación, falla en el servicio, la conducta del agente y, sobre todo, la categoría de la responsabilidad, aplica principalmente la responsabilidad objetiva hasta el año 2018, cuando, en virtud de la Sentencia del 15 de agosto de 2018, Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera, se estableció una nueva postura jurisprudencial (C.E., expediente: 66001-21-31-000-2010-00235-01 (46947), Colom.).

Hasta el año 2018 este tipo de responsabilidad se había realizado bajo los parámetros de la responsabilidad objetiva, con el uso, en su mayoría, del título de imputación de *daño especial*, entendida como el exceso de las cargas públicas en el ejercicio de la acción penal (Díazgranados, 2001).

Dicho exceso de cargas en el servicio estatal se analiza con las reglas de la responsabilidad objetiva, es decir, una responsabilidad en la que no existe la culpa del agente estatal que despliega la conducta, sino que basta con probar la existencia de un daño antijurídico para poder imputar la responsabilidad al Estado. En palabras de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente William Namén Vargas, se conceptualiza dicha responsabilidad bajo el esquema de las actividades peligrosas por la teoría de la generación de un riesgo creado (C.S.J., expediente: 11001-3103-038-2001-01054-01, Colom.).

La Corte Suprema utiliza como argumento central de esta sentencia, el hecho de que, en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la que



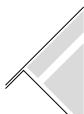
se relaciona primordialmente con el análisis conceptual de la falla del servicio en los casos de las actividades peligrosas es la de la responsabilidad objetiva, razón por la cual esta es de vital importancia para la comprensión de la responsabilidad objetiva en los ámbitos civil y administrativo.

Así las cosas, en sentencia de la Sección Tercera, se unifica la jurisprudencia (C.E., expediente: 66001-21-31-000-2010-00235-01 (46947), Colom.), se menciona que el actual proceder del Consejo de Estado se encuentra en la responsabilidad objetiva. Sin embargo, la corporación considera que esta postura ha traído problemas jurídicos para los funcionarios judiciales, por lo cual es necesario realizar una nueva línea jurisprudencial.

En ese orden de ideas, el Consejo de Estado plantea tres argumentos: el primero de ellos es la restricción a la autonomía del juez dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado bajo la responsabilidad objetiva; el segundo argumento es la aplicación de *in dubio pro-reo* en los procesos penales y, por último, el estudio de la antijuricidad del daño; todos con el principio *iura novit curia*.

Frente a la autonomía del juez en la responsabilidad objetiva, el magistrado ponente expone que la libertad constitucional que tiene el funcionario judicial para impartir justicia está enmarcada por la Constitución y las leyes. Por tal razón, es muy limitada y no existe un título de imputación específico al respecto, pues el administrador de justicia envía un mensaje preventivo para que no se repitan estos mismos casos de privación de la libertad y los fallos en contra del Estado tienen sus consecuencias en su patrimonio.

Cabe aclarar que dicha postura carece de sustento, dado que si bien es cierto que en la responsabilidad objetiva no hay excluyente de responsabilidad más allá de la culpa exclusiva de la víctima o el hecho exclusivo del tercero, también lo es que este excluyente únicamente se aplica a la responsabilidad estatal y no a la del funcionario, puesto que el funcionario judicial penal puede romper el vínculo de causalidad si alega que actuó con diligencia y cuidado y agrega que no violó las normativas y que era una función que se debía desempeñar.



Como segundo argumento, el Consejo de Estado expone que el *in dubio pro-reo*, como posibilidad de absolució penal, resulta una garantía preciada y sagrada porque cita la definici3n de la Corte Constitucional en Sentencia C-782 de 2005 en la que se expone que:

El proceso penal es un instrumento creado por el derecho para juzgar, no necesariamente para condenar. Tambi3n cumple su finalidad constitucional cuando absuelve al sindicado. Es decir, a 3ste le asiste en todo momento la presunci3n de inocencia y el derecho de defensa, consecuencia de lo cual se impone el *in dubio pro-reo*, que lleva a que mientras exista una duda razonable sobre la autoría del delito y la responsabilidad del sindicado, 3ste, acorazado con la presunci3n de inocencia, debe ser absuelto (C.C., Sentencia C-782/05, Colom.).

Este argumento se conecta directamente con la antijuricidad del daño, pues, seg3n la Sentencia objeto de an3lisis, el daño que soporta la persona bajo la privaci3n preventiva de la libertad es jur3dico por estar consagrado en la Constituci3n y en las normas vigentes de Colombia. Se desarrolla este argumento cuando se expone que en el art3culo 90 de la Constituci3n se expresa que el daño debe ser antijur3dico, es decir, aquel que el ciudadano no est3 en la obligaci3n de soportar en el ordenamiento jur3dico (C.C., Sentencia C-333/96, Colom.); hecho que no se configura cuando una persona es privada preventivamente de la libertad, as3 como las otras medidas de aseguramiento.

El 3ltimo argumento resulta peligroso para la seguridad jur3dica si no se utiliza de forma adecuada, pues, no se puede alegar que, por encontrarse limitado el derecho a la libertad por las normas y la Constituci3n de Colombia, el Estado pueda privar de la libertad, comprendida en todo su espectro, simplemente por capricho, sin ser reparado el asociado cuando resulte absuelto, pues es necesario el raciocinio en la decisi3n del juez para no caer en la injusticia de la justicia.

Por esta raz3n es comprensible que el Consejo de Estado deje en manos del juez administrativo la posibilidad de imponer la sanci3n, bajo el concepto de que es 3l quien tiene el conocimiento de la normativa y, por tanto, es 3l quien imparte justicia. Con



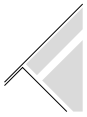
estos argumentos se crea una nueva postura que se centra en la responsabilidad civil subjetiva, concebida como aquella en la que es necesaria la culpa en la conducta del agente para determinar la injusticia en la privación de la libertad.

Esta postura, nueva y radical, impone carga probatoria a la víctima imposible de soportar, pues es ella la que debe realizar el análisis probatorio de la conducta del agente con el propósito de demostrar la falla en la medida o su actuar de mala fe, requisito necesario para imputar la responsabilidad. Al respecto, se debe entender la culpa bajo los preceptos del artículo 63 de la Ley 84 de 1873 por medio del cual se expide el Código Civil (citado en: C.E., expediente: 66001-21-31-000-2010-00235-01 (46947), Colom.).

En relación con el caso concreto, la accionante presentó demanda de responsabilidad extracontractual estatal dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria del fallo que la exonera de la responsabilidad penal en los hechos. La demandada, señora Martha Lucía Ríos Cortés, es detenida en virtud de la denuncia incoada por la señora Inés Elena Betancur Correa, dado que la denunciante afirmaba ser objeto del delito de trata de personas. Con esa hipótesis se aprende a la señora Ríos Cortés, sin identificar las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la aprehensión.

Con fundamento en esos hechos, la señora Ríos Cortés es dejada en libertad por pasar los 120 días legales sin que avanzara el proceso penal en su contra. Posteriormente, se inicia la investigación preliminar y, finalmente, se presenta la preclusión de dicha etapa procesal por la imposibilidad del despliegue de la conducta por parte de la posible implicada, puesto que ella no se encontraba en el país en el momento de la ocurrencia de los hechos.

Finalmente, en el estudio del nexo de causalidad, el Consejo de Estado encuentra probada la eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima por cuanto es un elemento esencial para tomar la decisión final. Por tanto, no se accede a las pretensiones de la demanda y se pronuncia de la siguiente manera:



PRIMERO: MODIFÍCASE LA JURISPRUDENCIA DE LA SECCIÓN TERCERA en relación con los casos en que la litis gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños irrogados con ocasión de la privación de la libertad de una persona a la que, posteriormente, se le revoca esa medida, sea cual fuere la causa de ello, y UNIFÍCANSE criterios en el sentido de que, en lo sucesivo, en esos casos, el juez deberá verificar:

1. Si el daño (privación de la libertad) fue antijurídico o no, a la luz del artículo 90 de la Constitución Política,
2. Si quien fue privado de la libertad actuó con culpa grave o dolo, desde el punto de vista meramente civil –análisis que hará, incluso de oficio–, y si con ello dio lugar a la apertura del proceso penal y a la subsecuente imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva (artículos 70 de la ley 270 de 1996 y 63 del Código Civil) y,
3. Cuál es la autoridad llamada a reparar el daño. En virtud del principio *iura novit curia*, el juez podrá encauzar el análisis del asunto, siempre en forma razonada, bajo las premisas del título de imputación que, conforme al acervo probatorio, considere pertinente o que mejor se adecuaba al caso concreto (citado en: C.E., expediente: 66001-21-31-000-2010-00235-01 (46947), Colom.).

Con fundamento en esta nueva tesis jurisprudencial, se abandona la responsabilidad objetiva que se venía aplicando para los casos en que la absolución se produjera por inexistencia del hecho; la atipicidad de la conducta y la no comisión del delito por parte del investigado que originalmente había establecido el Decreto 2700 de 1991 o Código de Procedimiento Penal de la época, al igual que la absolución en aplicación de la duda en favor del investigado que, desde el año 2006 (Ley 906 de 2004, Colom.), había aceptado el Consejo de Estado.



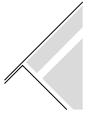
En la actualidad se abre la posibilidad de que el juez administrativo aplique el régimen subjetivo u objetivo de responsabilidad a cada caso concreto, en aplicación del principio de *iura novit curia* y analiza pormenorizadamente los hechos puestos en su conocimiento y el fundamento de la absolución penal.

El sistema penal acusatorio colombiano, a través del procedimiento oral, es totalmente garantista y está sujeto a una responsabilidad directa del administrador de justicia, como lo es el juez, bien sea de control de garantías o de conocimiento; a partir de allí, se requiere de ellos una preparación e interpretación de la normatividad, experiencia y la sana crítica basada en los principios, la dignidad humana, y teniendo como prioridad la libertad de los ciudadanos, como a algo tan sagrado como para acceder a privar a una persona de ella. Por tal razón, los jueces deben agotar todas las instancias del debido proceso y observar las garantías necesarias para dignificar la administración de justicia y sus instituciones, pero sin olvidar la presunción de inocencia.

Por otro lado, la justicia debe actuar con gran responsabilidad en sus decisiones, evitar la emisión de fallos con vacíos de fondo y forma, que permitan, de manera posterior, las demandas en contra del Estado ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

La invitación es también incluyente al ente acusador, esto es, la Fiscalía General de la Nación, para que todos sus funcionarios se unan a las mismas directrices previamente señaladas para los jueces, ya que es un compromiso de todos los funcionarios que participan en el proceso penal.

Si realmente cada una de las personas que intervienen en la investigación criminal respetaran las garantías constitucionales, se evitarían fallos penales injustos y posteriores demanda ante la jurisdicción administrativa para buscar la reparación estatal.



1.2. Unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado frente a los perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual del Estado en los casos de la privación injusta de la libertad

Como antecedente más reciente sobre los perjuicios aplicables a la responsabilidad por privación injusta de la libertad, se encuentra la Sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sección Tercera, del 16 de julio de 2019, Consejero Ponente Carlos Alberto Zambrano Barrera (C.E., expediente: 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572), Colom.).

Resulta importante aclarar que en vigencia del Código de Procedimiento Penal del año 2000 (Ley 600 de 2000, Colom.), las medidas de aseguramiento y, en particular, la privación de la libertad, no estaban en cabeza de los jueces penales sino de la Fiscalía General de la Nación, quien únicamente necesitaba de dos (2) indicios de la comisión del delito para poder imponer la medida de aseguramiento privativa de la libertad.

En el caso *ad studium*, la Sección Tercera del Consejo de Estado se encuentra ante la situación descrita en el párrafo anterior, dado que la Fiscalía Primera ante los Jueces del Circuito de la ciudad de Ibagué, en el departamento del Tolima, libra orden de captura contra el señor Orlando Correa Salazar, quien es arrestado en el terminal de transporte de la ciudad de Ibagué por el Grupo de Acción Unificada por la Libertad Personal –Gaula–, puesto que el señor Correa Salazar era el conductor del taxi que se encontraba esperando a los otros dos implicados en los delitos de hurto calificado y agravado, porte ilegal de armas y extorsión (Ley 599 de 2000, art 365, Colom.), sin que existiera indicio grave de la participación del taxista en los hechos de la teoría del caso de la Fiscalía.

Con esos fundamentos fácticos, el Consejo de Estado estudia la responsabilidad extracontractual que nace de la privación injusta de la libertad, así como de los elementos básicos de la misma junto a los



criterios de la indemnización de los perjuicios materiales y morales que devienen con la ocurrencia del hecho generador del daño antijurídico.

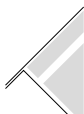
En el citado fallo, el alto Tribunal de cierre administrativo, inicia su estudio con los elementos generales de la responsabilidad en el derecho colombiano y, como primer ítem, estudia el daño y menciona que se entiende por tal, el hecho de privar a una persona de la libertad pues, para el Tribunal, la Fiscalía “tenía la obligación de verificar que fueran satisfechos los requisitos formales y sustanciales para privar de su libertad” (C.E., expediente: 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572), Colom.).

Dicho argumento le sirve de base para argumentar que, por ser privado de la libertad sin que se dieran los requisitos formales y sustanciales, se configuraba un daño que resultó antijurídico y que por tal razón debía ser reparado por el Estado.

Cabe aclarar que la actual postura del Consejo de Estado, respecto a la responsabilidad que surge de las actividades peligrosas, es contraria al fallo que se ha traído a colación, pues, en la actual línea jurisprudencial, esta responsabilidad es subjetiva con presunción de culpa. Sin embargo, en este fallo se encuentra la mejor apreciación del concepto de responsabilidad objetiva, que se concibe como aquella que no requiere de la culpa del agente en la conducta sino de un daño y un nexo causal para que pueda configurarse la responsabilidad extracontractual.

Al respecto, se debe precisar que el Consejo de Estado no realiza una apreciación correcta de este elemento de la responsabilidad, pues no se puede alegar que es una responsabilidad objetiva cuando, como elemento primordial del daño, se encuentra la culpa; ítem que no es analizado por el Tribunal en el fallo y que *sine qua non* es inimputable la responsabilidad al agente, máxime cuando no se ha desarrollado la teoría del riesgo creado en la actividad de impartir justicia.

Otra crítica que se puede realizar a esta postura se encuentra en que el hecho no es antijurídico, es decir, toda responsabilidad surge de



un daño antijurídico y, aunque es cierto que existe un daño, no se puede imputar responsabilidad alguna sin que este sea antijurídico, comprendiendo la última palabra como un daño que el derecho y la sociedad no obliga a soportar a los individuos.

Esta postura fue tomada con anterioridad por el Consejo de Estado en la Sentencia 15 de agosto de 2018 (C.E., expediente: 66001-21-31-000-2010-00235-01 (46947), Colom.), sentando la base de la jurisprudencia actual al momento de estudiar la responsabilidad extracontractual del Estado por la privación injusta de la libertad.

El último ítem que estudia la corporación es el nexo causal, aunque no ahonda en el mismo y solamente menciona el poco acervo probatorio que existe en el proceso para imponer la medida de aseguramiento a Correa Salazar.

Finalmente, en la providencia, se imputa la responsabilidad a título de falla del servicio, que se configura por:

(...) retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia de este. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio, pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia de este cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía. (C.E., expediente: 25000-23-26-000-1996-03282-01(20042), Colom.).

Esta jurisprudencia es de gran interés para establecer las reglas de la indemnización en el momento en que se falle a favor del accionante, siempre y cuando la demanda se haya interpuesto dentro de los dos años siguientes a la liberación o ejecutoria del fallo absolutorio; esta última es la regla general utilizada por los jueces, dado que es un momento exacto y finiquito dentro del proceso.



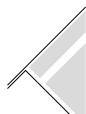
Así las cosas, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el fallo referenciado, realiza una unificación de la jurisprudencia respecto a la indemnización de los daños patrimoniales y morales.

En ese contexto, la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo colombiano, en la providencia del 15 de agosto del 2018, establece que debe reconocerse, a título de daño emergente, los gastos ocasionados con el pago de honorarios del abogado que ayudó a librar las batallas legales a nombre del accionante.

La regla que menciona el Consejo de Estado se basa en el material probatorio y señala directamente cuatro puntos:

- Únicamente se reconocerá el pago de honorarios de abogado si en las pretensiones de la demanda el accionante o demandante lo solicitó.
- Se reconocerán honorarios únicamente si se demuestra que el pago se hizo al abogado que actuó en el proceso penal.
- Para proceder al reconocimiento de los honorarios cancelados, se debe adjuntar la factura o documento equivalente, junto con la prueba del pago, expedido por el abogado que actuó en el proceso penal.
- En caso de que los valores expresados en la factura o documento equivalente no coincidan con los soportes de pago, únicamente se reconocerá el menor valor pagado por el demandante. (C.E., expediente: 73001-23-31-000-2009-00133-01(44572), Colom.).

Frente al lucro cesante, se establece que la base de liquidación será el salario y que, en caso de no poderse acreditar, se tomará el salario mínimo legal mensual vigente de la anualidad. Se aclara que esta regla no se aplica a los trabajadores independientes, a menos de que aquellos alleguen los libros de contabilidad necesarios para la realización de la actividad lícita y comercial que desempeñaban. Se debe realizar la precisión de que estos perjuicios materiales deben ser peticionados en el escrito de demanda y no en momentos posteriores como los alegatos de conclusión o recursos.



Frente a los perjuicios morales, la corporación ha sostenido que se presume el daño moral sufrido por las personas privadas de la libertad y sus familiares cercanos; por lo tanto, se debe indemnizar con los parámetros expuestos con anterioridad por el Tribunal Administrativo.

En este caso concreto, se debe tener en cuenta que el anterior procedimiento penal establecido en la Ley 600 de 2000, se otorgaba un poder supremo a la Fiscalía General para ordenar la privación de la libertad. Por tal razón, existía un temor generalizado a su poder. La historia y las diferentes estadísticas señalan las injusticias y violaciones que dicha entidad cometió. Gracias a esto, las víctimas mercedamente acuden con sus apoderados a demandar ante la jurisdicción administrativa, lo que deja en evidencia las diferentes irregularidades que cometieron los administradores de justicia en su ejercicio profesional y el conglomerado tuvo que asumir las condenas impuestas al Estado por la jurisdicción contenciosa administrativa en desmedro del presupuesto público.

Basados en estas circunstancias, resulta pertinente hacer un llamado consciente, profesional y ético, para que la administración de justicia y sus operadores procuren realizar su trabajo de una manera responsable, con el fin de no violar los derechos de los ciudadanos que se enfrentan al proceso penal y, además, se apliquen las garantías necesarias para ejercer un debido proceso con el fin de evitar enormes condenas. Por esta razón, es importante que investigaciones como esta despierten el interés de la sociedad para mejorar el servicio de la administración de justicia y no reincidir en los mismos errores.

2. Resultados de la investigación

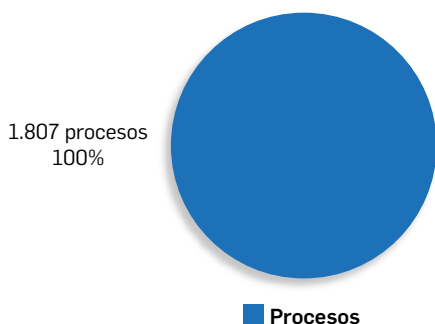
Para identificar los factores que influyeron en la responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad en relación con el conflicto interno armado colombiano en el departamento del Cauca, entre los años 2007 al 2018, se recurrió al sistema de consulta de procesos de la rama judicial y se hallaron finalmente 43 fallos



condenatorios y en cada uno se analizaron las causas y el tipo de responsabilidad aplicados. Los resultados serán expuestos mediante gráficas y apartados que corresponden a la descripción de los factores encontrados en las sentencias y se finaliza con la compilación de toda la información recolectada.

2.1 Procesos consultados

Los procesos judiciales presentados en la Jurisdicción contenciosa administrativa del Cauca, entre los años 2007 y 2018, ascendieron a 1.807 procesos. De allí, posteriormente, se identificó cuáles procesos eran pertinentes para el presente trabajo de investigación (Ver Gráfica 2).



Gráfica 2. Procesos consultados.

Fuente: Elaboración de los autores

2.2 Procesos de Reparación directa relacionados con la privación injusta de la libertad

De los 1.807 procesos encontrados, 1.486 correspondían a procesos de privación injusta de la libertad, equivalente al 82%. Por otro lado, 321 procesos tenían relación con otros temas, correspondiente al 18% del total de procesos (Ver Gráfica 3).

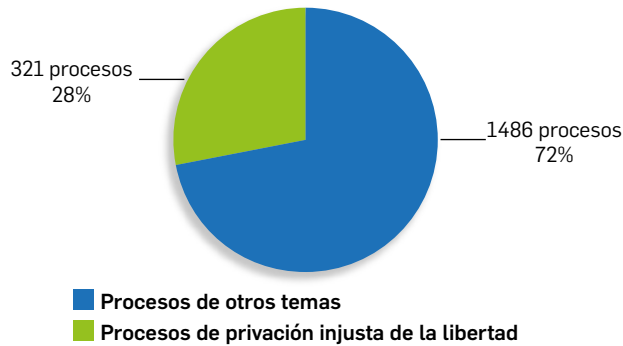
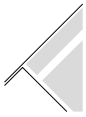


Gráfico 3. Procesos de reparación directa relacionados con la privación injusta de la libertad

Fuente: Elaboración de los autores

2.3 Tipo de sentencia en procesos sobre Privación injusta de la libertad

Se observó que los 1.486 procesos en la Jurisdicción contencioso administrativo del Cauca, durante los años 2007 y 2018, se clasificaban en dos tipos: i) Condenatorio, con un total de 427 procesos equivalente a 29%; y ii) Absolutorio, con un total de 1.059 procesos equivalente al 71% (Ver Gráfico 4).

