

REVISTA
JURÍDICAS

jurid.	Manizales (Colombia)	Vol. 17	No. 1	248 p.	enero-junio	2020	ISSN 1794-2918 (Impreso) ISSN 2590-8928 (En línea)
--------	----------------------	---------	-------	--------	-------------	------	---

REVISTA JURÍDICAS
ISSN 1794-2918 (Impreso)
ISSN 2590-8928 (En línea)
Fundada en 2004
Periodicidad semestral
Tiraje 150 ejemplares
Vol. 17 No. 1, 248 p.
enero-junio, 2020
Manizales - Colombia

Rector

Alejandro Ceballos Márquez

Vicerrector Académico

Marco Tulio Jaramillo Salazar

Vicerrectora Administrativa

Paula Andrea Chica Cortés

Vicerrectora de Investigaciones y Posgrados

Luisa Fernanda Giraldo Zuluaga

Vicerrectora de Proyección

Patricia Salazar Villegas

COMITÉ EDITORIAL

Director

Javier Gonzaga Valencia Hernández Ph.D.

Universidad de Caldas

Paulo Marcio Cruz Ph.D.

Universidade do Vale do Itajaí

Josep Aguiló Regla Ph.D.

Universidad de Alicante

Arturo Vallejos Romero Ph.D.

Universidad de La Frontera

María Teresa Carreño Bustamante Ph.D.

Universidad de Manizales

Carlos Alberto Agudelo Agudelo Ph.D.

Universidad de Caldas

Beatriz Londoño Toro Ph.D.

Universidad del Rosario

José Esteban Castro Castro Ph.D.

Newcastle University

La revista JURÍDICAS se encuentra
en los siguientes índices:

Fuente académica (EBSCO)

Latindex (Universidad Nacional

Autónoma de México)

Índice Bibliográfico Nacional-Pubindex

(Colciencias-Colombia) Categoría C

Scopus Q3 (Elsevier)

Vlex

REDIB (Red iberoamericana de innovación
y conocimiento científico)

DOAJ (Directory of Open Access Journals)

Consejo de Redacción

Carlos Alberto Agudelo

Carolina Cárdenas

Juan Carlos Yepes

Comité Técnico de Apoyo a la Edición

Juan David Giraldo Márquez - Coordinación

Laura Daniela Londoño Quintero - Corrección de estilo en español

Olga C. Umaña Corrales - Corrección de estilo en inglés

Melissa María Zuluaga Hernández - Diseño y diagramación

Silvia L. Spaggiari - Corrector de abstract

Carlos Eduardo Tavera Pinzón - Soporte Tecnológico

Pamela Natalia Zamora Giraldo - Asistente Editorial

Artista invitado:

Bibiana Higuera

Portada: "Tumaco la perla del Pacífico colombiano,
vestido de color de atardecer".

Técnica: Fotografía

Contacto: bibiana.higuera@hotmail.com

bihigueraviajera.com

Ventas, Suscripciones y Canjes

Vicerrectoría de Investigaciones y Posgrados

Universidad de Caldas - Sede Central

Calle 65 No. 26 - 10

Apartado Aéreo: 275

Teléfonos: (+6) 8781500 ext. 11222-11442

E-mail: revistajuridicas@ucaldas.edu.co

revistascientificas@ucaldas.edu.co

Manizales - Colombia

Edición

Universidad de Caldas

Vicerrectoría de Investigaciones y Posgrados

**La responsabilidad de lo expresado en cada artículo es
exclusiva del autor y no expresa ni compromete la
posición de la revista**

JURÍDICAS

Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales

Universidad de Caldas | Manizales, Colombia

La revista JURÍDICAS es una publicación científica que busca difundir el conocimiento jurídico a partir de artículos inéditos que presenten resultados de investigación, reflexión derivada de investigación o artículos de revisión, en donde se reconozcan las formas como la ciencia jurídica y el derecho se articulan y relacionan con la sociedad y con las demás disciplinas que estudian la realidad social, política, económica y ambiental en Colombia, Latinoamérica y el Mundo.