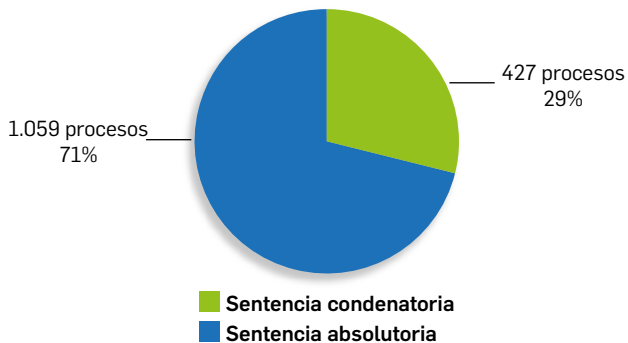


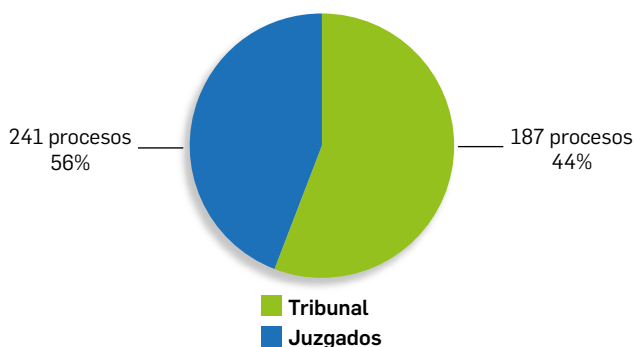
Gráfico 4. Procesos de reparación directa relacionados con la privación injusta de la libertad.

Fuente: Elaboración de los autores



2.4 Despacho judicial

De las 427 sentencias condenatorias por Privación injusta de la libertad, se registra que en 187 casos (44%) el despacho judicial que emitió la decisión fue el Tribunal Administrativo del Cauca y, en 241 casos (56%), la decisión fue emitida en los Juzgados Administrativos de Popayán (Ver Gráfica 5).



Gráfica 5. Casos en despacho judicial

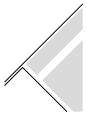
Fuente: Elaboración de los autores

2.5 Muestra de la investigación

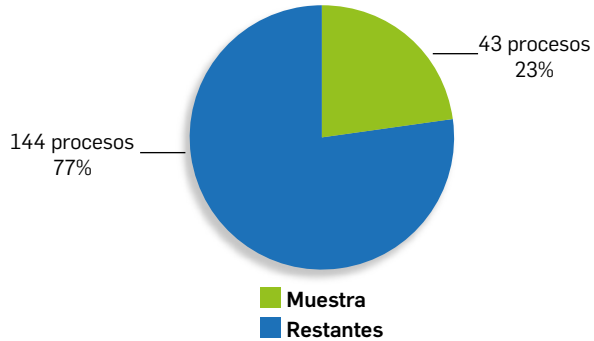
Se indica que, de las 187 sentencias condenatorias por Privación injusta de la libertad dictadas por el Tribunal Administrativo del Cauca, se eligen como muestra para la presente investigación 43 procesos (23%), se quedan por fuera del objeto investigativo 144 procesos (77%) (Ver Gráfica 6).

2.6 Procesos condenatorios relacionados con el Conflicto armado

Se evidencia que de los 43 procesos por Privación injusta de la libertad que fueron condenatorios, 30 procesos, es decir 70%, tenían relación con otro tipo de conductas penales y únicamente o 13 procesos,



equivalentes a 30%, tuvieron relación con el Conflicto interno armado colombiano y estos últimos son el objeto específico de la presente investigación (Ver Gráfica 7).



Gráfica 6. Muestra de la investigación

Fuente: Elaboración de los autores



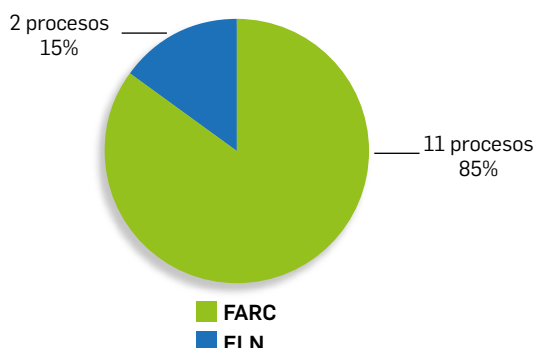
Gráfica 7. Procesos condenatorios relacionados con el conflicto armado.

Fuente: Elaboración de los autores



2.7 Naturaleza del actor armado

En las 13 sentencias condenatorias por privación injusta, la naturaleza de los actores armados del conflicto colombiano responsables de los delitos investigados en los procesos penales que originaron la privación de la libertad fue: en relación dominante las Fuerzas Armadas Revolucionarias FARC con 11 procesos, para un 85% y, en menor proporción, el Ejército de Liberación Nacional ELN con 2 procesos (15%) (Ver Gráfica 8).



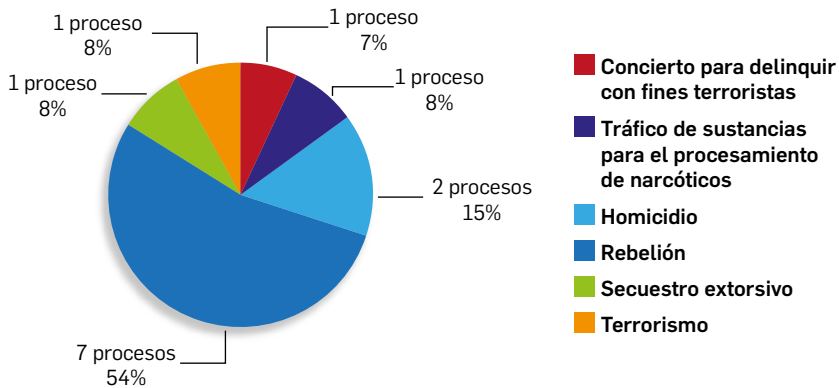
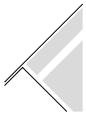
Gráfica 8. Naturaleza del actor armado.

Fuente: Elaboración de los autores

2.8 Tipos de delitos

Se identificaron los delitos que fueron motivo de imputación en los procesos penales en los que se ordenó la privación de la libertad en las 13 sentencias condenatorias por dicha privación injusta, relacionadas con el conflicto interno armado:

El delito de rebelión encabezó la lista con un total de 7 procesos (54%); seguidamente, el homicidio con un total de 2 procesos (15%). De igual manera, los delitos tales como concierto para delinquir con fines terroristas, secuestro extorsivo, terrorismo, y tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, cada uno de 1 proceso para un equivalente del 8%, respectivamente (Ver Gráfica 9).



Gráfica 9. Tipos de delitos.

Fuente: Elaboración de los autores

2.9 Municipio de ocurrencia de los hechos

Los municipios de ocurrencia de los hechos que originaron la privación de la libertad en las 13 sentencias condenatorias fueron: Popayán, municipio de mayor ocurrencia con un total de 6 procesos que representan (46%); Patía, con un total de 2 procesos (15%); seguidamente, los municipios de Bordo, Caldono, Piendamó, San Sebastián y Santander de Quilichao que tuvieron 1 proceso cada uno (8% cada uno) (Ver Gráfica 10).

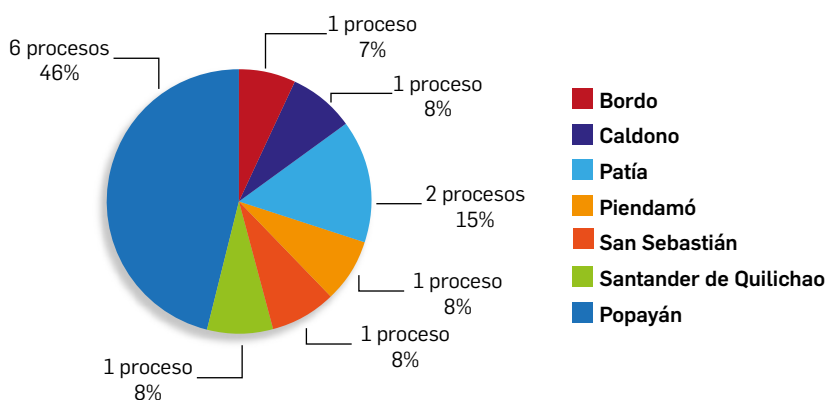
2.10 Autoridad que privó de la libertad

En este apartado se hace referencia a las autoridades que coartaron el derecho fundamental de la libertad en las 13 sentencias condenatorias por privación injusta de la libertad relacionadas con el conflicto interno armado, que se realizó mediante la imposición de una medida de aseguramiento carcelaria o la declaración de culpabilidad en una sentencia judicial o, en muy pocos casos, captura en flagrancia. Cabe resaltar que la mayoría de los procesos penales que generaron la privación injusta de la libertad y, posterior condena por responsabilidad estatal, se desarrollaron bajo la vigencia de la Ley 600 del 2000, en



la que la Fiscalía General de la Nación tenía la facultad de imponer medida de aseguramiento; los restantes procesos se tramitaron con base en la Ley 906 de 2004, en la que se traslada tal atribución al Juez Penal de Garantías.

A continuación, se observa que de las 13 sentencias condenatorias por privación injusta de la libertad, en relación con el conflicto armado colombiano comprendidas entre los años 2007 y 2018, se identificó que en 9 procesos la Fiscalía General de la Nación fue la autoridad que ordenó la privación injusta (69%); y en 1 proceso cada uno, fueron comandantes del Ejército Nacional, quienes realizaron capturas en flagrancia, agentes de la Policía nacional, por intermedio de la SIJIN, Departamento Administrativo de Seguridad DAS (8%) y la Rama Judicial a través de juzgados penales (7%) (Ver Gráfica 11).

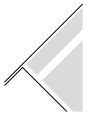


Gráfica 10. Municipio de ocurrencia de los hechos.

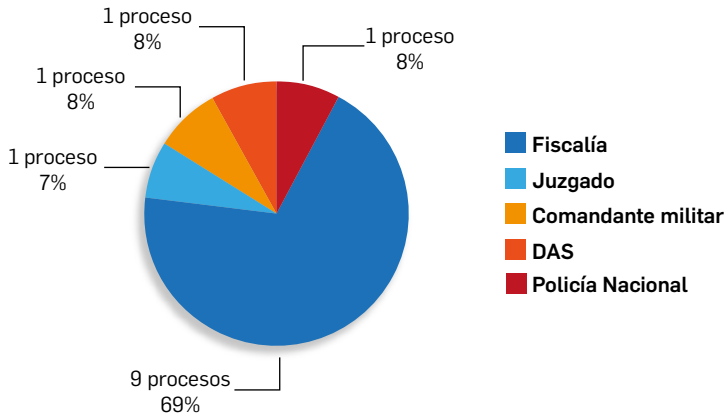
Fuente: Elaboración de los autores

2.11 Autoridad que otorga la libertad

Las autoridades que ordenaron levantar la medida de aseguramiento o decretar la absolución o preclusión en los procesos penales de los 13 fallos condenatorios por privación injusta de la libertad, en relación con el conflicto armado fueron: en 6 procesos (46%) la Fiscalía General de

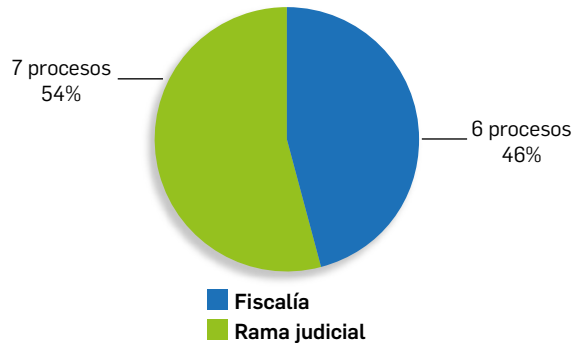


la Nación; por otro lado, en 7 procesos fue la Rama Judicial entendida como Juzgados y Tribunal Superior Sala Penal (54%) (Ver Gráfica 12).



Gráfica 11. Autoridad que ordenó la privación de la libertad

Fuente: Elaboración de los autores



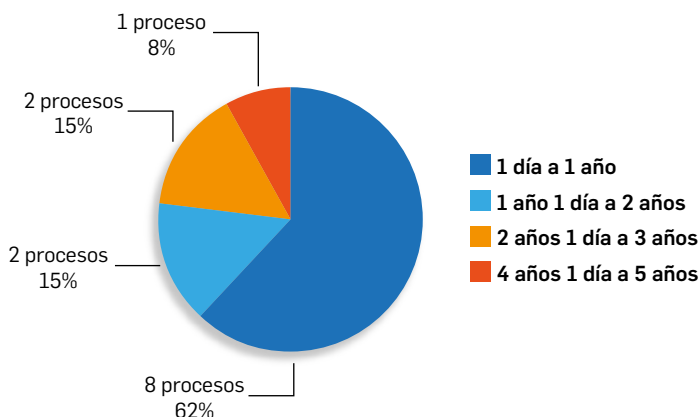
Gráfica 12. Autoridad que ordenó la libertad

Fuente: Elaboración de los autores



2.12 Duración de la privación de la libertad

La duración de la privación de la libertad se clasificó en tres temporalidades: i) de 1 día a 1 año, ii) de 1 año y 1 día a 2 años, y iii) de 2 años y 1 día a 3 años. De modo que, de las 13 sentencias condenatorias por privación injusta de la libertad, en relación con el conflicto armado, 8 procesos (62%) fue de 1 día a 1 año; en 2 procesos (15%) la privación duró de 1 año y 1 día a 2 años; en 2 procesos (15%) la duración fue de 2 años y 1 día a 3 años; en cambio, en 1 solo proceso (8%) de duración fue de 4 años y 1 día a 5 años (Ver Gráfica 13).

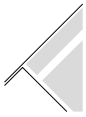


Gráfica 13. Duración de la privación de la libertad.

Fuente: Elaboración de los autores

2.13 Régimenes de responsabilidad

El Régimen de responsabilidad que fue aplicado en las 13 sentencias condenatorias por privación injusta de la libertad, relacionadas con el conflicto interno armado, fue: 8 sentencias en las que predominó el Régimen objetivo (62%) y 5 sentencias en las que se utilizó el Régimen subjetivo (38% restante) (Ver Gráfica 14).

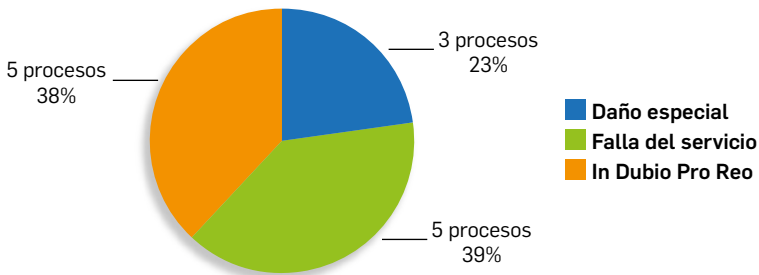


Gráfica 14. Régimen de responsabilidad.

Fuente: Elaboración de los autores

2.14 Título de imputación

En cuanto al título de imputación aplicado en las 13 sentencias condenatorias por privación injusta de la libertad, en relación con el conflicto armado interno colombiano, el régimen que más se utilizó fue el objetivo, específicamente por las causales in *dubio pro-reo* con 5 procesos (38%), 3 procesos con ‘daño especial’ (23%); en cuanto al régimen subjetivo se aplicó ‘falta en servicio’ con un total de 5 procesos (39 %) (Ver gráfica 15).



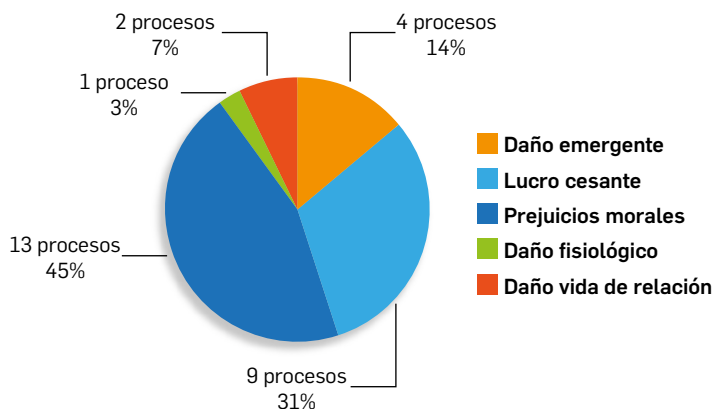
Gráfica 15. Título de imputación.

Fuente: Elaboración de los autores



2.15 Perjuicios reconocidos

De los perjuicios reconocidos en las 13 sentencias condenatorias por privación injusta de la libertad, en relación con el conflicto armado, el perjuicio que más se condenó fue el ‘moral’ con un total de 13 procesos (45%), seguido de ‘lucro cesante’ con un total de 9 procesos (31%), ‘daño emergente’ con un total de 4 procesos (14%), ‘daño en la vida y relación’ con un total de 2 procesos (7%), ‘daño fisiológico’, con 1 proceso (3%), respectivamente (Ver Gráfica 16).

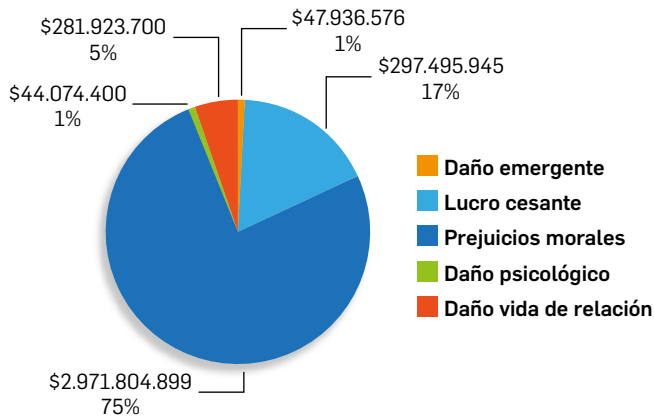
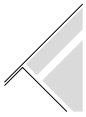


Gráfica 16. Perjuicios reconocidos.

Fuente: Elaboración de los autores

2.16 Cuantía de los perjuicios

Los perjuicios a los que el Estado fue condenado a pagar en los 65 fallos condenatorios por privación injusta de la libertad, en relación con el conflicto armado, fueron cuantificados por un valor de \$3.643.235.520, que se discrimina de la siguiente manera: perjuicios morales por \$2.971.804.899 (75%), el lucro cesante por \$297.495.945 (17%), daño emergente por \$47.936.576 (5%), daño en la vida y relación por \$ 281.923.700 (1%), daño psicológico por \$44.074.400 (1%) (Ver Gráfica 17).



Gráfica 17. Cuantía de los perjuicios.

Fuente: Elaboración de los autores

Conclusiones

Como primera gran conclusión, tenemos que efectivamente hubo relación directa del conflicto interno armado colombiano con la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad entre los años 2007 y 2018 en el departamento del Cauca, ya que de los 43 procesos revisados de privación injusta de la libertad que fueron condenatorios, 13 de ellos, que equivalen a un 30%, hacían referencia al conflicto interno armado colombiano y únicamente 30 procesos, es decir el 70%, tenían relación con otro tipo de conductas penales.

Los delitos por los que más se ordenó la privación de la libertad de las personas fueron rebelión con un porcentaje de 54%, seguido de homicidio con un 15%.

Se encontró que el título de imputación más aplicado por la Jurisdicción contenciosa administrativa fue el de responsabilidad objetiva en aplicación del principio de *in dubio pro-reo*, con un porcentaje del 38%; esto, con ocasión de que el aparato estatal no pudo desvirtuar la presunción de inocencia de la persona privada de la libertad.



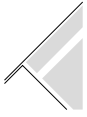
Respecto a la duración de la privación injusta de la libertad, de forma alarmante se evidenció que, en 5 procesos, es decir, en el 38%, la duración se extendió por más de un año; situación anómala y que deja al descubierto las falencias del sistema judicial penal en Colombia.

En cuanto a la autoridad que ordenó la privación injusta de la libertad, se encuentra que, en 9 procesos, es decir en un 69%, fue la Fiscalía General de la Nación la responsable de coartar el derecho fundamental a la libertad, seguido por otras autoridades en un 31%, por lo que se hace un llamado a esta entidad a que tome correctivos sobre estas falencias presentadas en el momento de investigar.

Es importante resaltar que en cuanto al autor de los hechos materiales del conflicto armado objeto de investigación penal, se encontró que en un 85% estaba conformado por delitos que tenían relación con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC y en un 15% el Ejército para la Liberación Nacional ELN, lo que se relaciona de forma directa con el grupo guerrillero que suscribió el acuerdo para finalizar el conflicto interno en el año 2016, por lo que podría pensarse que una vez desmovilizado tal grupo, la responsabilidad por privación injusta de la libertad debería disminuir consecuentemente; tema que deberá ser investigado en los próximos años.

Además, se pudo establecer que el principal municipio de ocurrencia de los hechos del conflicto armado fue la capital del departamento del Cauca en un 46%, al igual que en sus municipios aledaños como Patía con 15%; municipios en los que, por muchos años, hizo una fuerte presencia el grupo insurgente de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC.

Para finalizar, se calcula que la suma total de los perjuicios a los que fue condenado el Estado a responder patrimonialmente ascendió a tres mil seiscientos cuarenta y tres millones doscientos treinta y cinco mil quinientos veinte MCTE (**\$3.643.235.520**), lamentable cifra que, sin la existencia del conflicto interno armado, el Estado pudo haber creado un ahorro y así evitar la afectación considerable del presupuesto



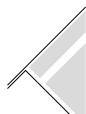
nacional puesto que con el dinero pagado por esas condenas se hubieran aumentado los proyectos de inversión social.

Referencias

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2013). *Privación Injusta de la Libertad: entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo*. Bogotá D.C., Colombia: A.N.D.J.E
- Arenas, H. (2013). *El Régimen de Responsabilidad Objetiva*. Bogotá D.C., Colombia.: Legis Editores SA.
- Arenas, H. (2018). *El Régimen de Responsabilidad Subjetiva*. Bogotá D.C., Colombia: Legis. Editores SA.
- Calderón, C., & Henao, H. (2015). *Responsabilidad Extracontractual del Estado por Privación Injusta de la Libertad en Colombia*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Santo Tomás.
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, marzo 01, 2006, C.P.: R. Correa, Expediente 15138, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, marzo 01, 2006, C.P.: M. Giraldo, Expediente 15440, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, mayo 11, 2006, C.P.: M. Fajardo, Expediente 14400, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, junio 04, 2006, C.P.: R. Saavedra, Expediente 14721, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, diciembre 04, 2006, C.P.: M. Fajardo, Expediente 13168, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, marzo 04, 2007, C.P.: E. Gil, Expediente 15498, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, mayo 02, 2007, C.P.: R. Saavedra, Expediente 15463, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, agosto 29, 2007, C.P.: R. Correa, Expediente 15494, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, diciembre 04, 2007, C.P.: E. Gil, Expediente 15498, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, diciembre 05, 2007, C.P.: R. Saavedra, Expediente 15128, [Colom.].



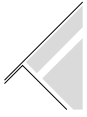
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, febrero 20, 2008, C.P.: R. Saavedra, Expediente 15980, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, marzo 26, 2008, C.P.: E. Gil, Expediente 16902, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, julio 16, 2008, C.P.: R. Correa, Expediente 17174, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, febrero 11, 2009, C.P.: M. Guerrero, Expediente 15769, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, febrero 25, 2009, C.P.: M. Fajardo, Expediente 25508, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, febrero 13, 2012, C.P.: M. Fajardo, Expediente 24296, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, julio 11, 2012, C.P.: C. Zambrano, Expediente 23688, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, agosto 16, 2012, C.P.: M. Fajardo, Expediente 25214, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, agosto 29, 2012, C.P.: S. Díaz, Expediente 24093, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, enero 30, 2013, C.P.: M. Fajardo, Expediente 23998, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, junio 27, 2013, C.P.: M. Fajardo, Expediente 27626, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, agosto 28, 2013, C.P.: E. Gil, Expediente 25022, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, septiembre 25, 2013, C.P.: E. Gil, Expediente 36460, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, octubre 17, 2013, C.P.: M. Fajardo, Expediente 23354, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, febrero 12, 2014, C.P.: H. Andrade, Expediente 28675, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, agosto 28, 2014, C.P.: H. Andrade, Expediente 36149, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, noviembre 27, 2014, C.P.: C. Zambrano, Expediente 28194, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, marzo 05, 2015, C.P.: D. Rojas, Expediente 30102, [Colom.].



- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, julio 01, 2015, C.P.: J. Santofimio, Expediente 31412, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, agosto 26, 2015, C.P.: C. Zambrano, Expediente 40943, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, enero 29, 2016, C.P.: R. Pazos, Expediente 37807, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, agosto 01, 2016, C.P.: H. Andrade, Expediente 33302, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, abril 24, 2017, C.P.: J. Rodríguez, Expediente 37838, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, mayo 24, 2017, C.P.: G. Sánchez, Expediente 48919, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, abril 09, 2018, C.P.: J. Rodríguez, Expediente 38359, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, agosto 15, 2018, C.P.: C. Zambrano, Expediente 46947, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, marzo 07, 2012, C.P.: H. A. Rincón, Radicado: 25000-23-26-000-1996-03282-01(20042), [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, enero 29, 2015, C.P.: C.P.: R. Pazos, Sentencia 19001333100720070029201, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, abril 13, 2016, C.P.: H. Andrade, Sentencia 19001333100620070033701, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, mayo 02, 2016, C.P.: R. Pazos, Sentencia 19001230000120070011001, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, mayo 25, 2016, C.P.: G. Sánchez, Sentencia 19001333100720080015001, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, mayo 31, 2016, C.P.: R. Pazos, Sentencia 19001333100720080011801, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, julio 21, 2016, C.P.: G. Sánchez, Sentencia 19001333100720090021401, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, agosto 29, 2016, C.P.: R. Pazos, Sentencia 19001333100720080026201, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, septiembre 14, 2016, C.P.: M. N. Velásquez, Sentencia 19001333100520071014701, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, septiembre 26, 2016, M.P.: G. Sánchez, Sentencia 19001333100220080034001, [Colom.].



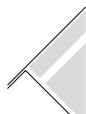
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, septiembre 26, 2016, C.P.: G. Sánchez, Sentencia 19001230000120070027701, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, octubre 05, 2016, C.P.: M. N. Velásquez, Sentencia 19001230000020090037101, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, 15, noviembre, 2016, C.P.: G. Sánchez, Sentencia 19001333100720100005401, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, diciembre 05, 2016, C.P.: R. Pazos, Sentencia 19001230000020070048101, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, enero 25, 2017, C.P.: M. N. Velásquez, Sentencia 19001333100720090046901, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, abril 05, 2017, C.P.: H. Andrade, Sentencia 19001230000020090034101, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, abril 26, 2017, C.P.: M. N. Velásquez, Sentencia 19001230000020100024601, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, mayo 11, 2017, C.P.: S. Conto, Sentencia 19001333100720080017801, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, julio 31, 2017, C.P.: G. Sánchez, Sentencia 190013331007201100052301, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, agosto 03, 2017, C.P.: R. Pazos, Sentencia 190013331000720090036501, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, agosto 08, 2017, C.P.: G. Sánchez, Sentencia 19001233100020120003701, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, agosto 31, 2017, C.P.: R. Pazos, Sentencia, 19001333100720080021901, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, septiembre 28, 2017, C.P.: M. N. Velásquez, Sentencia, 190013331007201000041201, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, octubre 05, 2017, C.P.: S. Conto, Sentencia 19001230000020070017401, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, noviembre 29, 2017, C.P.: S. Conto, Sentencia 190013331007200800037701, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, diciembre 15, 2017, C.P.: G. Sánchez, Sentencia 19001233175120070041001, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, diciembre 15, 2017, C.P.: G. Sánchez, Sentencia 19001230000020100005001, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, diciembre 19, 2017, C.P.: G. Sánchez, Sentencia 19001333100520110000401, [Colom.].



- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, febrero 07, 2018, C.P.: R. Pazos, Sentencia 19001333100720100011701, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, junio 14, 2018, C.P.: R. Pazos, Sentencia 19001230000020090023701, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, julio 18, 2019, M.P.: C. A. Zambrano, Expediente: 73001-23-31-000-2009-00133-01 (44.572), [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, julio 19, 2018, C.P.: M. N. Velásquez, Sentencia 19001333100720100027901, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, julio 19, 2018, C.P.: M. N. Velásquez, Sentencia 19001230000020100019001, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, agosto 13, 2018, C.P.: J. E. Rodríguez, Sentencia 19001333100520070023301, [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, agosto 15, 2018, C.P.: C. A. Zambrano, Expediente: 66001-21-31-000-2010-00235-01 (46947), [Colom.].
- Consejo de Estado [C.E.], Sección Tercera, octubre 29, 2018, C.P.: M. N. Velásquez, Sentencia 190013331997200900028901, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], agosto 01, 1996, M.P.: A. Martínez, Sentencia C-333/96, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], agosto 01, 1996, M.P.: A. Martínez, Sentencia C-333/1996, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], febrero 05, 1996, M.P.: V. Naranjo, Sentencia C-037/1996, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], agosto 08, 2001, M.P.: R. Escobar, Sentencia C-832/2001, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], agosto 31, 2001, M.P.: J. I. Palacio, Sentencia C-644/2011, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], agosto 08, 2002, M.P.: J. Córdoba, Sentencia C-619/2002, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], octubre 29, 2002, M.P.: E. Montealegre, Sentencia C-918/2002, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], enero 27, 2004, M.P.: M. G. Monroy, Sentencia C-043/2004, [Colom.].
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], julio 28, 2005, M.P.: A. Beltrán, Sentencia C-782/05, [Colom.].



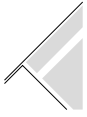
- Corte Constitucional de Colombia [C.C.], julio 05, 2018, M.P.: J. F. Reyes, Sentencia SU-072/2018, [Colom.].
- Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], Sala de Casación Civil, agosto 24, 2009, M.P.: W. Namén, Expediente: 11001-3103-038-2001-01054-01, [Colom.].
- Decreto 2700 de 1991. Por el cual se expiden las normas de Procedimiento Penal. Noviembre 30. D.O. núm. 40190.
- Diazgranados-Mesa, S. (2001). *Responsabilidad del Estado por daño especial*. Bogotá D.C., Colombia: Pontificia Universidad Javeriana.
- Gómez, M. (2010). *RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR FALLA EN EL SERVICIO, DAÑO ESPECIAL O RIESGO EXCEPCIONAL*. BOGOTÁ D.C., COLOMBIA: UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA.
- GUIO, J.; QUINTERO, L.; & TEJADA, M. (2012). ¿ES REALMENTE OBJETIVA LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA? BOGOTÁ D.C., COLOMBIA: UNIVERSIDAD LIBRE.
- HOYOS, R.; ZAMBRANO, M.; & JARAMILLO, L. (2006). RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD. *REVISTA PROLEGÓMENOS. DERECHO Y VALORES*, IX, 17, II-21.
- Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. Julio 24 de 2000. D. O. núm. 44.097, artículo 365.
- Ley 600 de 2000. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Julio 24 de 2000. D.O. núm. 44.097
- Ley 906 de 2004. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Septiembre 01 de 2004. D.O. núm. 45.658
- López, A.; & Martínez, C. (2011). *Responsabilidad Estatal por Privación Injusta de la Libertad: Criterios del Consejo de Estado al Otorgar Indemnización de Perjuicios*. Bucaramanga, Colombia: Universidad Industrial de Santander.
- Orejuela, E. (2010). Responsabilidad Civil Extracontractual del Estado por la Privación Legal e Injusta de la Libertad. *Revista Justicia Juris*, 6, 12, 79-91.
- Polanía, A.; Vargas, L.; & Tejada, M. (2017), *La responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad en Colombia*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.
- Polanía, A.; Vargas, L.; & Tejada, M. (2019), *La responsabilidad estatal por privación injusta de la libertad en Colombia – segunda edición 2019*. Neiva, Colombia: Universidad Surcolombiana.



- Prato, L. (2016). *La Responsabilidad del Estado por la Privación Injusta de la Libertad en Colombia*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad del Rosario.
- Quintero, M. (2014), *Evolución de la Responsabilidad del Estado por Privación Injusta de la Libertad y Problemática por la Adopción de Medidas que la Restringen*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre.
- Ruiz, W. (2017). *Responsabilidad del Estado y sus Regímenes*. Bogotá D.C., Colombia: Ecoe Ediciones.
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], agosto 05, 2003, M.P.: I. Cuéllar, Sentencia 19001232300002000388600, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], febrero 05, 2010, M.P.: H. Calvache, Sentencia 19001230000020070017400, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], junio 10, 2010, M.P.: N. M. Muñoz, Sentencia 190013331007200800037700, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], junio 10, 2010, M.P.: N. M. Muñoz, Sentencia 190013331007200800037700, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], junio 24, 2010, M.P.: N. M. Muñoz, Sentencia 190013331007200800034600, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], agosto 31, 2010, M.P.: N. M. Muñoz, Sentencia 19001333100720070031400, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], octubre 26, 2010, M.P.: H. Calvache, Sentencia 19001333100720080017800, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], octubre 26, 2010, M.P.: H. Calvache, Sentencia 19001333100720080015000, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], diciembre 14, 2010, M.P.: C. H. Jaramillo, Sentencia 19001333100720080011800, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], febrero 15, 2011, M.P.: C. H. Jaramillo, Sentencia 19001333100620070033700, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], febrero 24, 2011, M.P.: C. H. Jaramillo, Sentencia 19001333100720080026200, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], junio 16, 2011, M.P.: H. Calvache, Sentencia 19001333100320080007000, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], junio 21, 2011, M.P.: C. H. Jaramillo, Sentencia 19001333100520070014700, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], julio 26, 2011, M.P.: C. H. Jaramillo, Sentencia 19001333100720090021400, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], septiembre 01, 2011, M.P.: M. Rodríguez, Sentencia 190013331007200700048100, [Colom.].



- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], septiembre 20, 2011, M.P.:
H. Calvache, Sentencia 19001333100720080021900, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], septiembre 20, 2011, M.P.:
H. Calvache, Sentencia 19001333100720090036500, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], septiembre 29, 2011, M.P.:
M. Rodríguez, Sentencia 19001333100220080034000, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], noviembre 17, 2011, M.P.:
C. A. Ponce, Sentencia 19001333100720090046900, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], diciembre 06, 2011, M.P.:
C. A. Ponce, Sentencia 19001333100720070011000, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], marzo 15, 2012, M.P.: C.
H. Jaramillo, Sentencia 19001230000020190034100, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], junio 07, 2012, M.P.: C.
H. Jaramillo, Sentencia 19001333100320070027700, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], agosto 23, 2012, M.P.: C.
A. Ponce, Sentencia 19001333100720070023300, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], octubre 04, 2012, M.P.:
M. Cortés, Sentencia 19001333100720070029200, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], noviembre 22, 2012, M.P.:
M. Cortés, Sentencia 19001230000020100024600, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], noviembre 22, 2012, M.P.:
C. A. Ponce, Sentencia 19001230000120090023700, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], enero 17, 2013, M.P.: M.
Cortés, Sentencia 19001333100720100011700, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], febrero 21, 2013, M.P.: M.
Cortés, Sentencia 190013331007200900028900, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], octubre 11, 2013, M.P.: C.
A. Ponce, Sentencia 19001333100720100005400, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], octubre 11, 2013, M.P.:
M. Cortés, Sentencia 190013331007201000041200, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], abril 24, 2014, M.P.: M.
Cortés, Sentencia 190013331007201200001400, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], julio 10, 2014, M.P.: P. J.
Bolaños, Sentencia 19001230000020100005000, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], septiembre 04, 2014, M.P.:
T. E. Mosquera, Sentencia 190013331007201000041000, [Colom.].



- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], septiembre 04, 2014, M.P.: G. M. Paredes, Sentencia 190013331007201100052300, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], octubre 31, 2014, M.P.: G. M. Paredes, Sentencia 19001333100520110000400, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], enero 29, 2015, M.P.: T. E. Mosquera, Sentencia 190013331007200900040300, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], febrero 12, 2015, M.P.: P. J. Bolaños, Sentencia 190013331007201100015100, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], marzo 12, 2015, M.P.: G. M. Paredes, Sentencia 19001333100520110000400, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], abril 29, 2015, M.P.: R. P. Guerrero, Sentencia 19001233100020000388601, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], junio 11, 2015, M.P.: P. J. Bolaños, Sentencia 19001333100720110024000, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], junio 18, 2015, M.P.: P. J. Bolaños, Sentencia 19001230000020120003700, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], junio 25, 2015, M.P.: C. A. Ponce, Sentencia 19001333100720100027900, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], noviembre 17, 2016, M.P.: B. T. Galvis, Sentencia 19001233176120110045900, [Colom.].
- Tribunal Administrativo del Cauca [T. Admtivo], febrero 10, 2017, M.P.: P. J. Bolaños, Sentencia 19001230000020110045900, [Colom.].
- Villamil, C.; & Barajas, T. (2014) *Condena al Estado por Privación Justa de la Libertad*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre.

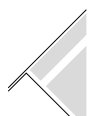


CAPÍTULO VI

Éxodo latinoamericano: análisis jurídico del derecho de asilo en España frente a solicitantes latinoamericanos

Angélica María Muskus Carriazo¹
Victoria Amalia Preciado Burgos²

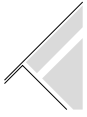
Introducción



A partir del año 2015 se ha vivido en Europa la crisis más grave de refugiados desde la II Guerra Mundial. Más de un millón de personas cruzaron el Mediterráneo como refugiados e

¹ Abogada de Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Magíster en Derecho con Énfasis en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Candidata a Doctora en Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca (España). Docente Investigadora en la Universidad del Sinú –Elías Bechara Zainúm (Montería). Miembro del Grupo de Investigaciones Ciencias Sociales, Aplicadas y Derecho categorizado en A por Minciencias.

² Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre. Candidata a Doctora en Estado de Derecho y Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca (España). Docente Investigadora en la Universidad del Sinú – Elías Bechara Zainúm (Montería). Miembro del Grupo de Investigaciones Ciencias Sociales, Aplicadas y Derecho categorizado en A por Minciencias.



inmigrantes y más de 60 millones de refugiados y desplazados internos se han contabilizado en todo el mundo. De estos casi 60 millones de personas, según la ACNUR, 19,5 millones eran refugiadas, 38,2 millones desplazadas internas y 1,8 millones solicitantes de asilo (Defensor del Pueblo, 2016).

El principal detonante de la referida crisis migratoria en Europa fue la Guerra Civil en Siria, no obstante, desde 2015, cobraron principal relevancia los conflictos políticos que se viven en los países latinoamericanos. Podemos ejemplificar con la crisis política y social vivida en Venezuela, que permitió que en el primer semestre del año 2018 se referenciara como el país de origen con mayor número de nuevas solicitudes de asilo en el mundo, más de 150.000. (Comisión Española de Ayuda al refugiado (CEAR), 2019, pág. 108)

Además, existe una relación inescindible entre la carencia o deficiencia de justicia de los países latinoamericanos y la subsecuente persecución o amenaza de persecución, y la necesidad de protección internacional de sus ciudadanos, consolidándose la injusticia como un factor de desestabilización del Estado que produce el éxodo de sus particulares.

En el presente capítulo se plasman los resultados de una investigación de carácter exploratoria, con enfoque tanto cuantitativo como cualitativo. Se tomarán como referencia las estadísticas presentadas en el informe 2019 de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) así como la normativa europea e internas que regulan el Derecho al Asilo en España.

El objeto del capítulo es exponer un análisis desde el punto de vista jurídico de la regulación del Derecho de Asilo en España como principal destino europeo de los latinoamericanos que reúnen los requisitos del estatuto del refugiado.

En las siguientes secciones se examinará el Régimen de la protección internacional y concretamente del Derecho de Asilo que se dispensa en la normativa española a los solicitantes provenientes de países no comunitarios, en específico los provenientes de los países latinoamericanos y se ponen de manifiesto las cifras y la situación actual.



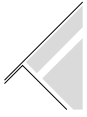
Éxodo latinoamericano

En el año 2018, se presentaron en España 54.065 solicitudes de protección internacional, lo que constituye un récord histórico. Según el Informe emitido en el año 2019 por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), el crecimiento de las solicitudes en 2018 obedeció esencialmente al incremento notable de las formalizadas por personas originarias de Venezuela, Colombia, Honduras, El Salvador y Nicaragua. (Comisión Española de Ayuda al refugiado (CEAR), 2019, pág. 60)

Por tercer año consecutivo, Venezuela fue el país de origen de un mayor número de solicitantes de protección internacional en España, con 19.280 solicitudes presentadas en 2018 (el 35% del total), frente a las 10.350 tramitadas en 2017, seguido de Colombia como segundo país de origen de un mayor número de solicitudes en 2018 con 8.650, frente a las 2.460 de 2017, tal y como lo demuestran las estadísticas aportadas por la Comisión Española de Ayuda al Refugiado. (Comisión Española de Ayuda al refugiado (CEAR), 2019, pág. 60)

En el año 2019 la tendencia continuó con un crecimiento exponencial, con 26.629 solicitudes presentadas entre el 1 de enero y el 31 de marzo, de las cuales más de un tercio (9.953) corresponde a personas originarias de Venezuela, aunque en 2018 la mayoría de sus solicitudes fueron denegadas, apenas 30 lograron el estatuto de refugiado, mientras que 1.495 fueron rechazadas. (Comisión Española de Ayuda al refugiado (CEAR), 2019, pág. 9).

Teniendo en cuenta la problemática que se evidencia en las líneas anteriores, se sugiere, como objeto del presente capítulo resultado de investigación, el análisis desde el punto de vista jurídico de la regulación del Derecho de Asilo en España como principal destino europeo de los latinoamericanos que reúnen los requisitos del estatuto del refugiado.



La deficiencia de la justicia y el éxodo latinoamericano

Tal como afirma el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, puede existir un nexo causal entre la carencia o deficiencia de justicia y seguridad como derechos fundamentales de todos los individuos y la subsecuente persecución o amenaza de persecución, y la necesidad de protección internacional (ACNUR, 2003, pág. 2)

Es decir, la ineficiencia del sistema judicial de un Estado produce la ausencia en la protección de sus ciudadanos que, en muchas ocasiones, se ven en la necesidad de recurrir a la llamada protección internacional para salvaguardar sus derechos constitucionales-fundamentales como la vida, la seguridad e integridad personal. Sin desconocer que todo Estado guarda una relación de sujeción general con las personas que habitan en dicho territorio, y que tal incumplimiento de deberes estatales crea reproches y responsabilidad respecto al Estado.

Uno de los pilares esenciales de cualquier democracia es, sin duda, un sistema judicial eficaz. Tal como afirma Nikken, es de la esencia de los derechos subjetivos que su violación acarrea la responsabilidad del autor de ésta y el derecho a una reparación integral, según el derecho del que se trate, a la víctima. (Nikken, 2008)

Para hacer efectivo lo anterior, el Estado debe ofrecer a sus administrados los medios coercitivos propios del sistema jurídico para obtener una respuesta o solución a sus problemas.