CONTENIDO/CONTENTS

	Pág.
EDITORIAL	7
Democracia y crisis. Una breve valoración de la democracia constitucional en tiempos de pandemia Democracy and crisis. A brief assessment of constitutional democracy in times of pandemic <i>MILTON CÉSAR JIMÉNEZ-RAMÍREZ</i>	
Recognizing the Rights of Nature in Colombia: the Atrato River case El reconocimiento de los derechos de la naturaleza en Colombia: El caso del río Atrato <i>IVÁN VARGAS-CHAVES</i> <i>GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ</i> <i>ALEXANDRA CUMBE-FIGUEROA</i> <i>SANDRA-ESTEFANÍA MORA-GARZÓN</i>	13
Los conflictos socio-ambientales en Colombia en el contexto de las Licencias Ambientales y el acceso a la justicia Socio-environmental conflicts in Colombia in the context of Environmental Licenses and access to justice <i>CLAUDIA ALEXANDRA MUNÉVAR-QUINTERO</i> <i>JAVIER GONZAGA VALENCIA-HERNÁNDEZ</i>	42
El carácter dispositivo de la Convención de Viena de 1980: ¿Un factor de incertidumbre en la determinación de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional? Regulatory character of the 1980 Vienna Convention: an uncertainty factor in determining the applicable law to the international sale contract? <i>WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ-LUNA</i>	64
De la acción comunicativa a la ética del discurso. Una propuesta para reconstruir la verdad en el conflicto armado From communicative action to the ethics of discourse. A proposal to reconstruct the truth in the armed conflict <i>DIEGO ALEJANDRO MUÑOZ-CORREA</i> <i>MARÍA TERESA CARREÑO-BUSTAMANTE</i>	87
Corrupción, orden público y regulación económica en Colombia Corruption, public order and economic regulation in Colombia <i>JAVIER SANCLEMENTE-ARCINIEGAS</i>	105

jurid.	Manizales (Colombia)	Vol. 15	No. 2	200 p.	julio-diciembre	2018	ISSN 1794-2918 (Impreso) ISSN 2590-8928 (En línea)
--------	----------------------	---------	-------	--------	-----------------	------	---

Derecho de las familias a participar en el contexto escolar: análisis desde las Constituciones chilena y española	125
Right of families to participate in the school context: analysis from the Chilean and Spanish Constitutions	
<i>LEONARDO CASTILLO-CÁRDENAS</i>	
<i>MAHIA SARACOSTTI-SCHWARTZMAN</i>	
<i>JORGE CASTELLANOS-CLARAMUNT</i>	
<i>SOLEDAD MORALES-TRAPP</i>	
El levantamiento del velo corporativo de las sociedades mercantiles en México, una acción procesal	142
The raising of the corporate veil of mercantile societies in Mexico, a procedural action	
<i>MARTÍN EDUARDO PÉREZ-CÁZARES</i>	
Facebook: derechos afectados y aspectos jurídicos de la red social	165
Facebook: affected rights and legal aspects of the social network	
<i>LUIS GERMÁN ORTEGA-RUIZ</i>	
Sobre la integración positiva del riesgo como fundamento de la responsabilidad civil y algunas de sus consecuencias desde la experiencia jurídica chilena y francesa	187
On the positive integration of risk as a foundation of civil liability and some of its consequences from the Chilean and French legal experience	
<i>RENZO ESTEBAN MUNITA-MARAMBIO</i>	
Víctimas y victimarios: consideraciones sobre el caso de un asesino en serie	203
Victims and victimizers: considerations on the case of a serial killer	
<i>JULIANA GÓMEZ-MEJÍA</i>	
AUTORES JURÍDICAS	218
NORMAS EDITORIALES	221
POLÍTICAS ÉTICAS DE LA REVISTA	225
EDITORIAL GUIDELINES	233
JOURNAL ETHICS POLICY	237



COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Jiménez, M. (2020). Editorial. Democracia y crisis. Una breve valoración de la democracia constitucional en tiempos de pandemia. *Revista Jurídicas*, 17 (1), 7-12.
DOI: 10.17151/jurid.2020.17.1.1.

EDITORIAL

Democracia y crisis. Una breve valoración de la democracia constitucional en tiempos de pandemia

MILTON CÉSAR JIMÉNEZ-RAMÍREZ* |

La democracia es un procedimiento ético civil para resolver problemas, diferencias y adoptar decisiones a través de la regla de mayorías. Este es un concepto básico de democracia. La democracia es regulada y protegida a través de las constituciones que la estipulan como un principio estructural al lado de la separación de poderes, el principio de legalidad, los derechos humanos y sus garantías. Además, la democracia es el método más legítimo para el desarrollo de las constituciones. De hecho, es el desarrollo y la práctica de la democracia la que asegura que la constitución sea un proceso viviente (Ackerman, 2011), una evolución constante, y que pueda adaptarse mejor a los desafíos de los hechos que pretenden desplazarla, sustituirla o mutarla, e incluso desconocer la moralidad política que la constitución le impone a la democracia (Nino, 1997). Esto es, la democracia no puede ser una radical que toma decisiones por encima de los derechos de las minorías, sin deliberación social e institucional, solo amparada en el hecho de ser una decisión mayoritaria. Debe ser lo contrario, una democracia constitucional.