Tal como ha establecido la Comisión Europea, la calidad, la independencia y la eficiencia son las principales cualidades de un sistema judicial eficaz, que es primordial para la protección de los derechos individuales de los ciudadanos (Comisión Europea, 2017, pág. 1) y tal postulado guarda relación con la ausencia de protección por parte de los Estados respecto de las personas que requieren de su poder absoluto y omnipresente para la protección de sus derechos constitucionales-fundamentales.



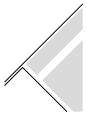
En oposición a ello, la ineficiencia del sistema de impartición de justicia es el común denominador en Iberoamérica. (Berizonce, 2007)

Es una realidad incontrastable que en la mayoría de los países de Iberoamérica el proceso común sigue exhibiendo numerosos “baches”, verdaderos conos de sombra, que se derivan de una compleja gama de causas y circunstancias, entre las que se incluyen no solo los modelos-teóricos procesales, sino aún y con no menos incidencia negativa, otras variadísimas y complejas razones que se vinculan con los distintos niveles que confluyen en la articulación del íntegro sistema de justicia (Berizonce, 2007, pág. 123)

En estudio realizado en el año 2018 por la Corporación Latibarómetro, a través de 20.204 entrevistas, entre el 15 de junio y el 2 de agosto del mismo año, con muestras representativas de la población total de cada uno de los 18 países latinoamericanos (dentro de los que se encontraban Uruguay, Costa Rica, Chile, Colombia, Venezuela, México, Brasil, Ecuador, Argentina, Paraguay, Honduras, Perú, Guatemala, República Dominicana, Bolivia, El Salvador, Nicaragua y Panamá), que representan a la población de la región y alcanza 650 millones de habitantes, arrojó como resultado una confianza solamente del 24% de la población en su poder judicial (Corporación Latibarómetro, 2018, pág. 47).

Según el estudio realizado, al año 2018, quince (15) países de la región en la que el poder judicial no alcanza a tener la confianza ni de un tercio de la población. Los países que menos confían son El Salvador 14%, Nicaragua 15% y Perú 16%, les sigue Venezuela con 18%. (Corporación Latibarómetro, 2018, pág. 51)

Las razones de la desconfianza de los latinoamericanos en el sistema judicial de sus países obedecen a motivos de diversas índoles. Las personas del común se enfrentan a distintos obstáculos en el momento de acceder al sistema judicial, referidos, algunos de ellos, a la estructura y el funcionamiento del sistema judicial como servicio público prestado por el Estado, lo que puede extenderse desde la complejidad y de la



organización de los tribunales y los sistemas procesales en sí mismos considerados, hasta el retardo en la justicia, característico de los países latinoamericanos. (Nikken, 2008, pág. 90)

Como se verá a continuación, la protección subsidiaria como forma de protección internacional, se otorga cuando se establezcan motivos fundados para creer que al regresar a su país de origen el solicitante se enfrentaría al riesgo real de sufrir los siguientes daños graves: la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material; tortura, tratos inhumanos o degradantes; amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno.

Riesgos que únicamente pueden ser causados a un ciudadano cuando el Estado, a través de su sistema de justicia, no proporciona técnicas y mecanismos eficaces para lograr la protección de sus derechos constitucionales-fundamentales, esto es, se encuentra el solicitante frente a un sistema judicial ineficaz en su país de origen, lo que encauza a buscar resguardo en otro Estado distinto al suyo, a través de las figuras que componen la llamada “protección internacional” que se estudiarán a continuación.

Concepto de asilo y refugio

Para acercarse reflexivamente al tema principal, es necesario exponer precisiones en cuanto a las definiciones de algunas figuras jurídicas contempladas en el ámbito internacional para la protección de derechos fundamentales, como lo son el Derecho de Asilo, el Estatuto del refugiado, la protección subsidiaria y la protección internacional.

El Derecho de Asilo es la facultad de los Estados para otorgar protección, exclusivamente en ejercicio de su soberanía y con base en su derecho interno (Gortázar, 1997, pág. 148), el refugio, por su parte, es una institución regulada y definida en un marco jurídico internacional, el Convenio de 1951 y el Protocolo de 1967 para los Refugiados, de la que se derivan diversas obligaciones para con los Estados signatarios, a



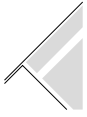
toda persona que sea considerada un refugiado de conformidad con la definición del mencionado Convenio. (Godoy, 2012, pág. 27).

Es muy común que se confunda el término “solicitantes de asilo” con el de “refugiado”. Si bien entre ambos existe una estrecha relación, no son un concepto equivalente. Solicitante de asilo es aquella persona que solicita el reconocimiento de la condición de refugiado cuya solicitud no se ha evaluado en forma definitiva.

Los sistemas nacionales de asilo existen para determinar si las personas que solicitan asilo merecen protección internacional. A través de procedimientos apropiados, se determina si los solicitantes de asilo califican para el estatuto de refugiado o alguna otra forma de protección internacional. Los que no califiquen pueden ser devueltos a los respectivos países de origen (ACNUR, 2019)

Una definición que resalta en la regulación internacional del Derecho de Asilo es el término Protección subsidiaria o complementaria, que se refiere a los mecanismos legales para proteger a las personas en necesidad de protección internacional que no satisfacen los criterios establecidos en la definición de Refugiado de la Convención de 1951, de acuerdo con la interpretación de los Estados (ACNUR, 2005) pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir daños graves y que no puede o, por causa de dicho riesgo, no quiere acogerse a la protección de tal país. Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo. Por la que se establecen normas relacionadas con los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. Artículo 2.f. 2011. Diciembre 13, 2011.

El Estatuto del refugiado y la protección subsidiaria, conforman entonces la llamada Protección internacional, conforme a lo contemplado en la norma internacional anteriormente citada. Directiva 2011/95/



UE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo. Por la que se establecen normas relacionadas con los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. Artículo 2.f. 2011. Diciembre 13, 2011.

Regulación del Derecho de Asilo en España

La Constitución española promulgada en 1978, en su artículo 13.4 reconoce el Derecho de Asilo para los extranjeros en ese país al disponer que: “La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”. Constitución Española. Art. 78. 27 de diciembre de 1979 (España).

Es decir, la Constitución española reconoció el Derecho de Asilo para extranjeros en España, no obstante, determinó una reserva de ley en el asunto, motivo por el cual la figura del asilo fue regulada años después a través de la ley 5 de 1984, derogada por la ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del Derecho de Asilo y de la protección subsidiaria, que es la que rige actualmente. Ley 12 de 2009. Reguladora del Derecho de Asilo y de la protección subsidiaria. 30 de octubre de 2009. BOE No. 263, de 31 de octubre de 2009.

La citada Ley 12 de 2009 fue la respuesta a la necesidad de tornar a España a la vanguardia del derecho comunitario europeo y tiene por objeto establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios (como los provenientes de Latinoamérica) pueden gozar en España de la protección internacional constituida por el Derecho de Asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional. Ley 12 de 2009. Reguladora del Derecho de Asilo y de la protección subsidiaria. 30 de octubre de 2009. BOE No. 263, de 31 de octubre de 2009.

Es decir, en España se reconocen dos formas de protección internacional: el Derecho de Asilo y la protección subsidiaria.



En la mencionada ley, se define en el artículo 2 el Derecho de Asilo como:

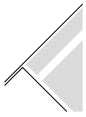
(...) la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967. Ley 12 de 2009. Reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. 30 de octubre de 2009. BOE No. 263, de 31 de octubre de 2009.

Este concepto se circunscribe o contextualiza con el derecho comunitario, puesto que, expresamente, se establece que el Derecho de Asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios, lo que implica que el elemento subjetivo del concepto se aplica de manera directa a las personas provenientes de países no pertenecientes a la Unión Europea, como son los del continente africano, asiático y, por supuesto, de América.

Si bien la citada norma no determina de manera específica qué se entiende por “Asilo”, sí se debe destacar que se delimitan, además del elemento subjetivo mencionado, los elementos de la definición de refugiado que se reconoce a las personas que por temores fundados de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o no quiere acogerse a la protección de tal país por motivo de esos temores. Ley 12 de 2009. Reguladora del Derecho de Asilo y de la protección subsidiaria. Artículo 3. 30 de octubre de 2009. BOE No. 263, de 31 de octubre de 2009.

Así, con la introducción de estos dos artículos, se establece en España la forma de protección internacional consistente en el derecho de asilo a quienes se les conceda la condición de refugiado.

Adicionalmente, la Ley 12/2009 regula por primera vez de forma explícita en el ordenamiento jurídico español el segundo tipo de protección internacional que es la llamada “protección subsidiaria”.



A través de la protección subsidiaria se protege a aquellas personas que no reúnen los requisitos para ser refugiadas, siempre que no se hallen inmersos en causa alguna de exclusión o denegación, y temen regresar a su país de origen o de su anterior residencia pues se enfrentarían al riesgo real de sufrir los siguientes daños graves: la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material; tortura, tratos inhumanos o degradantes; amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno. Ley 12 de 2009. Reguladora del Derecho de Asilo y de la protección subsidiaria. Artículo 4. 30 de octubre de 2009. BOE No. 263, de 31 de octubre de 2009.

La protección internacional, integrada como se manifestó, por el Derecho de Asilo y derecho la protección subsidiaria, consiste en el respeto a los principios de no devolución y no expulsión de las personas a quienes se les haya reconocido alguno de los dos estatus.

Ahora bien, la legislación española como miembro de la Unión Europea, debe estar a la vanguardia de las normas y directrices comunitarias que, en materia de asilo, han tenido un desarrollo constante.

En el año 2004, se adoptó por parte del Consejo de la Unión Europea la Directiva 2004/83/CE del Consejo de 29 de abril de 2004, con el fin de establecer unos criterios comunes para la identificación de las personas con necesidades de protección internacional y para garantizar a tales personas un mínimo de beneficios en todos los Estados miembros de la Unión Europea (Comisión Europea, 2010).

Dicha norma fue modificada por la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en fecha de 13 de diciembre de 2011, con el fin de asegurar mayor grado de armonización y para mejorar las normas de protección con arreglo a las bases jurídicas frente a un estatuto uniforme. (Comisión de las Comunidades Europeas, 2010).

El principal cambio que supuso la Directiva de 2011 consistió en que, al introducirse la protección subsidiaria, se supuso que era un estatuto de carácter temporal, en consecuencia, la Directiva de 2004 reconocía a los



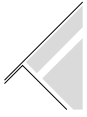
Estados miembros el poder discrecional de conceder a los beneficiarios unos derechos restringidos en determinados aspectos. Sin embargo, la experiencia práctica demostró que tal suposición no era correcta por lo que fue necesario eliminar la restricción de derechos a los beneficiarios de la protección subsidiaria (Comisión de las Comunidades Europeas, 2010, pág. 10).

Así, en la Directiva 2011/95/UE se establecieron nuevas normas relacionadas con los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo. Por la que se establecen normas relacionadas con los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. Artículo 2.f. 2011. Diciembre 13, 2011.

Cuando una persona proveniente de algún país latinoamericano llega a España, y presenta una solicitud de protección internacional, debe regirse por las normas precedentes, así como a la definición de la Convención del Estatuto de Refugiado dictada en Ginebra el 28 de julio de 1951 concepto base del que se desprenden las citadas normas.

La Ley 12/2009 en su capítulo III regula los derechos sociales de los demandantes de asilo, la acogida y la posibilidad de obtener autorización para trabajar, así como la reducción o retirada de estos derechos (Defensor del Pueblo, 2016, pág. 84), por lo que dicha norma puede ser catalogada como bondadosa, si se examina desde el punto de vista de los beneficios para los extranjeros, en el caso específico de interés en este artículo, el de los provenientes de países latinoamericanos.

Desde el momento mismo de la solicitud, la ley garantiza a los solicitantes de la protección internacional todas las medidas necesarias para llevar a cabo un procedimiento consciente, informado y objetivo con



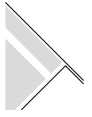
respecto a su dignidad humana, para ello, por ejemplo, si es su deseo, cuentan con ayuda de abogados y con traductor a un idioma de su entendimiento, lo que no es necesario en el caso de los inmigrantes latinoamericanos, y en nuestro criterio es el principal motivo por el cual las personas provenientes de países latinoamericanos, escogen España como país de destino: el idioma.

Adicionalmente, los solicitantes de asilo cuentan con la información acerca del procedimiento que debe seguir, sus derechos y obligaciones durante el mismo, incluidos plazos y medios para el mismo, lo que garantiza un respeto a un derecho tan importante como es el debido proceso, las posibles consecuencias del incumplimiento de lo anterior, así como los derechos y prestaciones sociales a los que tiene acceso en su condición de solicitante de protección internacional. Ley 12 de 2009. Reguladora del Derecho de Asilo y de la protección subsidiaria. Artículo 17. 30. BOE No. 263, de 31 de octubre de 2009.

Además de los derechos procesales, estos ordenamientos jurídicos dependen también por el respeto a derechos sociales de las personas que solicitan protección internacional en tanto respeta siempre su dignidad humana y la cobertura de sus necesidades básicas. Ley 12 de 2009. Reguladora del Derecho de Asilo y de la protección subsidiaria. Título III. 30 de octubre de 2009. BOE No. 263, de 31 de octubre de 2009.

Los solicitantes de asilo, una vez admitida a trámite su solicitud, pueden beneficiarse de servicios sociales, educativos y sanitarios prestados por las Administraciones públicas competentes, siempre que carezcan de medios económicos. Real Decreto 203/1995, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. 10 de febrero de 1995. BOE núm. 52, de 2 de marzo de 1995, páginas 7237 a 7246.

Lo anterior, con el fin de que dichas personas logren una autonomía económica, que conlleva reducir la carga financiera para España como Estado de acogida, que debe asumir el coste de su asistencia hasta ese



momento. No obstante, por las condiciones actuales del sistema, esa fuente de seguridad económica puede demorarse o fallar, por lo que se les provee de rentas sustitutivas a su favor y se prevén sistemas de derechos y garantías de protección social, que integra los de Seguridad Social, Asistencia Sanitaria y Asistencia Social. (Yanini, 2019, pág. 683).

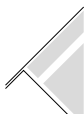
Si bien en España los solicitantes de asilo provenientes de países no comunitarios, como son las personas provenientes de Latinoamérica cuentan con un catálogo normativo fuerte y proteccionista de los derechos sociales y procesales de los solicitantes, no se ha visto así reflejado en la práctica debido precisamente al colapso del sistema por la gran cantidad de solicitudes presentadas:

El acceso al sistema de asilo en España enfrenta una grave situación que requiere una respuesta urgente. El propio ministro del Interior, poco después de tomar posesión, manifestó la intención de corregir la “lamentable situación” de la Oficina de Asilo y Refugio, adscrita a su Ministerio. Las cifras hablan por sí solas: a fines de diciembre de 2018, había 78.710 solicitudes de protección internacional pendientes de resolución, más de la mitad de ellas de personas procedentes de Venezuela (31.620) y Colombia (10.385). Esta cifra ascendía ya a 93.140 expedientes en febrero de 2019 (Comisión Española de Ayuda al refugiado (CEAR), 2019, pág. 112)

Entonces, los latinoamericanos que llegan a España formalmente cuentan con un sistema legal proteccionista de sus derechos, pero materialmente se enfrentan a un sistema colapsado que no permite hacer efectivo lo consagrado en la normativa española y europea.

Conclusiones

Países que conforman la comunidad Europa, como es el caso de España, se encuentran a la vanguardia de la normativa europea en lo que respecta a la protección internacional integrada por el Derecho de Asilo o refugio y la protección subsidiaria.



Si bien se cuenta con un catálogo amplio de normas que revisten un carácter proteccionista para personas provenientes de países no comunitarios que proceden a solicitar la protección internacional y en específico el Derecho al Asilo, se evidencia una dificultad práctica en el momento de la ejecución de las normas puesto que el sistema enfrenta una situación crítica debido a la gran cantidad de solicitudes, originadas en una amplia proporción en requerimientos provenientes de personas cuyos países de origen son latinoamericanos.

Así, los ciudadanos latinoamericanos que, en muchas ocasiones migran a España para buscar la protección que no les fue brindada por la ineficiencia del sistema judicial de sus países de origen, se encuentran con una cruda realidad de colapso del sistema legal del país destino.

La protección subsidiaria como forma de protección internacional se otorga cuando se establezcan motivos fundados para creer que al regresar a su país de origen el solicitante se enfrentaría al riesgo real de sufrir los siguientes daños graves: la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material; tortura, tratos inhumanos o degradantes; amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno.

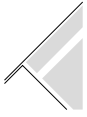
Riesgos que únicamente pueden ser causados a un ciudadano, cuando el Estado, a través de su sistema de justicia, no proporciona técnicas y mecanismos eficaces para lograr la protección de sus derechos constitucionales-fundamentales, esto es, el solicitante se encuentra frente a un sistema judicial ineficaz en su país de origen, lo que lo encauza a buscar resguardo en otro Estado distinto al suyo, a través de las figuras que componen la llamada “protección internacional”.

Referencias

ACNUR. (2003). *Justicia y Seguridad, y Su Relevancia Para La Protección*. San José, Costa Rica.



- ACNUR. (2019). *A quiénes ayudamos*. Recuperado el 22 de 10 de 2019, de <https://www.acnur.org/es-es/a-quien-ayudamos/solicitantes>
- ACNUR. (2005). *Protección internacional mediante formas complementarias de protección*. Organización de las Naciones Unidas (ONU), Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado. Comité Permanente.
- Berizonce, R. O. (2007). El problema de la ineficiencia del sistema judicial: algunas propuestas de solución.
- Comisión de las Comunidades Europeas. (2010). *Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional*. Bruselas.
- Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR). (2019). *Informe 2019 de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado*. Madrid.
- Comisión Europea. (09 de 11 de 2017). Recuperado el 28 de 03 de 2020, de https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_effective-justice-systems_es.pdf
- Comisión Europea. (2010). *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la directiva 2004/83/CE de 29 de abril de 2004*. Bruselas.
- Constitución Española. Art. 78. 27 de diciembre de 1979 (España).
- Corporación Latibarómetro. (2018). *Informe 2018*.
- Defensor del Pueblo. (2016). *Estudio sobre el Asilo en España la protección internacional y los recursos del sistema de acogida*. Madrid: Defensor del Pueblo.
- Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo. Por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. Artículo 2.f. 2011. Diciembre 13, 2011.
- Godoy, C. P. (2012). *Ejercicio del derecho de asilo en la normativa comunitaria y nacional*. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid.
- Gortázar, C. R. (1997). *Derecho de asilo y no rechazo del refugiado*. Madrid, España: Dykinson.
- Ley 12 de 2009. Reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Título III. 30 de octubre de 2009. BOE No. 263, de 31 de octubre de 2009.
- Nikken, P. (2008). Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva de acceso a la justicia y a la pobreza. *Ponencia*



presentada en el XXVI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, 48, págs. 64-105. San José.

Yanini, M. M. (2019). La protección social de los refugiados en el ámbito internacional, Unión Europea y España. *Revista de la facultad de Derecho de México*, 69 (273).



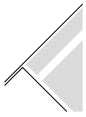
CAPÍTULO VII

Evolución, perspectivas y tendencias de la formación jurídica en el mundo¹

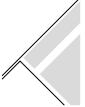
Jahir Alexander Gutiérrez Ossa²

Luz Elena Mira Olano³

-
- ¹ Este capítulo es producto del proyecto de investigación: Un análisis de la automatización de la justicia en el ciber derecho en Colombia. Realizado por el Grupo de Investigación Jurídico Social del Programa de Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Forenses. Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia, entre febrero de 2020 y diciembre de 2020. Dirección: Cl. 78b #72A-220, Medellín, Antioquia. www.tdea.edu.co/.
- ² Economista Industrial, Universidad de Medellín, Colombia. Magíster en Desarrollo Regional y Local, Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia. Doctor en Administración Pública, Honolulu, Estados Unidos de América. Estudiante del Doctorado de Estudios Políticos y Jurídicos de la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Colombia. Comisionado de Ordenamiento Territorial en el Departamento de Antioquia (2015-2019). Miembro de la Asociación Colombiana para el Avance de la Ciencia (ACAC-2019). Investigador Asociado en Minciencias (2019). Miembro del grupo de investigación Jurídico Social de la Facultad de Derecho y Ciencias Forenses de la Institución Universitaria Tecnológico de Antioquia. Calle 78B No. 72A - 220 Medellín – Colombia. Tel: 454 70 00. Profesor e Investigador. Correo electrónico: jagogutierrez@gmail.com ORCID: 0000-0001-8564-0397.
- ³ Abogada, Corporación Universitaria de Sabaneta, Sabaneta, Colombia. Especialización en Tutela Jurídica de los Derechos Humanos, Universitat Oberta de Catalunya, España; Especialización en Derecho Penal, Universidad de Medellín, Colombia; Especialización en Derechos Humanos, Democracia y Globalización, Universitat Oberta de Catalunya, España; Derechos Humanos, Democracia y Conflicto, Universitat Oberta de Catalunya, España. Maestría en Derecho Penal Internacional, Universidad de Granada, España; Maestría en Derechos Humanos, Democracia y Derecho Internacional, Universitat Oberta de Catalunya, España. Doctora en Ciencias Jurídicas. Universidad Católica Santa María de los Buenos Aires,



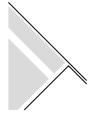
Introducción

 La evolución, perspectiva y tendencia de la formación jurídica y de derecho lejos de apelar a crisis, desajustes o reduccionismo, ha permitido plantear otros frentes de acción desde la base de unos nuevos métodos y metodologías concebidos como fundamentos científicos, disciplinares, fuentes auxiliares o, incluso, nuevas áreas de formación profesional. Con dicha premisa, se entiende que el acercamiento entre los sistemas jurídicos ha sido el principal aliciente para la llegada de dichos frentes; seguido del agotamiento de la conducta exegética, formalista y funcionalista frente a nuevos retos; y, finalmente, de la posibilidad de disponer de un profesional fundamentado en saberes y conocimientos relevantes.

Es un hecho que la simbiosis entre los sistemas jurídicos entre sí, en particular del *common law* y el romano germánico o continental, implica la disposición de marcos analíticos en los que el precedente o derecho consuetudinario como la prescripción o la formación estatutaria tienden a amalgamarse entre sí para derivar en nuevas formas de concebir el razonamiento con la argumentación jurídica. Por lo tanto, debe ser parte del andamiaje profesional en derecho el saber y conocer ampliamente del *common law* anglosajón, que hace carrera frente a los demás sistemas y cómo el estudio y la observancia de este sistema ponen en evidencia la dinámica que está presentando el derecho continental frente a los retos externos.

El punto de partida para comprender lo que está sucediendo con la formación jurídica pasa por la capacidad, estructura y planteamientos sobre los que subyace el cambio. La conjunción de nuevos métodos como la presencia de nuevas metodologías, comunes en el sistema *common law*, abren paso para que efectivamente se impulse la idea florecida acerca de la transformación que se le avecina a la formación

Argentina. Investigadora Junior en Colciencias (2019). Decana Facultad de Derecho y Ciencias Forenses del Tecnológico de Antioquia; ponente en eventos internacionales; docente universitaria pregrado y posgrado. Correo electrónico: luz.mira@tdea.edu.co. ORCID: 0000-0001-8686-0519.

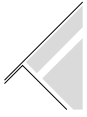


jurídica internacional por cuenta de la congruencia entre los métodos exploratorio, descriptivo, explicativo, experimental y no experimental con las metodologías del análisis económico del derecho; la cartografía jurídica⁴; la jurimetría; las políticas públicas con enfoques y la toma de decisiones jurídicas.

La disposición de profesionales en campos como el análisis de la geografía jurídica, la consultoría jurídica, la estructuración jurídica de proyectos e inversiones internacionales, a su vez que la gerencia e investigación jurídica como los frentes contemplados en el manejo de la estadística y los datos cibernéticos concentran la hoja de ruta de los retos profesionales que harán parte de la bandeja de formación de los abogados. Es por ello por lo que se espera clarificar sobre la aceptación, receptividad y trascendencia de dichas áreas de trabajo para los profesionales, frutos del derecho continental, que parten del positivismo jurídico en lo que no hay más espacio sino para la ley y se objeta cualquier otro ámbito o espacio laboral.

En virtud de las temáticas que aquí se pretenden desarrollar, conforme al compromiso planteado en el artículo, se espera en primer lugar: 1. Evolución de los sistemas jurídicos frente a los retos de formación profesional en derecho; 2. Métodos y metodologías planteados para las perspectivas de formación profesional en derecho; y 3. Tendencias de la geografía jurídica, consultoría jurídica, estructuración jurídica de proyectos e inversiones internacionales, gerencia e investigación jurídica. La tendencia planteada tiende a plantear un nuevo quehacer al profesional formado en el derecho continental en tanto la premisa es ubicarse transversalmente en los otros sistemas jurídicos.

⁴ Relaciones estructurales existentes entre las normativas institucionales y las representaciones geográficas, así como las principales tendencias generadas en torno al espacio. (Limón, 2012, 120). En: (Gutiérrez, 2016, p. 22).

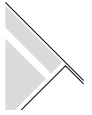


1. Evolución de los sistemas jurídicos frente a los retos de formación profesional en derecho

Es fundamental reconocer la evolución que han tenido los sistemas jurídicos internacionales y que ha provocado la creación de retos en la formación profesional del derecho. La dilación entre ellos ha estado sujeta más a las cualidades y condiciones que presentan entre sí, que a un profundo interés sobre lo que provocaría formar un profesional en derecho para el mundo, permeado más que para un sistema particular, para el estudio y la revisión de los otros sistemas jurídicos internacionales. Así, pasamos de la comparación lógica a la hora de evaluar uno u otro sistema, a hacer de este parte de la formación, dado el carácter de cultura general que de por sí ha ganado el derecho.

Las facultades de derecho se ven afectadas por una gran inercia; poco frecuentes son los procesos de innovación en el campo de los contenidos curriculares y los métodos de enseñanza. Son, en algunos casos, las reformas constitucionales y legales las que inducen cambios al contenido de las asignaturas del plan de estudios o porque se opera una reforma que desde arriba obliga a las facultades a operar cambios. Los comités curriculares o los consejos de facultad deberían cumplir con esa función, de discusión y actualización de los programas académicos. (Bocanegra, 2012, p.342).

El precepto sobre derecho interno supera la convergencia propia de sistemas que se consideran ajenos al resto. En extremo, no podría catalogarse de derecho interno a aquellos que parten de la estructura jurídica de otros países, escenario sobre el cual, por defecto, se descartaría la alentada premisa de que solo el *common law* es internacional y en el otro extremo el continental o romano germánico. Es el factor no vinculante o el desconocimiento de este como fundamento para la consolidación de sistemas jurídicos más armoniosos o equilibrados en la medida en que revisarán la concepción, fuentes y principios de los otros sistemas, para reconocer puntos de referencia o desencuentro entre ellos.

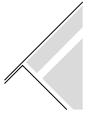


En síntesis, los autores observan que tanto la formación como la práctica jurídica presentan una crisis que obedece, entre otros aspectos, al influjo positivista, a la enseñanza memorística y a la desarticulación de las competencias prácticas con la formación teórica, situación que impulsa a los autores a plantear la necesidad de integrar la investigación científica como eje central del currículo e implementar un diálogo interdisciplinar, entre las ciencias sociales y el derecho, sin descuidar una sólida formación en técnica judicial, que fomente un ejercicio profesional activo y propositivo, con la intención de materializar los derechos que la comunidad demanda de los abogados. (Ocampo, 2012, p.156).

No obstante, más que un choque de trenes para sacar conclusiones precisas frente al tema es la fuerza de los diversos sistemas económicos, políticos y sociales los que han terminado por facultar la necesidad de recambios en la formación jurídica profesional. En ningún caso, se están descuidando las bases que dieron origen a los sistemas jurídicos conocidos, al contrario, se está en la etapa de revisionismo enmarcada en complementar sobre lo que les hace falta, la vinculación que puede prevalecer entre ellos o, incluso, el pluralismo que afloran. Es posible considerar que por cuenta de la simbiosis de los sistemas jurídicos se hayan producido los retos que tiene la formación profesional jurídica y en derecho.

Las universidades, a través de sus carreras de derecho, como instituciones encargadas de transmitir hábitos y prácticas, patrimonio intelectual, tradiciones y convenciones a los estudiantes, cumplen una función esencial en la formación de abogados habilitados para acumular capital simbólico, personas hábiles en el reconocimiento de los cambios del campo jurídico, de la realidad nacional y global y capaces de actuar en consecuencia. (Arbeláez y Espinosa, 2002, p.165).

De la disparidad de la formación enfocada en la puja entre uno u otro sistema, se está formando la idea de facultar condiciones de uno y otro lado de frente, más que a la homogeneidad, al equilibrio de sistemas

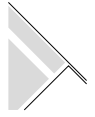


jurídicos. Para lograrlo, se requiere efectivamente reconocer las bondades de uno u otro sistema en relación con dicha complementación. El tema radica en identificar qué tanto cambian los sistemas conforme ha dicho sobre el interés de complementarse o, más que ello, si la base para que esto pueda darse pasa por la formación curricular profesional de los preeminentes egresados que están en proceso de ingresar actualmente a las escuelas de derecho.

De la primera podemos citar como ejemplo la Unión Europea que, a través de la integración comercial, busca conformar un bloque que establezca homogeneidad en distintos aspectos tales como lo político, lo cultural y lo jurídico. En este campo han intentado crear un derecho unificado, que constituya un orden comunitario, propósito que no se ha logrado en su totalidad, por lo cual puede afirmarse que en los países que hacen parte de la organización, coexiste el derecho nacional con el sistema de la unión, en un claro ejemplo de alternancia jurídica. La otra manifestación de la globalización, la que denominamos impuesta, de corte neoliberal, tiene también un alto contenido político y está vinculado con propuestas de desarrollo nacidas por iniciativas de los grandes centros de poder, países y organismos multilaterales, que pretenden imponer, desde su visión, planes de desarrollo para los países periféricos que dependen en sus políticas de estos centros de poder. (Vásquez, 2009, p.19).

La presión ahora, no se encuentra en la disparidad de los sistemas jurídicos o que tanto son vinculantes o qué papel podría desempeñar un sistema frente a otro. El apremio se encuentra en la posibilidad de autoevaluar la formación profesional que se está dando para el mundo, más que para un sistema jurídico en particular. De otro lado, qué tanta capacidad de comprender las exigencias internacionales o por lo menos los avatares de la legislación, la política y las relaciones internacionales están a la orden de la formación jurídica, y qué tanto espacio puede tener los estudiantes o profesionales concentrados en conocer a profundidad un sistema particular, cuando se trata de atender al mundo jurídico.

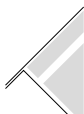
Las posibilidades de actuar haciendo uso del saber jurídico para transformar la realidad son infinitas. Entre las opciones se



encuentran: el ejercicio de la abogacía como profesión libre; la asesoría jurídica en el ámbito de las empresas e instituciones del sector privado; la orientación en funciones jurídicas en el marco del sector público; el acompañamiento a procesos sociales y organizaciones no gubernamentales. (Walker y Montoya, 2005, p.184).

El primer reto que debe encararse pasa por el estudio académico y formal de los sistemas jurídicos sin distingo alguno. Esta etapa, implica para los nuevos formados en derecho, el reconocer el impacto del pluralismo jurídico y de paso con ello, las aprehensiones que deben tenerse a la hora de concebir un derecho como propio en presencia de otros similares. El segundo reto, pasa por la capacidad de la formación para inculcar fundamentos de permanente investigación jurídica en la que la estructura, principios y teoría jurídica trascienda de la barrera de los sistemas y pase a fortalecer la capacidad dialógica de los estudiantes y profesionales, y como tercero reto, la posibilidad de que dicho esfuerzo pueda traducirse en jurisprudencias capaces de acoplarse y desempeñarse globalmente. *“Y en cuanto al supuesto alejamiento de la realidad, el jurista de hoy destaca por su espíritu abierto y dinámico para captar los cambios sociales acelerados los mismos que influyen en el cambio del derecho”.* (Nizama, 2014, p.113).

Es por ello por lo que se prevé un paso fuerte en la formación jurídica tendiente a fortalecer la capacidad de análisis lógico, complejo y racional en el que el estudiante en formación comprenda la importancia de fortalecer su conocimiento correlacionando la entelequia jurídica con la formalización matemática y los campos de evaluación y seguimiento de la estructura jurídica de los sistemas jurídicos y de las propias leyes. De cierta manera, se regresará al papel de antaño que le dieron el origen de docto, tratándose de un profesional virtuoso en diversos conocimientos que a través de la ley no solo genera conocimiento, sino que provee elementos de trabajo y fundamentación para sacar adelante diversos temas. *“El debate acerca de la formación de los abogados ha de ser objeto de un tratamiento científico y profundo, para lo cual es necesario, en primer lugar, contar con un marco teórico que permita homologar los términos y dotar de consistencia científica al debate”.* (Lazo, 2011, p.261).

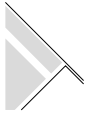


Dentro de la formación jurídica se encuentra la idea de dar cuenta de los criterios que hacen de esta carrera una profesión diferente a lo habitual. No se trata de afianzar más contenidos o preceptos ya reconocidos, se trata de poner en evidencia los contextos que exige en la actualidad una revisión constante frente a los cambios que se avecinan en la formación jurídica. En este sentido, se trata no sólo de abrigar nuevas áreas de trabajo o disciplinas auxiliares; consiste en abrigar campos de orden diverso como el análisis, dinámica y pensamiento complejo por hermenéutica y, para afianzar el terreno racional con análisis económico del derecho, modelación, jurimetría o políticas públicas de derechos.

2. Metódica de la investigación e investigación jurídica en la formación profesional del derecho

Es primordial que la formación académica y profesional en derecho esté permeada de la fundamentación metódica en investigación y de investigación jurídica, toda vez que se ha pasado de aplicar la legislación, la norma o la sentencia a explicarse, fundamentarse y justificarse, marcos que implican una estrecha relación del estudiante y el profesional con el mundo de la investigación. Con el propósito de fortalecer su capacidad en la generación de consultorías, estudios y trabajos de campo a la par que en proyectos de investigación directa o bajo evidencia empírica. En suma, toda la formación ha pasado de exponerse desde el imperio de la ley, a fundarse desde los atributos de los métodos o sistemas investigativos.

Para ello se señaló en este trabajo un procedimiento conciso y ya probado que presenta múltiples ventajas: i) es un sistema donde se combinan los elementos de la diagnosis (análisis), la comprensión y la crítica, justo con el adecuado almacenamiento de la información; ii) ahorra así trabajo al investigador tanto para su investigación actual (en la medida que le queda más sencilla la labor de escritura) como para futuras pesquisas (si sabe almacenar adecuadamente los registros); iii) y sirve de prueba ante los patrocinadores y la comunidad científica del procedimiento seguido, dejando en claro



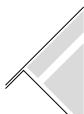
que no se trató de opiniones sino de juicios derivados de proceso de recolección y análisis. (Botero 2015, p.497).

La metódica de la investigación como la investigación jurídica dirigidas a la formación profesional del derecho, pretenden ubicarla en un contexto de permanente revisión de métodos y metodologías para sacar adelante los casos, así, como la derivación de dicho proceso en la consecución de consultorías, estudios de casos, estructuración de proyectos, trabajos de campo, sistematización de evidencias empíricas. En suma, representan la posibilidad de ubicar al profesional en derecho en las lides y retos que hoy le han sido transferidos para ubicarse en un jurisconsulta de talla internacional, escenario en el que se evidencia la capacidad de interacción del profesional y, en consecuencia, sus cualidades profesionales.

Una vez que tenemos en claro a lo que nos referimos con investigación, además que ya hemos separado el tipo de investigación que se realiza como práctica de la actividad profesional, y la investigación que se produce para aumentar el conocimiento (ciencia), podemos inmiscuirnos en los diversos modos de realizar investigaciones jurídicas. (Soto, 2013, p.3).

El conjunto de elementos que debe analizar el profesional en derecho o el estudiante en formación pasa por el reconocimiento de los diversos métodos de investigación, partiendo de su esencia como reductos de la formación científica. En este punto, se asumen con igual importancia los métodos argumentativo, exploratorio, descriptivo, explicativo, diseño experimental como no experimental, conocidos comúnmente en el método científico. En este frente, se contextualiza la capacidad de transferencia que tiene para el aprendizaje de los métodos de investigación, el papel que puede tener la hermenéutica o la capacidad interpretativa, de la que parte comúnmente la formación jurídica para entenderse.

La investigación o dogmática jurídicas presupone la distinción binaria de todo ordenamiento jurídico entre derecho válido y derecho no válido. La investigación jurídica parte del material normativo válido de donde abstrae las condiciones limitativas de lo que es jurídicamente



posible. Análogamente a la epistemología que tiene que tomar del mismo sistema de la ciencia las condiciones del conocimiento posible, la dogmática encuentra sus condiciones de posibilidad en el sistema jurídico. Es decir, en una visión positivista de la investigación jurídica se tiene como objeto de estudio: las normas jurídicas válidas. Pues constituyen en la base pre – analítica de la investigación jurídica. La afirmación que las normas jurídicas constituye el objeto de la investigación jurídica puede ser precisada, en el sentido de ser un poco más técnicos y afirmas que el objeto lo constituyen, más bien, las formulaciones jurídicas. (Delgado, 2009, p.27).

Una de las tareas encomendadas para encarar el estudio de los métodos de investigación es, precisamente, desapegarse de la dogmática, la exégesis o el positivismo que recrea la formación jurídica desde la que se asume la aplicación directa del imperio de la ley o el restablecimiento del derecho. El método sirve para corroborar la naturaleza misma de la legislación, sus orígenes como principios e, igualmente, permite considerar la base, fundamento y recorrido que puede tener la legislación o la norma en el largo plazo. Por ende, es fundamental que el estudiante y profesional en derecho reconozca la trascendencia de los métodos de investigación para la formulación de proyectos y la investigación en sí.

Investigar es buscar información para responder una pregunta destinada a resolver un problema. Se llama investigación aplicada la que soluciona problemas prácticos, y recibe el nombre de investigación pura la que se dedica a los problemas conceptuales, a entender mejor un asunto. Cualquiera sea su fin, la investigación requiere un método, que no es otra cosa que un modo de decir o hacer algo con orden. En otras palabras, para investigar se necesita seguir ciertos procedimientos. El método es propio de las ciencias y puede ser inductivo (de lo particular a lo general) o deductivo (de lo general a lo particular). Ambas clases de métodos se pueden presentar en la investigación jurídica. Los métodos que son particulares a ésta son el histórico, el dogmático y el empírico. Salvo el último, que se involucra la elaboración de encuestas, el análisis de estadísticas y otros, todos se reducen a leer y escribir. Así de simple. Por tanto,

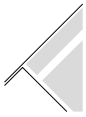


mejor que elucubrar abstracciones metodológicas, es preferible referirse a técnicas de investigación jurídica, cuya eficacia variará según quien las utilice. (López, 2011, p.233).

En busca de la formación y estructura investigativa que exige la formación jurídica, enfocada inicialmente en la materialización de proyectos o trabajos de grado ceñidas en el marco de la legislación, la investigación jurídica pone de manifiesto la capacidad argumentativa, explicativa, de medida y utilidad que puede tener el concurso de la legislación o norma ya probada. Se trata de promover el análisis de marco de impacto normativo, del análisis económico del derecho, de la misma jurimetría o la conformación de políticas públicas por la vía de los distintos enfoques, ya sea de derechos, jurídicos, poblacionales o territoriales. Por ende, se pasa de un revisionismo endógeno del derecho dogmático a uno aplicado externo.

Desde hace algún tiempo notamos que los cursos de metodología de investigación, no solo se presentan como cursos tediosos para los estudiantes, sino que, sobre todo, son dictados de forma errónea, pues lo único que se enseña en ellos es el llenado de formularios. (Aclaro que llamo formularios al esquema del proyecto –o plan– de investigación, que algunos confunden con el método científico, y que usualmente están compuestos por: planteamiento y formulación del problema, objetivos, marco teórico, hipótesis, justificación, metodología, etc.). (Sánchez, 2011, p.317).

El conjunto de agentes, instituciones y sujetos internacionales se han encargado de develar los vacíos que presenta la formación jurídica en temas investigativos. A pesar de la presencia de casas o bufetes de abogados, la investigación en formación o la investigación jurídica no hacía parte de la estrategia o del acto propio de llevar los casos o juicios. En apariencia, se creía que la lectura o revisión de la norma de por sí ya era un primer asomo de fundamentos o principios investigativos, precepto, a toda luz, lejos de lo que implica investigar en derecho. Si no hay análisis de métodos y metodologías no podría considerarse tal proceso y, menos, si no se arroja material que hiciese cobertura o sustento de los casos.



Pero ¿cómo formar entonces a nuestros estudiantes de derecho en la competencia investigativa? Considero que la inclusión de esta debe hacerse desde la propia concepción del currículo, no puede dejarse como una mera evaluación en Pruebas S Saber PRO. Esta sería la oportunidad de traer al escenario de la teoría jurídica el ejercicio práctico del derecho, en el caso de esta competencia abordar el aprendizaje desde la problematización, pues son los investigadores del derecho quienes determinan los problemas a investigar, definen su importancia y las metodologías, técnicas, tiempos y espacios donde se realizará. (Carreño, 2015, p.117).

Se busca que el profesional en formación jurídica o educando en derecho pueda vincular la investigación formativa e investigación jurídica como parte de su acervo profesional, toda vez que esto responde al interés de encontrar a dichos egresados en otros ámbitos o actividades. No se trata de formar solamente un abogado para que esté al frente de un caso jurídico, se trata de que pueda exponer diferentes campos de actuación y desempeño laboral en los que está la investigación porque es la puerta de entrada, pero también el medio para lograrlo. Por ende, no solo se trata de apropiarse de los diversos sistemas jurídicos para afianzarse, es también ubicarse profesionalmente en otros campos.

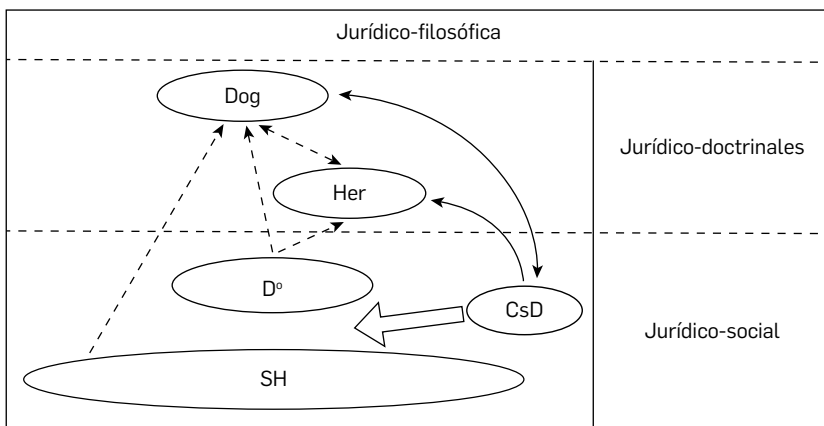
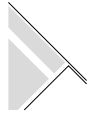


Ilustración 1. Formas de realizar investigaciones jurídicas.

Fuente: (Sánchez, 2011, p.335-336).



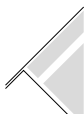
La ilustración 1 representa entonces:

El derecho (Dº) se encuentra regulando a la sociedad humana (SH). Existe un conjunto de disciplinas que estudian esta relación Do –SH, a la que se les puede llamar ciencias del derecho (CsD), por ejemplo, la Antropología Jurídica es una de ellas. En el gráfico se encuentra expresada esta interrelación dentro de la investigación jurídico – social. También nos podemos dar cuenta que existen investigaciones jurídico-doctrinales (que pueden ser de dos tipos; la Dog – o dogmática propiamente dicha – y la Her – o hermenéutica; es decir de interpretación de normas jurídicas) y las jurídicas filosóficas (Sánchez, 2011, p.335-336).

El estudiante en formación y el profesional en ejercicio del derecho, debe reconocer que la relación entre el análisis complejo u holístico a la par que el individualismo metodológico o cartesianismo, le sirven para sacar el máximo provecho de las situaciones a considerar. Y si a ello le agrega la mejora heurística o el de anclaje del conocimiento adquirido combinándolo con la hermenéutica, podría sacar los mayores y mejores réditos no solo en su labor profesional sino en el quehacer académico e intelectual. Así, como se reclama el exceso de norma, se pasa a la revisión consustancial de lo que implica la formación completa en derecho, en la que los componentes aquí convocados son cruciales en esencia.

3. Formación en consultoría jurídica, estructuración jurídica de proyectos e inversiones internacionales, experto en sistemas jurídicos, en geografía y gerencia jurídicas en Colombia

El cúmulo de nuevas formaciones rastrea un interés por derivar otros ámbitos poco o en nada reconocidos por la propia formación. Si bien estos han trabajado en consultoría jurídica y auspiciados por el dogma y los estudios de casos, de manera reciente vienen apareciendo



exigencias que en principio han sido habilitadas o requeridas por el medio como en el caso de contar con estudiantes formados en consultoría jurídica, estructuración jurídica de proyectos de inversiones internacionales, expertos en sistemas jurídicos, además de analistas en geografía jurídica y en la propia gerencia jurídica en las empresas. Por ende, se está ante otras alternativas poco contempladas a la hora de reformular el quehacer jurídico.

Buena parte del problema que he descrito hasta ahora puede resumirse así: el modelo dominante en la investigación en Colombia es el modelo de ciencias empíricas, y esto atenta contra la rica diversidad contenida en el mundo académico en general y en el ámbito jurídico en concreto. En el caso específico del Derecho, es innegable que esta disciplina ha sufrido una contraproducente escasez de investigación empírica, tanto a nivel nacional como internacional. Es más, este puede ser un rasgo muy recurrente en el Derecho desde una perspectiva histórica más amplia. (Escobar, 2008, p.266).

La consultoría jurídica tiende a privilegiar el talante del estudiante o profesional en derecho en la medida que atiende u ofrece la revisión de casos, juicios, sentencias o temáticas desde la construcción de documentos de consulta, ya sea pragmáticos, teóricos o técnicos. En esencia, se busca que el profesional en derecho consultor o de consulta esté en la capacidad de construir material de trabajo que, encomendado por diferentes sectores, le sirva para la toma de decisiones. El consultor jurídico está en etapa de erudición en la medida en que se requiere que pase de depender de la legislación o la norma a estudiarla, investigarla y sacar el máximo provecho de esta por la vía de la consultoría.

Desde hace doce años se inició un proceso de consolidación de la investigación en Colombia, del que también hacen parte los programas de derecho, no precisamente como resultado de una reflexión de la comunidad académica que le haya dado vida a una propuesta investigativa, sino de los lineamientos estatales que determinaron la necesidad de hacer investigación en las universidades; sin embargo, no por ello se mengua el impacto que la misma ha tenido. (Carreño, 2012, p.116-117).

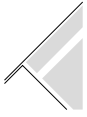


En cuanto a la estructuración jurídica de los proyectos, el solo curso multifacético y multitemático derivado del derecho administrativo en el que surgen diversos campos de análisis plantea que el estudiante y profesional es más que idóneo para la estructuración jurídica e integral de proyectos en diversos ramos a la par con la consecución de recursos de inversión para los mismos, reseña en la que se destaca la posibilidad de que este pueda ofrecer criterios sólidos en materia de seguridad jurídica en cuanto a la formulación, seguimiento y evaluación de estos proyectos. Por ende, una de las actividades en las que debe fortalecerse en pregrado o en posgrado trae como consecuencia la formulación de proyectos.

Por supuesto, la definición de las competencias específicas para el Derecho no puede realizarse mediante una técnica receta predefinida que funciones uniformemente para toda Latinoamérica; es probable que la receta funcione en profesiones más técnicas o exactas, como algunas ingenierías. En el caso del Derecho, la definición de las competencias específicas depende de la forma como cada institución en particular razone. (Clavijo, 2014, p.208).

No está por demás fortalecer a los estudiantes en el estudio, investigación y redacción de la estructura jurídica que rodea a los diferentes sistemas jurídicos. Se parte de la premisa de que se están formando abogados para el mundo o la globalización y que, por lo tanto, si bien es de buen recibo atender el estudio del sistema que aboga cada país, el pluralismo jurídico y el recambio en el neopositivismo, perfilado hacia la interacción de los sistemas, implica que haya precisamente una reconversión en la forma como se atiende de manera exógena el estudio de los otros sistemas jurídicos y es una prioridad su estudio, más ahora, por la convergencia que vienen tomando estos por lo general.

La epistemología, emparentada con la filosofía de la ciencia, surgió como consecuencia del avance y constitución de un campo autónomo del conocimiento: el científico. Esta disciplina se ocupa de determinar cuáles son las razones que justifican la aceptación de las teorías científicas como descripciones verdaderas del mundo. Parte del supuesto de que el científico es distinto del de otras clases



de conocimiento tales como el filosófico y el artístico. Y sustenta la distinción en el tipo de justificaciones que emplea la ciencia. (Pezzeta, 2011, p.118).

En cuanto a la Geografía jurídica, se concibe como la capacidad que tendría el profesional formado en dicha fuente o disciplina auxiliar para materializar el orden jurídico de los territorios desde la composición geográfica. Es decir, cualquier acceso, intervención o proyección sobre el territorio debe pasar por una revisión exhaustiva en materia de aceptar, incentivar o promover el acceso a la geografía o la disposición territorial que se produzca. La Geografía jurídica guía la utilidad de la geografía en tanto la geo jurídica, la disposición de los sistemas de información, la legislación geográfica para luego terminar concentrándose en la formulación del ordenamiento territorial en temas como el ambiental, ecológico o de derechos superficiarios o de propiedad, entre otros.

El análisis económico del derecho, que debe ser entendido como una herramienta útil para la comprensión de los comportamientos contrarios a las leyes y a las disposiciones ambientales, lo cual se refleja en procedimientos para mejorar las decisiones destacando la utilidad para la formulación y el desarrollo de las políticas públicas, en procura de mejores resultados (Guzmán, 2006, p.6).

El carácter marcado y profundo sobre el cual viene siendo regentado el marco jurídico y legal internacional empresarial, implica evaluar el carácter gerencial del área u oficina jurídica. El sector agro y pecuario, o primario; industrial y de transformación, o secundario y, de comercio y servicios o terciario, adolecen de una fuerte ilustración en materia de fundamentos jurídicos corpóreos a la gerencia empresarial. Es crucial que se atienda el carácter de razón jurídica al que obedecen las organizaciones en estricto sentido. De paso, elevar el carácter gerencial de la misma a los órganos de decisión y poder, y finalmente, ilustrar el potencial que tiene dicha fuente para el quehacer jurídico en las organizaciones.

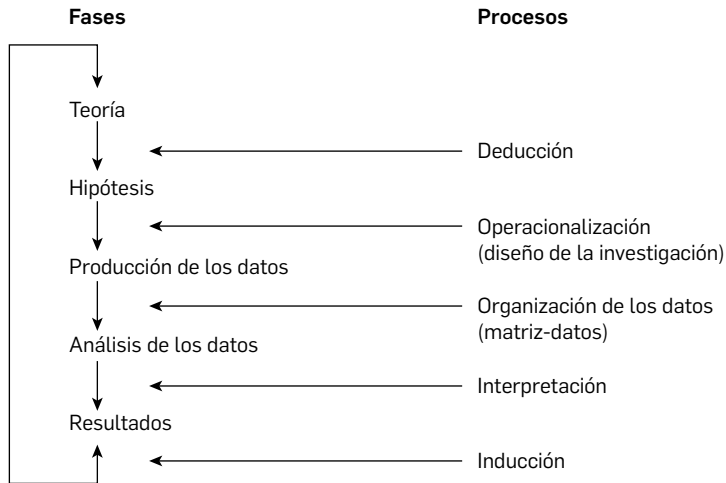
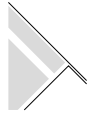


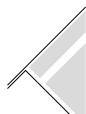
Ilustración 2. Recorrido que un investigador jurídico-social sigue en la realización de una investigación.

Fuente: (Carruitero, 2014, p.184) Adaptado de: Bryman "Tipo de investigación empírica".

Es importante que se entienda que se requiere de una formación más heterodoxa, como ha pasado con parte de las ciencias básicas y exactas, pedido al cual no escapa la formación jurídica. Por ende, debe manejar la discrecionalidad teórica y, además, la fundamentación metódica, correlacionada con criterios de orden complejo y de individualismo metodológico y, lo más importante tal vez, poder contener en su análisis investigación o trabajo de campo que no existe campo completo o lleno a la hora de exponer, plantear o resolver casos, de allí la importancia de que incorpore elementos como la autopoiesis, los análisis disipativos o adaptativos a la hora de entender un fenómeno jurídico desde la investigación, modelación o planteamientos de naturaleza jurídica.

Conclusiones

El papel que cumple la investigación en la formación investigativa del profesional en derecho es crucial para abonar al jurisconsulto de talla



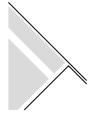
mundial. No únicamente se trata de poner en evidencia el rezago de la visión positivista frente a los nuevos retos, se trata de que el profesional avance en la consecución de proyectos o propuestas a través de las cuales mejorar el quehacer de la formación.

Se requiere un profesional en derecho ampliamente conocedor en métodos y metodologías de investigación a través de las cuales pueda enfocar su trabajo hacia otros frentes como la consultoría, la geografía jurídica, la gerencia jurídica, simulación jurídica o jurimetría, campos, si bien trastocados en otras etapas, no han sido profundizados.

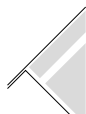
En los programas de derecho, entre otras disciplinas, está la respuesta para materializar el interés de poder proyectar el recambio en la formación estudiantil y profesional. No se trata de desajustar un discurso, sino de ampliar los escenarios solícitos del nuevo profesional en derecho para el mundo y la globalización.

Referencias

- Arbeláez H., N. C. y Espinosa P., B. (2002). Retos en la formación de abogados. *Propuestas desde la Universidad. Criterio Jurídico.* (2): 161-182.
- Bocanegra A., H. (2012). La enseñanza del derecho y la formación de los abogados. *Revista Republicana.* (12): 323-347.
- Botero B., A. (2015). Sobre el uso de la bibliografía en la investigación jurídica. *Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Pensamiento Jurídico.* (43): 475-504.
- Bryman, A. (2004). *Research Methods and Organization Studies.* First published in 2004. Routledge is an imprint of Taylor & Francis, an informa company.
- Carreño B., M. T. (2011). La investigación, una competencia para el estudiante de derecho. *Universidad de Manizales.* 8 (2): 107-118.
- Carruitero L., F. (2014). La investigación jurídica. *Facultad de Derecho y Ciencia Política U.N.M.S.M. Revista Jurídica Docentia e Investigatio.* 16 (1): 173-186.
- Clavijo C., D. (2014). El enfoque de competencias en la formación del abogado para el siglo XXI. *Universidad Simón Bolívar. Justicia.* (27): 185-212.



- Delgado G., R. y Suárez M., W. Y. (2009). El estudio del derecho desde la perspectiva de la investigación jurídica. *IUSTITIA*.8-40.
- Díaz C., J. A., (2011). *Hacia una geografía jurídica en América Latina: sobre la dimensión mítica de las relaciones derecho-territorio*. Costa Rica. Universidad Nacional Heredia. *Revista Geográfica de América Central*. Número especial EGAL, 2, 1-26.
- Escobar C., F. (2008). Una defensa pluralista de la investigación jurídica. *Criterio Jurídico*. 8 (2): 245-280.
- Gutiérrez O., J. A. (2016). *Geografía jurídica y geo jurídica de las disposiciones y usos del suelo: Una revisión temática a la industria económica del suelo en Colombia (Geo – economía)*. Seminario ACIUR 2016. Memorias del seminario. Mesa temática 3. Gobierno y participación ciudadana. En: <https://aciur.net/seminario-aciur-2016/mesas-tematicas/mesa-tematica-3-gobierno-y-participacion-ciudadana>. Consultado: (13/05/2020).
- Guzmán A., P. (2006). *Introducción al análisis económico del derecho ambiental*. Universidad Externado de Colombia. 1ª edición.
- Lazo G., P. (2011). *Formación jurídica, competencias y métodos de enseñanza: premisas*. Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. *Revista Ius et Praxis*. 17 (1): 249-262.
- Limón L., P. (2012). *Producción jurídica e imaginación global: cartografías urbanas a través de la ley en Barcelona*. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. *Geopolítica*. 3 (1): 117-135.
- López E., S. (2011). *Para escribir una tesis jurídica: técnicas de investigación en derecho*. Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. *Revista Ius et Praxis*.17 (1): 231-246.
- Mejía W., J. C. & Montoya R, A. M. (2005). *¿Qué están investigando los estudiantes de derecho en Colombia? Un diagnóstico a propósito del investigando 2005*. Universidad de Medellín. *Opinión Jurídica*. 183-195.
- Nizama V., M. (2014). *Enseñanza metódica de la investigación jurídica*. Facultad de Derecho y Ciencia Política. U.N.M.S.M. *Revista Jurídica Docentia et Investigatio*. 16 (2): 10-122.
- Ocampo C., J. J. (2012). *Estudio documental sobre la enseñanza del derecho*. *Revista Nacional de Investigaciones Memorias*. 10 (18): 148-158.
- Pezzetta, S. (2011). *Un marco teórico para la investigación jurídica*. *CEFD. Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*. (22): 114-134.



- Retana, C. (2017). Jurimetría. La inteligencia artificial en el sector legal requiere del trabajo conjunto de juristas y tecnólogos. *El País. Economía*. 5D. En: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/05/22/legal/1495460312_246726.html Consultado (13/05/2020).
- Sánchez Z., M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. *Revista telemática de filosofía del derecho*. (14): 317-358.
- Soto B., M. J. (2013). El método en la investigación jurídica. *Derecho y cambio social*. En: www.derechocambiosocial.com; 1-11.
- Vásquez V., F. J. (2009). Impacto de la globalización en el mundo jurídico. *Universidad de Medellín. Opinión Jurídica*. 8 (15): 17-28.



CAPÍTULO VIII

Populismos. Repercusión en la universidad y movimientos estudiantiles¹

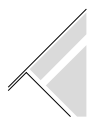
Juan José Taborda Álvarez²

Daniel Torres Vargas³

Henry José Devia Pernia⁴

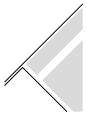
Hernán Andrés Carmona Garzón⁵

Introducción



Es bastante deteriorado que se conciba a la universidad como una institución capaz de producir conocimiento en los discentes y de erosionar de forma acuciante a los mismos. La ciencia,

-
- ¹ Artículo producto de los proyectos de investigación Reforma universitaria e ideologías y populismo 2019. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Institución Universitaria de Envigado, Antioquia, Colombia.
 - ² Estudiante del programa de derecho e integrante del semillero de investigación de Pensamiento sociopolítico, e-mail: tabordaalvarezjj@gmail.com.
 - ³ Estudiante del programa de derecho e integrante del semillero de investigación de Pensamiento sociopolítico, e-mail: danielvargas9804@gmail.com
 - ⁴ Licenciado en Filosofía, Doctor en Ciencias Políticas. Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la IUE, coordinador del semillero de investigación Pensamiento sociopolítico, e-mail: hjdevia@correo.iue.edu.co
 - ⁵ Licenciado en Filosofía y Letras, Magíster en psicología y salud mental de La Universidad Pontificia Bolivariana. Docente del Programa de Filosofía, Teología y Humanidades Universidad Católica Luis Amigó, e-mail: hernan.carmonaga@amigo.edu.co



la razón, el conocimiento, la crítica, entre otras aptitudes necesarias, forman las consignas célebres en los diferentes espacios de formación superior, es decir, es la manera de propender por ser espacios contendientes de la ignorancia. A expensas de lo más dicente sobre la universidad, una mente distante de penurias racionales no debe apelar fácilmente a la aceptación de ese tipo de aseveraciones compartidas, pues cae el abismo de soslayar la acción de confrontar lo impuesto con rigurosidad y tenacidad en tanto es antitético a todo lo que presupone una libertad intelectual mediante el ejercicio del pensamiento crítico.

Es aquí precisamente, en el arte de analizar lo estatuido socialmente, en confluencia con el concepto de populismo, donde eclosionó este trabajo investigativo, que gesta su relieve al aducir un fenómeno que aún no se había percibido: la proliferación del populismo (suceso que atribuye ignorancia a los receptores que lo propugnan y dan beneplácito a su auge) en un campo estrictamente relacionado con el conocimiento y la universidad.

El populismo no ha de imbuir solamente a las masas, ya que su carácter emocional permite que tenga repercusión en espacios que azuzan el aprendizaje y depauperan las carencias del raciocinio, espacios como las facultades de derecho y ciencias políticas en focos más puntuales, y la universidad en general, en coyunturas más globales; resulta bastante complejo que sendas, cuyo itinerario siempre ha sido decantar a el conocimiento, tengan cabida e incluso, estén en la cúspide al relacionamiento de las masas del populismo. El populista es capaz de despertar sentimientos anti sistémicos en las masas, crear enemigos muchas veces irreales, desde cualquier corriente ideológica y política y usa un discurso demagógico en el que se dice lo que las masas piensan y sienten, es decir, le dice al pueblo lo que quiere escuchar.

Carrillo (2017) afirma, “su peligro – del populismo – no está en el fondo del discurso, sino en su apariencia de veracidad” (p.141). A lo anterior, la frase en mención de Carrillo es un incipiente para zanjar el impasse súbito que resulta al tratar de comprender la “aporía” de populismo en la universidad, pues da paso a fagocitar las barreras herméticas que advienen al concebirlo.



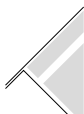
1. Devenir histórico del concepto populismo

El término “populismo” desglosa múltiples esferas que suscitan desavenencias en varios autores; la mayoría de estos impele a acuñar descripciones que endosan al significante un sentido despectivo. Para Carrillo (2017), “todo relato populista se ha caracterizado por el uso de enmarcados, que dibujan una realidad hiperbolizada, poco atenta a la realidad y que generan percepciones utilitaristas para el aprovechamiento posterior de su causa” (p.140). Este relato mencionado alude a una connotación peyorativa del populismo.

El tuétano de este tipo de argumentaciones reside en acotar el “populismo” como la instrumentalización, inventiva o acoplamiento de ideas materialmente imposibles de realizar, en un escenario político, con el fin de permear en las masas y satisfacer intereses de índole emotiva.

En la contemporaneidad, la definición que precede es un claro aserto según autores como Fernando Savater, Juan Ramón Rallo, Fran Carrillo (2017), y en general, en la urbe política y es irrisorio ver cómo, a veces, políticos ven en este calificativo un medio para arremeter a sus contendores adjetivándolos como “populistas” sin argumentos fidedignos, es decir, conforme en la acepción expuesta (populismo en forma despectiva) hacen populismo señalando de populistas a quienes quizás no lo son.

El concepto populismo tiene su origen en las últimas décadas del siglo XIX, en la Rusia zarista y sus intelectuales radicales, que idealizaron al pueblo como sujeto político virtuoso, y en el discurso creado por el *People's Party* en EE. UU., que movilizó un voto rural contra el *establishment* de Washington, y que al oponer el pueblo a la oligarquía capitalina estableció el antagonismo esencial del populismo. Porque, como ideología, el populismo apenas cuenta con un único par de ideas: que democracia significa únicamente gobierno del pueblo y que toda sociedad está atravesada por una división esencial entre dos grupos homogéneos y antagónicos: el pueblo entendido como sujeto moral colectivo, con una voluntad única; y la oligarquía, la elite política que ha secuestrado la democracia en



su provecho. Puestas juntas estas dos ideas, fácilmente se concluye que la democracia se ha pervertido, puesto que ha sido secuestrada por unos representantes que sirven a intereses particulares y no a los del pueblo. (Rivero, 2018, p. 34)

El populismo del siglo XX, en América Latina, se realiza desde la crítica al Estado de derecho liberal, crítica que es compartida tanto por la izquierda marxista, como por la derecha conservadora. Consideran que el Estado de Derecho se ha alejado de su contenido material, realiza un culto al formalismo en el que la filosofía que fue pertinente para combatir el modelo absolutista de Estado encarnado en el Antiguo Régimen se ha corrompido y ha sido cooptada por la elite que traiciona los intereses del pueblo.

Para los populistas la ideología liberal es demasiado abstracta y artificial. La crítica de los populistas latinoamericanos es que este modelo de Estado nace de la realidad europea, que es distinta a la realidad latinoamericana. (Galindo & Ujaldón, 2018)

La importación de modelos jurídicos y políticos foráneos conlleva a la favorabilidad del desenvolvimiento del populismo. Estos actores aprovecharon las circunstancias globales y atendieron a la realidad latinoamericana para conseguir movilizar las masas en el continente. Elaboraron un discurso que se apartaba de todo lo establecido, propusieron soluciones pensadas para el pueblo, las cuales eran irrealizables en muchos sentidos. Se valieron de la democracia para degenerar en modelos demagógicos en los que no primaban respuestas y propuestas que atendieran las necesidades sino los deseos de las multitudes.

Señala Bueno (2013),

El uso del populismo en Latinoamérica inicia a partir de la segunda mitad del siglo XX cuando se trata de explicar las profundas transformaciones políticas, sociales y económicas de Argentina, Brasil y México, en reacción con eventos como la caída del Estado oligárquico, la Gran Depresión de 1929, la amenaza mundial que representaba el comunismo después de la Revolución bolchevique



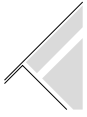
de 1917; circunstancias que provocaron múltiples prácticas políticas-nutridas por el nacionalismo, el socialismo, el liberalismo-, líderes carismáticos que adoptaron formas autoritarias, alianzas multiclasistas, discursos emotivos y maniqueos; rechazo al imperia- lismo, al *statu quo*, a la oligarquía; y que dieron lugar a la aplicación de medidas económicas y políticas que aparentemente reñían con la lógica capitalista y liberal tradicional. (p.8)

El populismo en Latinoamérica se agrupa en tres grandes oleadas, la primera de los años treinta-cincuenta del siglo XX, protagonizada por Vargas en Brasil y Perón en Argentina, con ideología fascista. La segunda oleada corresponde a la caída del socialismo realmente existente a finales del siglo XX con el ánimo de rescatar los intereses del pueblo frente al Consenso de Washington representada por Fujimori en Perú y Carlos Menem en Argentina. Finalmente, la tercera oleada del populismo es la reacción ante el neoliberalismo, que inicia en el siglo XXI, estuvo representada por Chávez en Venezuela, Evo Morales en Bolivia y Kirchner en Argentina.

A las dos últimas olas se les conoce con el nombre de neopopulismo. (Rivero, Zarzalejos & Palacio, 2018). Las condiciones sociales y políticas de América Latina han servido para crear las condiciones propicias para el populismo.

El vocablo “populismo”, es un significante cuyo significado lleva aparejadas dos nociones totalmente antagónicas, empero, la acepción del populismo, como forma de trascender lo atinente a las falacias y erigir que constituye un itinerario conforme a lo imperioso para el pueblo, tiene relieve más que todo, en estos tiempos, en la izquierda española, y es bastante artificiosa, pues a leguas denota más ser una definición amanerada, con el fin de fagocitar que en las coyunturas propicias, es decir, en momentos electorales, adversarios democráticos hayan de esgrimir con justa razón adjetivaciones de “populistas” o “sofistas” para mencionarlos.

Verbigracia, para tratar de soterrar sus falacias, lo hace con otra mentira, siempre buscando que tenga hegemonía lo aparente, sobre lo que es



más diáfano, pero tiene menos factibilidad para ser percibido como veraz. Es muy funcional esta forma de operar. “La verdad no importa, sólo quiero escuchar aquello que me da la razón” (Carrillo, 2017, pág. 150). El dar excesiva prelación a las emociones, tanto que se desdibuje a la objetividad, hace que sea fáctico el bullir del populismo.

Es patente que el populismo se relaciona con el captar la atención en un sistema político regido por un orden democrático, en pro de embaucar masas, en coyunturas electorales, cuyo aspecto teleológico consiste en que sacie los intereses individuales de quien lo practica; la praxis del populismo empobrece la democracia en un Estado, pues quien se vale del engaño, como recurso para capitalizar sus avideces de poder, al mismo tiempo muestra ser alguien villano y obcecado que es capaz de caer en cuanto acto abominable, por satisfacer sus deseos.

Un gobierno presidido por este tipo de oportunistas muta a ser más despótico, ya que el afán desmesurado por escalar al poder es proporcional al ahínco que se despliega por querer salvaguardarlo. “Todo populista que alcanza el poder acaba por transformar a su país en un Estado más autoritario, con menos capacidad de relación diplomática, y, por tanto, más proclive a mantener esos estándares de relato a la contra” (Carrillo, 2017, pág. 154)

El populismo marcha con más éxtasis cuando por medio de su relato logra que el estupor tenga preponderancia y auge en varios sectores sociales, el suscitar miedo, es el resorte del que se vale todo ser pérfido a sus palabras al perorar; al populista le es menester dilatar los problemas en pro de catalizar la incertidumbre colectiva, pues solo de esa manera y con la falsa promesa de que en él está la resolución logra acopiar multitudes. El populista capitaliza el miedo e hiperboliza la realidad. Señala Carrillo (2017),

Para alcanzar el poder, el populismo, de toda clase y condición, altera los estándares de la crisis, exagerando sus deficiencias y modificando a su antojo las debilidades del sistema, o directamente inventa la crisis para vender su relato insostenible contra el *establishment* y las élites que lo provocaron. (p.152)



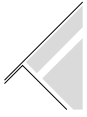
1.1. Clases de populismo

Hablar de una clasificación de populismo puede tornarse complejo, al ser un concepto ambiguo de difícil definición, por lo general es considerado como peyorativo. Se dice que un político es populista cuando apela a las emociones del pueblo y hace promesas irrealizables con el fin de mover masas. Dividiendo la sociedad entre el pueblo y un enemigo muchas veces inexistente. Este enemigo puede ser: los inmigrantes, las corporaciones financieras, la elite, ideologías inexistentes, etc. El populismo puede ser definido como una ideología, una forma de gobernar, un sistema político y, por ello, subyace su ambigüedad.

El populismo prorrumpe tanto en el espectro político de derecha como en el de izquierda, cuenta con pertrechos en ambos focos ideológicos, su carácter emocional repulsa la racionalidad, casi que sin intrincados en un conglomerado, o en varios sectores de este; en estos tiempos en los que pensar ha amainado en las personas, el miedo infundado toma decisiones, secuela de la injerencia tecnológica y la cosificación mercantilista, el populismo permea masas con profusa facilidad. No obstante, este fenómeno, no se ciñe siempre en una misma forma, pues le hemos descubierto una dualidad de advenimiento o manifestación, las cuales acotamos en los siguientes significantes: Populismo instrumentalizado y Populismo irracional.

1.1.1 Populismo instrumentalizado

En el marco intelectual dominante, es el populismo en sí mismo; dimana de un individuo o grupo de individuos, según el caso, que ven en las falacias un canal para catalizar a cabalidad sus arbitrios de dominio. Se esgrime la utopía para sobrepujar contendientes políticos; se forma una amalgama entre las quimeras y las emociones en los discursos, con el fin de erosionar la crítica y el juicio de las personas y apela a tocar los puntos más sensibles



del electorado para persuadirlo. Es el populismo como instrumento cardinal del demagogo.

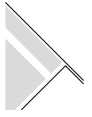
1.1.2 Populismo irracional

Se constata cuando la masa o un individuo propugna un ideal demagógico inconscientemente, o, en ocasiones, de manera indolente. La penuria de duda y escrutinio en un ciudadano lleva aparejada la aceptación acérrima de ideas infundadas a través del influjo de emociones que le fueron predisuestas. La indolencia se da cuando ni siquiera se ponen en tela de juicio posturas deleznable, pues simplemente la voz del caudillo es la voz del elector. En ambos carices, la razón funge exánime: no piensa quien es el reflejo deliberativo de sus emociones, como tampoco lo hace quien, a pesar de lo ínfimo de un ideal, no claudica, ya sea por miedo a traicionar su primera impresión o por el arraigo exacerbado ante lo que pregona quien percibe como líder.

1.2. Constitucionalismo popular

El constitucionalismo popular es una teoría anglosajona que busca reivindicar el papel del pueblo o la ciudadanía en el ejercicio de interpretación constitucional y la decisión de cuestiones acerca de la Constitución. Esta propuesta teórica puede ser analizada desde dos perspectivas, una descriptiva en la que, “el constitucionalismo popular da cuenta de los distintos actores que participan en la asignación de sentido de las cláusulas constitucionales, enfatizando el papel que en el desarrollo constitucional han jugado las visiones populares” (Alterio, 2016, p. 4).

La segunda perspectiva es la normativa, en la que se pretende dar mayor fuerza a la interpretación constitucional que hace el ciudadano común, dándole la misma relevancia que la interpretación

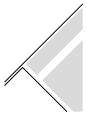


del magistrado de las altas Cortes y se ataca la supremacía judicial, centrándose en las movilizaciones sociales y la interpretación extra-gubernamental de la Constitución.

Entre los autores para tener en cuenta frente a la desconfianza de la supremacía judicial se encuentran Larry Kramer (2004), Jeremy Waldron (1999) y Ernesto Laclau (2005), todos optan por reconocer el poder de las masas en el ejercicio de lo político contra las elites, reconocen el poder que tiene el pueblo antes que el de sus representantes y de los tribunales en la interpretación de la Carta Política y se presenta el denominado constitucionalismo popular.

Particularmente Laclau (2005), en la razón populista, ofrece un estudio sobre el populismo. En primer lugar realiza un recuento de la literatura existente en la que concluye que al populismo se le han dado concepciones peyorativas, en la que este se concibe como un concepto vago e indeterminado tanto en su discurso como en sus postulados políticos y que es mera retórica, a lo que el autor argentino responde que tanto la vaguedad como la indeterminación no constituyen defectos de un discurso sobre la realidad social, sino que estos se encuentran inscritos en la realidad social como tal y que la retórica no es algo “epifenómico” en la que toda estructura conceptual encuentra cohesión y apela a recursos retóricos.

Por su parte Kramer (2004), realiza un estudio del constitucionalismo norteamericano desde sus inicios, con base en el caso que daría origen a la justicia constitucional en la que se da un control a las leyes por primera vez. Se trata del caso *Marbury vs Madison* y resalta la posición de Thomas Jefferson conocida como teoría departamentalista o concurrente, que sostenía que ninguna de las ramas del poder público puede arrogarse ser superior a las otras ramas en la interpretación de la Constitución y se ataca la supremacía judicial en la que los tribunales tienen la última palabra, lo que evidencia que ya desde los orígenes del constitucionalismo estadounidense se le asigna un rol importante al ciudadano común en la interpretación de la Constitución, por tanto, propone acabar con la supremacía judicial.

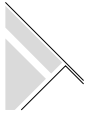


Igualmente, se aboga por la interpretación extrajudicial, Larry Kramer (2004) por ejemplo, define al constitucionalismo popular como aquella concepción en la que los poderes públicos realizan una interpretación de la Carta Política, sin que su interpretación sea imperiosa y última, sino que se encuentra sujeta a la revisión por parte del pueblo que es el que tiene la última palabra en la interpretación constitucional y se expresa como un colectivo independiente de la elite.

Continuando con el análisis del constitucionalismo popular, otros autores, tales como Jeremy Waldron (2018), en su libro *Contra el gobierno de los jueces*, realiza una crítica radical al control judicial de constitucionalidad

Los populistas están en contra de una sensibilidad antipopular, la cual encuentran tanto en las elites como en el progresismo, que defiende la soberanía de la razón, postulado que se acerca más a la democracia deliberativa, cuestión bastante elitista, que a la defensa de la soberanía popular que defienden los populistas por medio de una democracia radical. El populismo defiende la regla mayoritaria sin desconocer los derechos individuales, para ellos el control constitucional tiene un carácter antidemocrático al defender a minorías dominantes, en lugar de continuar con la voluntad del pueblo.

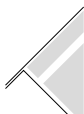
En hegemonía y estrategia socialista, se encuentra que la democracia radical, de Laclau y Mouffe, es un replanteamiento del marxismo ortodoxo anterior al socialismo realmente existente que entra en crisis a finales del siglo XX. Para el autor argentino el proletariado ya no cobra un papel epistemológico principal y deja de ser un sujeto histórico, hace un traslado de sujeto central a los movimientos sociales, como colectivos feministas, ecologistas, de diversidad étnica, racial y sexual por lo que su obra entra en el denominado postmarxismo. Hace una genealogía de la hegemonía a través del estudio de autores como Antonio Gramsci, Jacques Lacan, del que toma los significantes amos que le permitirán elaborar el concepto de puntos nodales y Jacques Derrida para desarrollar una teoría posestructuralista.



En este sentido, es necesario el reconocimiento a la pluralidad de luchas sociales, de las distintas posiciones de sujeto, que es una lucha política por lograr la hegemonía. Esta articulación política debe darse a través de lo que Laclau y Mouffe han denominado lógica equivalencia, que permite, a través del discurso, unificar las demandas populares. Los hechos son pensados a través del discurso, sin desconocer la existencia de la realidad, aparte de la conciencia del sujeto, la construcción social se torna en una construcción discursiva. Esta apertura social impide la fijación de un sentido único de la identidad, (se puede ser negra y lesbiana al tiempo, por ejemplo) por lo que se busca un sentido parcial a través de puntos privilegiados del lenguaje conocidos como puntos nodales, lo que implica hablar no de sujeto sino de posiciones de sujeto.

La democracia radical de Laclau es una teoría que se torna como una crítica de la crítica tradicional, principalmente frente a cuestiones como el imperio de la razón, la verdad única y el antagonismo. Esto lo realiza a través de tres tópicos principales, la posición del sujeto, el antagonismo y la crítica de la crítica ideológica. La posición del sujeto responde a dos lógicas: la lógica de la equivalencia y la lógica de la diferencia, el autor analiza el conflicto social y se pregunta acerca de la subjetividad política y concluye que los actores políticos (movimientos sociales) logran su identidad a partir de la exclusión de otros grupos diferentes, se da una equivalencia porque hay un antagonismo entre los actores políticos, se da una diferencia porque estos se reconocen a partir de la exclusión del otro y luchan por la hegemonía, en la que el otro no es un personaje antagonico, sino agónico al que le doy reconocimiento (Gascón, 2014)

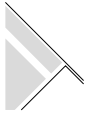
Lo anterior es criticado por Slavoj Žižek (citado por Duque, 2015), quien afirma que la posición de sujeto no se torna tan radical como pretende el autor y se enmarca en el pensamiento político liberal que oculta la lucha de clases y no rompe con el capitalismo. Para el filósofo esloveno se ocluye la lucha de clases, critica el polo de la contingencia de esos sujetos de posición que propone Laclau porque considera que se da un desplazamiento ideológico que da la posibilidad de tener a la hegemonía como un campo de batalla.



La democracia radical, que es una radicalización de la democracia liberal, no desconoce que en el seno de la sociedad capitalista exista una lucha, sino que afirma que el proletariado no es el único sujeto que se encuentra subordinado al gran capital, sino que también hay otros sujetos que pueden hacer parte en la lucha contra las desigualdades. La propuesta teórica de Laclau busca presentarse como alternativa de izquierda democrática radical al modelo socioeconómico neoliberal y al fracaso del socialismo realmente existente en la que no hay un solo sujeto político protagónico (el proletariado en el marxismo clásico) que participa en la construcción del socialismo, sino una pluralidad de sujetos representada en los movimientos sociales. Eso resumiría la respuesta que da Laclau (2005) con el comentario final Žižek: esperando a los marcianos.

En este sentido prosigamos ahora en analizar la propuesta de democracia deliberativa que desarrolla Habermas, el pensador alemán, conocido por su teoría de la acción comunicativa y la ética del discurso, que beben en buena medida de la filosofía kantiana de la modernidad, principalmente en lo referente a cuestiones como la razón práctica, la cual replantea y da un salto de paradigma de la razón trascendental monológica al paradigma de la racionalidad comunicativa, busca una aplicación práctica de una teoría social con el fin de lograr el alcance de consensos por medio del lenguaje orientado al entendimiento intersubjetivo (Duque, 2015).

La concepción democrática habermasiana es deliberativa y procedimental, le apuesta a la defensa del Estado de derecho que considera interdependiente con una democracia radical, se basa en ideas liberales y republicanas, resalta la importancia de la defensa de libertades ciudadanas, la economía de mercado y las ideas de participación ciudadana. La institucionalidad permite el desarrollo del procedimiento comunicativo en la que los individuos únicamente reconocerán como válidas aquellas normas que hayan tenido la participación de todos y sean producto del consenso, busca la participación del ciudadano en el ejercicio democrático (Duque, 2015).

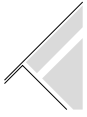


2. Populismo en la universidad

La universidad da tesón al saber, abomina la nimiedad intelectual, la desdén tanto que propende a desplantarla; es un espacio en el que el aprendizaje tiene preeminencia, por eso ostenta el apelativo de “Educación superior”; técnicamente es infraestructura urbana, presidida por entes humanos capacitados para estimular saber a otros congéneres *ex profesos* a medrar intelectualmente, con el ánimo de trasmutar a profesionales y surtir de progreso a la sociedad, y de fruición a sí mismos, dado a la consecución de la abstracción que conocemos como realización personal o, bueno, al menos eso es lo que popularmente se cree de la universidad; es una sandez negar que la universidad insta y orienta al conocimiento, pero también lo es aseverar que boicotea totalmente la ignorancia, ni el hombre más sabio queda exento a ser ignorante en algo. Así pues, es importante aclarar que ser ignorante no debe desolar a un ser, lo que sí debe hacerlo es el no hacer nada por cada día serlo menos. La ignorancia es el principal acicate para darle tenor y asiduo al buscar conocimiento.

Teniendo conciencia de que el disipar la ignorancia de forma consumada es irrefragable, es como incoar a tener morfología la posibilidad de que algo tan aparentemente inverosímil como lo es afirmar que el populismo tiene protuberancia en un escenario como la universidad, empero, no es suficiente como para asirse a un andamiaje fehaciente, foráneo de la especulación. ¿Cómo es posible algo tan manifiestamente inconcebible? ¿Acaso las universidades a la postre solo transmiten información y rescoldos de estímulo intelectual? Evidentemente que la suspicacia es inmanente en este derrotero analítico, pero las fachas nunca son el tuétano de lo que se emplaza a escudriñar, el *quid* jamás está en lo aparente, es consecuencia casi que absoluta el que la facha se esfume ante el inquirir con vehemencia y rigurosidad.

Ahora bien, a sabiendas de que lo más pregonado no siempre aparea de las aproximaciones más consecuentes a la verdad, y que la apariencia solo es la causa primera para emprender la búsqueda de la



esencia, se torna congruente el ahondar sobre la materia en cuestión: populismo en la universidad.

2.1. Trasfondo del populismo en la universidad

Siendo tajante que el influjo cultural que tiene auge contemporáneamente ha de ensanchar la factibilidad del populismo en la universidad, es consecuente cerciorar más el aciago a través de más causas que de igual modo dan repercusión al mismo. En proporción a los orígenes que hemos discernido, de la proliferación del populismo en espacios de educación superior, la disertación metafísica teniendo como meollo la generación del milenio, se queda somera ante las diferentes maneras en como éste se gesta. Por tanto, en aras de sobrepujar lo escueto, inquiriremos a cerca de factores psicológicos y de factores sociológicos que también esquilman la educación superior haciendo proclive el populismo.

2.1.1 Factores psicológicos

La palabra psicología proviene de los términos griegos *psyche*, que significa alma, espíritu y *logos* tratado, estudio. La psicología como ciencia, se ha ocupado con denuedo de estudiar al ser humano en conexidad con sus respuestas mentales, comportamientos, pensamientos y percepciones. El prisma de la psicología clínica busca con rigor identificar de forma holística y científica variedad de manifestaciones intelectivas en las personas y corregirlas cuando lleva consigo daños mentales. Asiéndonos de esta senda, existen dos epifanías que tienen correlación con el populismo irracional y el populismo instrumentalizado, las habremos de nominar en consonancia al tipo de populismo que suscitan.



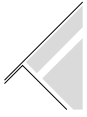
2.1.2 Populismo irracional por factores psicológicos

Se eclosiona populismo irracional, por mor de ámbitos psicológicos, cuando una persona, al percibir pleonasmos o tautologías, responde mentalmente a tales dándoles arraigo y protuberancia. El desenlace de sus procesos cognitivos ante refranes que se den por sentados en determinado ambiente es ileso a la duda y al análisis.

- También se gesta cuando el cerebro que responde a ideas altamente sugestivas sin ningún tipo de recelo, es decir, le da prelación a lo fascinante por utópico que sea, marginando todo tipo de proceso que entrañe pensar.

En *verbigracia* de la primera coyuntura descrita, tenemos cuando una universidad refleja tener inmanente la hegemonía de una ideología, sea de izquierda o de derecha; los docentes de tal institución congenian con los ideales rectores de la misma, compadecen sus clases con la doctrina a la que hacen apología, erigiendo más que buena educación, adoctrinamiento, así los “educandos” son receptores de información que traslapa o, mejor dicho, aplasta, la objetividad, estando adeptos a un ambiente propicio a pleonasmos o reiteraciones atinentes a la imperiosidad y viabilidad de determinado sistema de pensamiento político. Esta situación hace proclive que el cerebro del estudiante desdibuje su sentido crítico, he aquí en el ejemplo, tanto la respuesta mental que origina populismo irracional como las causas que acrecientan su factibilidad. El estudiante termina creyendo sin constatar.

Como ejemplo de la segunda forma de advenimiento del populismo irracional, teniendo como resorte factores psicológicos, nos dirigimos simplemente al estudiante cuya personalidad lo hace sumiso a tinglados discursivos impactantes y la educación que recibe no lo insta lo suficiente como para volverlo crítico.



2.1.3 Populismo instrumentalizado por factores psicológicos

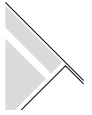
El individuo es crítico y racional, discierne sin intrincados entre una proposición mendaz y una veraz, lo hace obedeciendo a patrones henchidos de lógica, que le permiten escindirse de ir en baluarte de ideales demagógicos inconscientemente. No obstante, debido a carices de la personalidad, por tanto, psicológicos, que bien pueden ser adoptados desde la infancia o en cualquier edad, dado a respuestas mentales perversas, que van de la mano con el desentendimiento con la ética, esgrime fomentar populismo para satisfacer sus designios. Concretamente se da en la Universidad, cuando en las clases o cátedras tiene preeminencia y relieve un aprendizaje totalmente foráneo de la ética, es decir, se le da envergadura al conocimiento pretermitiendo la imperiosidad del foco axiológico.

2.2 Factores sociológicos

La sociología inquiera sobre el ser humano en relación con la forma en cómo se desenvuelve colectivamente, lo estudia como pieza de un todo, abarca cómo la sociedad influye en su accionar, cómo es producto en ocasiones de convenciones de las cuales no tiene control. Asimismo, estudia las sociedades y ahonda en factores que constituyen determinados puntos de enfoque, que emprende la misma.

Llamamos sociales a los procesos y productos materiales y simbólicos que los seres humanos creamos y recreamos, voluntaria o involuntariamente, día a día en interrelación con otros. Esto puede ocurrir, tanto de manera conflictiva como armoniosa, en presencia o en ausencia de esos otros. (Hiller, 2007, pág. 8)

En lo que concierne a esta investigación compulsada hacia el populismo, pormenorizaremos cómo factores sociológicos permiten apuntalar más formas en cómo emerge tal flagelo en la universidad. Debido al populismo en el que pueden incidir (populismo irracional o populismo instrumentalizado) habremos de dilucidar los factores.



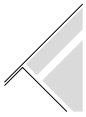
2.2.1 Populismo irracional por factores sociológicos

Se presenta cuando las personas pierden su individualidad como consecuencia de las convenciones sociales en las que están inmersas; en otras palabras, el individuo dimite inconscientemente de su criterio, dado a que solo reputa como real o cierto lo que tiene repercusión en su entorno. Es el espejo de los dictámenes colectivos, le es fútil o superfluo el pensar por sí mismo, muestra displicencia ante lo diferente pues percibe sin hesitación alguna lo que el entorno le pregona o le comunica. Por tanto, si una idea demagógica permea a la sociedad, tal sujeto no es renuente de darla por sentada, pues simplemente actúa con base en lo más dicente sin darse cuenta de ello.

Es el hombre más que un ente pensante, una pieza de un puzzle llamado sociedad. Tiene apogeo en la universidad cuando los estudiantes disipan su capacidad de dudar, dado a la forma adhesiva en cómo se deslían en ámbitos sociales. Parte de este flagelo también recae en los docentes, puesto que, si transmiten educación sin enseñar a dudar de la misma, abren paso a que el populismo irracional sea probable y a originar más que mentes críticas, mentes herméticas.

2.2.2 Populismo instrumentalizado por factores sociológicos

Se detecta cuando el sujeto afectado estrictamente por sus experiencias sociales aboca por acentuar poder a sí mismo, el individuo, por amor de lo que percibe en la colectividad identifica facilidades en el acto de producir populismo y propende al querer llevarlo a cabo para con sus planes a futuro o simplemente en sus planes del presente. La universidad da beneplácito a este tipo de manifestaciones perniciosas, dado a su trecho con la ética en la formación que ejecuta.



3. Formas de paliar el populismo en la universidad.

Si bien ya se ha analizado el problema del populismo que está tomando morfología en la universidad, identificando su causalidad y reconociendo el menoscabo tan ruin que le suscita (va en detrimento de la educación con carácter objetivo, por ejemplo, en los casos de influjo de docentes fanáticos por una ideología y, persuasivos en su discurso en los estudiantes; la universidad repercute en el desigmo de crear populismo, dado a su laxitud en cuanto a educación basada en valores se refiere), es menester sacar a colación alternativas que pueden neutralizarlo o al menos aminorarlo.

3.1. Para tener en cuenta

Los siguientes numerales corresponden a instancias a los discentes que contribuyen a debilitar al ser pensante y proporciona vida al populismo en la universidad. Esto puede generarse en ambientes donde una elite coapta la institucionalidad de la universidad en beneficio de intereses políticos partidistas, dejando de lado el papel preponderante de la academia como eje fundamental de la teleología social de las facultades, donde no importa las voces del estudiantado, haciendo las instituciones menos democráticas, produciendo así las condiciones propicias para el discurso demagógico del populismo, en donde este acaba de igual forma por destruir la democracia, con la paradoja de argumentar su defensa.

En este sentido, es necesario superar la disyuntiva en la que se divide la universidad en dos campos antagónicos, como argumentan los populistas, y a su vez no caer en la defensa de esa elite, ya que ambos son antidemocráticos. Se debe buscar una democracia material y no solo formal, en la que prime la razón, la ciencia y no las pasiones, donde se empodere al estudiantado como sujeto de pensamiento crítico, en busca de soluciones reales a las problemáticas que afectan la universidad, cerrando de esta manera la intromisión del discurso irracional del populismo.

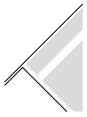


La construcción de la democracia en la universidad puede desarrollarse, en mayor medida, a través de los movimientos estudiantiles y el poder de participación a los estudiantes para determinar qué personal debe ocupar los cargos más destacados mediante el ejercicio del voto, como decanos, rectores y representantes estudiantiles. Debe ser una combinación de democracia directa, con un movimiento estudiantil fuerte que tenga la precaución de no caer en discursos populistas, irracionales, que dejen de lado soluciones reales a las problemáticas de la institución y una democracia representativa en la que los estudiantes decidan quién es el más calificado para ocupar el cargo público.

3.2 La importancia de decidir sin miedo

Los seres humanos siempre condensamos las percepciones en alguna emoción, es por ello por lo que la imparcialidad es una ficción, un concepto con sesgos que más que denotar contundencia, solo despide atisbos de tal, es decir, en la praxis – tenga de nómeno "objetividad" o "imparcialidad" – no es más que un "*grosso modo*" de lo que dice ser en forma teórica. no obstante, es algo que la razón puede coadyuvar a medrar, no para que erija la senda correcta para un pragmatismo impoluto de imparcialidad, sino para que al menos se propenda más a ella y las aproximaciones a la misma ostenten progreso y no estancamiento.

Siendo inteligible, la imposibilidad fáctica de sanear a cabalidad los baches de la objetividad, debido al influjo emocional, es inevitable no rebajar que algunas emociones son más nefastas y corrosivas para entañar un talante imparcial que otras, pues portan aviesas condiciones para el deliberar. La más nociva es el miedo, pues además de truncar la objetividad, boicotea la subjetividad misma. en verbigracia, de los dos flagelos susodichos; cuando alguien propugna un ideal utópico, poniendo como justificación la autoridad de quien lo pregonó, lo que suscita tal aberración, no es más que el miedo a dimitir de una consideración que tal vez en génesis avivó sensaciones de esperanza y normalidad; por más argumentos fehacientes que se le dispensen, el miedo a prescindir del criterio lleva a tal fin un error tamaño (el miedo como gran escollo de la objetividad).



Asimismo, el miedo mengua el progreso subjetivo del ser en los casos en los que un sentir grandioso hacia alguien tome festividad y se hace caso omiso a esos designios de tan gran magnitud, secuela de la hegemonía de pavor que reside emocionalmente. A veces el discurso de ciertos maestros se basa en alimentar el miedo a cierta corriente ideológica, la recomendación es estimular el cerebro, para no permitir que el miedo engendre una opinión infundada.

A modo de sintetizar lo anterior, es un impasse las tentativas de una objetividad indubitante, debido a la carga emocional, empero, sí se puede avanzar sobrepujando valoraciones menos objetivas que otras; avance que en todo caso se da enervando el carácter apremiante del miedo, es decir, el miedo jamás deberá llevar las riendas, eso sería darles cancha a los demagogos, además entorpece de forma inconmensurable el ser objetivo y de paso, la individualidad: el desenvolvimiento del mismo ser. Así pues, opta por tratar de contender el miedo, dejándolo desprovisto de presidir la decisión. Esto trasciende al miedo a cambiar con la eclosión de argumentos que hacen falsedades los tuyos, no lo vuelve menos imparcial, en lo mínimamente imperioso; resta trascendencia al miedo de llevar a cabo tus designios objetivamente sanos y subjetivamente fervorosos.

No se afirma que el pavor en sí mismo es la hecatombe del flujo de objetividad y del desarrollo de la individualidad, todo lo contrario, se argumenta que quien tiene más miedo tiene más posibilidades de ser más valiente que quien no lo tiene tanto. Para que se hagan más inteligibles estas disertaciones: vives con miedo, porque en algunos momentos es inexorable hacerlo, no obstante, no vivas del miedo, ya que es imprescindible que sea así. En suma, ten miedo a que el miedo te controle.

El miedo es instintivo y algo natural en todo animal, es un mecanismo de defensa que busca preservar la vida. El uso de esta emoción por los populistas se encuentra en que crean miedos imaginarios, irreales, con el fin de que las masas los vean como el mesías o salvador. El pueblo debe adquirir una conciencia elevada en la que sus decisiones no se vean afectadas por pasiones, sino por el ejercicio



de la razón, lo cual se torna complejo ya que las masas suelen seguir al rebaño y aquel que se distancia es condenado. Se debe entender la diferencia entre miedo y cobardía, todos sentimos miedo, pero el cobarde se deja dominar por este.

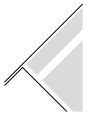
3.3 Que redunde el pensar

Basta con indagar dictámenes que ostentan ser trasuntos a lo que se estima y valoraciones displicentes al juicio propio, para hacer patente que, como es de esperarse, lo tautológico cuando es afín a lo que se percibe, tiende a desatar una especie de fulgor que lleva aparejado el admirarlo, y que cuando dista de lo que se asevera, ha de suscitar hartazgo, tedio y repudio.

Parece indubitable entonces que el meollo de las opiniones menos estudiadas subyace de prejuicios, más que de escrutinio y disección. Pero ¿es lo corolario tan cierto como para ser irrefutable? No, pues también lo antitético al discernir individual, puede transmutarse en un foco que se justiprecie de forma positiva; sea, muy remotamente, por la emancipación de pensamientos infundados, o de forma más manida, por el influjo de lo más dicente en mentes ajenas a la crítica y la hesitación.

Por tanto, de todo lo anterior tenemos un común denominador: las repeticiones coinciden sin intrincados con seres triviales, que dado a la falta de atención y raciocinio son apáticos y renuentes a dudar. Compañeros de universidad, no permitamos que adagios gratuitos nos permeen, ¡pensemos!

Las mentes raquílicas se acotan a una dualidad: las que sucumben ante disertaciones repetitivas y nimias (borregos); y las que no han de prescindir jamás a criterios vagos, fruto del arraigo a sus prejuicios (radicales). Las primeras, le dan más prelación a lo que es común que a lo verídico: les importa tanto lo resonante que dimiten de todo análisis. En las últimas, tiene apogeo abdicar de pensar por no abdicar en prejuicios. Todo ello va de la mano con el populismo; es susceptible al



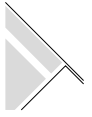
mismo, tanto quien se deja llevar por lo que más se dice en la sociedad, como quien se obceca con ideal y no lo suelta a pesar de ser nocivo. ¡Piensa! ¡Qué la única reiteración que dejes proliferar sin resistencia sea la de pensar!

El desabasto de análisis en las personas acarrea que sea una constante el alto relieve de lo absurdo y la ignorancia. Por tanto, los principales siniestros sociales embisten, muchas veces, por secuela de estos afectados. Hay que depauperar lo que nos depaupera, en este caso se logra haciendo imperativo y acuciante el pensar, pues es el paliativo más severo para expeler lo gratuito, y es acicate de todo progreso ¡Qué cunda el pensar, amigo universitario! ¡Qué sea tan profuso, que todas las formas de fragilidad mental enerven! ¡Qué redunde el pensar! Es una necesidad.

3.5 Compromiso universitario.

Es diáfano que como meollo del conflicto: populismo en las universidades, considera la falta de implementación de una educación superior basada en la crítica, la duda y el pensar en pro de disminuir el auge de populismo irracional; establecida en la ética y los buenos valores en aras de hacer enrevesado el que se geste populismo instrumentalizado en tales espacios destinados al aprendizaje. Como forma de llevar a cabo una educación que no violente la libertad de cátedra y del mismo modo, ostente taxativamente hacer hincapié a la formación ética y a la proliferación del pensamiento decantamos a manifestar las siguientes proposiciones:

- Desarrollar de programas universitarios tanto para docentes y estudiantes que fomenten el pensamiento libre de todo fanatismo, erigiendo así, la convicción de que todo tipo de afirmación propositiva, para ser legítima, debe ceñirse a un método lógico-realizable.
- Poner en marcha la formación intelectual en simbiosis con la formación ética, en la universidad, esto, preferiblemente, a través de una cátedra de ética o pensamiento crítico obligatoria cada



semestre o por medio de foros y talleres que orienten tajantemente una educación en valores.

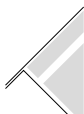
- Instar constantemente a los docentes para que impartan clases, enseñando a sus alumnos a dudar de las mismas.

Con valor y constante, debemos combatir el populismo, es deplorable que un problema tan endilgado al vulgo esté trascendiendo a lugares de educación superior. El problema del populismo es más grande de lo que se cree, ¡la educación, la educación está ostentando graves patologías! No obstante, no hay problemas que no se puedan solucionar, hay hombres que no son capaces de solucionar sus problemas. La universidad debe corregir este flagelo, poniéndose como meta coadyuvar a que la sociedad en general también lo supere, pues el conocimiento encuentra su *quid* cuando ha de derivar en transformaciones sociales. Transformemos a brillar lo sombrío, seamos realmente universidad.

Conclusiones

El populismo es un concepto de difícil precisión que contiene gran ambigüedad. Ha sido discutido por amplia variedad de autores, sin que se llegue a un consenso preciso de este concepto. Puede ser entendido de diversas formas, como una ideología en la que se divide a la sociedad en dos campos, por un lado, el pueblo enfrentado a una elite que ha cooptado la democracia para beneficio de sus intereses personales. De igual forma, se le concibe como un modo de gobernar bajo el liderazgo de un líder carismático que manipula con discursos retóricos y emotivos a las multitudes, con el fin de alcanzar el poder en nombre del pueblo, pero luego traiciona las masas para alcanzar su interés propio.

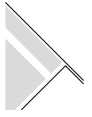
El populismo tiene sus orígenes en los narodniki de la Rusia zarista de finales del siglo XIX y los movimientos agraristas de Estados Unidos. En el contexto latinoamericano, he categorizado bajo tres oleadas, en la que apenas se evidencia el final de la tercera, en donde los populistas han sido reemplazados por gobiernos autoritarios, desde la izquierda y



la derecha. Estas teorías permearon los movimientos estudiantiles, los cuales fueron reprimidos en el contexto de las dictaduras latinoamericanas del siglo XX lo que posibilita el empleo del discurso demagógico dentro de los centros universitarios.

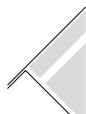
En muchos sentidos las universidades latinoamericanas han logrado consensos de democracia, diálogo entre las directivas y los estudiantes, no sin una organización de estos últimos. El fin principal de asistir al centro académico es adquirir conocimientos, fin que ha sido olvidado en nuestros días y se busca más el título para optar a un empleo, que el mismo saber. Las luchas de los movimientos estudiantiles han tenido avances y retrocesos, en muchos sentidos se ha logrado empoderar a los estudiantes. Sin embargo, en contextos como el colombiano, en el que las universidades se ven coaptadas por intereses políticos partidistas, permite crear las condiciones necesarias para el discurso demagógico en el que se divide la universidad entre estudiantes y directivas que no los representan. La solución está en democratizar realmente el saber, esto se alcanza a través de la organización y la lucha estudiantil, de estudiantes que despierten un amplio sentido de pertenencia por el centro académico.

El fortalecimiento del pensamiento crítico, aquel que va más allá del ejercicio de repetición de lo que afirma el maestro como figura de autoridad, es uno de los pilares requeridos para combatir el autoritarismo en la universidad, para que, en el momento de democratizarla no se caiga en optar por figuras populistas que no atenderán a las necesidades requeridas por los estudiantes. Los sistemas de gobierno pueden tener bondades y vicios, la república representativa no es la única forma de dirigir la polis. Cuando la democracia es llevada al extremo puede tornarse a la par o, incluso, peor que las dictaduras. Las universidades son los laboratorios adecuados para el experimento del ejercicio democrático, aquella herencia de los griegos.



Referencias

- Alterio, A. (2016) El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4257/5.pdf>
- Aramayo, M. (2005). Universidad y Diversidad. Caracas: Monte Ávila
- Bueno Romero, Gildardo Antonio. (2013). El populismo como concepto en América Latina y en Colombia. *Estudios Políticos*, 42, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, pp. 112-137.
- Biagini, H. (2000). La reforma universitaria. Antecedentes y consecuentes. Buenos Aires: Leviatán (El hilo de Ariadna).
- Carrillo, F. (2017) *El porqué de los populismos. Un análisis del auge populista de derecha e izquierda a ambos lados del Atlántico*. Ed. Deusto. Barcelona, España.
- Duque, C. (2015) Capítulo 5. La idea de democracia radical en Jürgen Habermas y Ernesto Laclau: convergencias y contrastes. En *Reconocimiento & democracia, desafíos de la justicia. Reflexiones crítico-teóricas contemporáneas*. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/303382261_La_idea_de_democracia_radical_en_Jurgen_Habermas_y_Ernesto_Laclau_Convergencias_y_contrastes
- Galindo, A & Ujaldón, E. (2018) *¿Quién dijo populismo?* Editorial biblioteca nueva S.L. Madrid, España.
- Gascón, L. (2014) Democracia radical, entre la crítica y el nihilismo: un abordaje de la propuesta desde el diálogo entre Ernesto Laclau y Slavoj Žižek. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-19182014000200006
- Hiller, N. (2007) *Nivel secundario para adultos. Módulo de educación semipresencial*. Sociología. Recuperado: <http://servicios.abc.gov.ar/lainstitucion/sistemaeducativo/educaciondeadultos/educacionadistancia/documentosdescarga/documentosmateriales/sociologia.pdf>
- Laclau, E. (2005) La razón populista. Edit. Fondo de Cultura Económica. Buenos Aires, Argentina.
- Lois, M y Alonso, A. (2014). Ciencia Política con perspectiva de Género, Madrid: Akal.
- Kramer, L. (2004), *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford: Oxford University Press.



- Rivero, A. (2018). Populismo: ¿Cómo destruir la democracia en nombre de la democracia? En *Geografía del populismo. Un viaje por el universo del populismo desde sus orígenes hasta Trump*. (Ed. TECNOS. S.A). Madrid, España.
- Rivero, A; Zarzalejos, J; Palacio, J. (2018) *Geografía del populismo. Un viaje por el universo del populismo desde sus orígenes hasta Trump*. Madrid, España. Ed. TECNOS. S.A.
- Marín, A. (1998). La globalización y su impacto en la reforma universitaria mexicana. La universidad mexicana en el umbral del siglo XXI, visiones y proyecciones. México: ANUIES.
- Ribeiro, D. (1971). La universidad latinoamericana (No. 13). Editorial Universitaria.
- Mollis, M. (2003). Las universidades en América Latina. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales Clacso.
- Zaballa, L. P. (2007). Pertinencia y extensión universitaria en el contexto de la nueva universidad cubana. *Pedagogía Universitaria*, 12(1).
- De España, J. C. I. R. (2001). Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. *Boletín Oficial del Estado*, 307, 49400-46425.
- Galindo Lucas, A. (2011). La llamaban calidad. Reforma universitaria en Europa, competitividad y derechos humanos. *Revista de la educación superior*, 40(157), 153-174.
- Redondo, R. F., & Sánchez, J. N. G. (2007). Las directrices del Espacio Europeo de Educación Superior en el marco legislativo del sistema universitario español. *Aula abierta*, 35(1), 35-48.
- Tilly, CH. (2007). *Democracy*, Cambridge: Akal.
- Sotelo, I. (2010). *El Estado Social*. Madrid: Trotta.
- Waldron, J. (1999), *Law and Disagreement*, Oxford: Oxford University Press. United States.



**Universidad
Pontificia
Bolivariana**

SU OPINIÓN



Para la Editorial UPB es muy importante ofrecerle un excelente producto.
La información que nos suministre acerca de la calidad de nuestras publicaciones será
muy valiosa en el proceso de mejoramiento que realizamos.

Para darnos su opinión, comuníquese a través de la línea (57)(4) 354 4565
o vía correo electrónico a editorial@upb.edu.co

Por favor adjunte datos como el título y la fecha de publicación,
su nombre, correo electrónico y número telefónico.

El presente libro es el resultado de las reflexiones académicas alrededor del derecho y nace como respuesta a la propuesta epistemológica y de enseñanza que se ha planteado el programa de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana, Seccional Montería, la cual se fundamenta en establecer el derecho como un fenómeno y como saber, entendido el primero como un proceso lingüístico, normativo y político que incide en la vida de la personas que integran los territorios, y el segundo “*como constructo social e histórico sumergido en una permanente dinámica de transformación*”. (Escuela de Derecho. Universidad Pontificia Bolivariana, Seccional Montería, 2019)

La concepción del derecho como saber no es más que la respuesta al conocimiento de un fenómeno que, además de lingüístico-normativo, es social y político y, como tal, tiene una incidencia directa en la vida de las personas. Por ello dicha concepción del Derecho dio lugar a la construcción de un proyecto de investigación denominado *Imaginario de paz de las víctimas del conflicto en la ciudad de Montería*; una de las apuestas de ese proyecto era conocer las discusiones que estuvieran trabajando académicos afines con la investigación en paz y justicia.

En la búsqueda de estas investigaciones que ahonden en los temas de reflexión, el libro cuenta con ocho capítulos que presentan una mirada desde lo teórico y social de cómo el derecho ha evolucionado para dar lugar a ideas como justicia global, justicia prospectiva o la tetradimensionalidad de la paz. Y es que analizar el derecho desde un contexto de conflicto permite crear estudios en los que el eje central sea la relación entre derecho, paz, libertad y seguridad.