Las democracias constitucionales se especializan en resolver problemas y su calidad está determinada por la capacidad de integrar a los ciudadanos en esas decisiones (Dahl, 1956). Uno de los desafíos que reporta la pandemia generada por el COVID-19 es no conocer totalmente sus causas y consecuencias, lo que reduce la oportunidad de afrontarlas y superarlas y, por tanto, puede menguar la valoración y funcionamiento de nuestra institucionalidad. Particularmente, los efectos negativos e inmediatos sobre la salud y la estabilidad social de la población ponen al nivel más extremo la capacidad del Estado y la democracia.

Del Estado porque la ausencia de institucionalidad en todo el territorio hace que los derechos de los ciudadanos estén en vilo, que sean discriminados o tratados con desigualdad, e incluso que

* Abogado, Universidad de Caldas; Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia; Magister en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia; Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid; docente investigador del Departamento de Jurídicas de la Universidad de Caldas, filiación con la cual se gestiona este artículo. Correo electrónico: milton.jimenez@ucaldas.edu.co.
Google Scholar. ORCID: 0000-0003-1149-4723.



no reciban ninguna atención, en parte debido al apartheid institucional en el que viven muchos ciudadanos y al desigual desarrollo institucional en los territorios (García y Espinosa, 2013). El Estado posee fallas estructurales como no tener jueces en todos los municipios del país, ni presencia de la fuerza pública, además de las limitaciones del sistema de salud y de acceso igualitario al servicio público. La pandemia multiplica sus efectos si tenemos en cuenta que todo se desarrolla en un contexto de necesidades básicas insatisfechas o de pobreza multidimensional. Cerca del 20% de los colombianos sufre este mal social. Es decir, no acceden a servicios básicos como agua potable, saneamiento básico, alimentación, educación y capacidad mínima adquisitiva (DANE, 2019).

De la democracia constitucional porque las crisis tratan de ser solucionadas recurriendo a un mal necesario, regular y confiar en la dictadura constitucional. El diseño constitucional en la vida ordinaria le encomienda al presidente la resolución de nuestras desigualdades, la conquista de derechos sociales y la unidad nacional (Gargarella, 2014). Esto puede mostrar la obsesión que generalmente existe en las repúblicas por el presidente, desde los Estados Unidos hasta La Argentina. En tiempos de crisis el presidente es nuevamente la solución, solo que en estas ocasiones se recurre a un mecanismo con una historia oscura que dota al presidente de poderes legislativos temporales. Los estados de excepción hacen que se quiebre la separación de poderes y que el presidente domine la escena política y social. Regularmente los presidentes salen de las crisis con mayor poder y con una gran aprobación social, incluso los gobernantes más débiles obtienen niveles de gobernabilidad que antes no tenían.

La ventaja de las constituciones modernas es que regulan los estados de excepción, se aceptan como un hecho necesario para afrontar las emergencias económicas, sociales, ambientales e incluso la guerra exterior; la Constitución colombiana somete los actos del presidente a un control judicial (Corte Constitucional y Consejo de Estado) y político (Congreso). Esto supone que durante los estados de excepción el presidente toma poderes que ordinariamente no tiene, sin embargo, la constitución no queda suspendida, pues sigue regulando la vida jurídica, política y social de la sociedad.

En medio de esto, la constitución presenta un diseño frondoso de la democracia, en el que la participación es un derecho determinante, un derecho de los derechos (Waldron, 2005). La constitución postula desde sus fundamentos republicanos, liberales y sociales, el control al poder público, específicamente a través del sistema de pesos y contrapesos y el control especializado de los órganos de control, las veedurías ciudadanas y los mecanismos de participación democrática, como las consultas populares, la consulta previa, plebiscitos, referéndum, el cabildo abierto y la revocatoria del mandato. Esto se traduce en la vocación de la constitución por una actividad de control permanente que vaya más allá de la institucionalidad por un control ciudadano.

La desventaja es que la crisis impone difíciles coyunturas, la realidad trata de superar la constitución, se desvanece su deber normativo y político, se pone a prueba el diseño constitucional. Esto se expresa a través de la profundización o el surgimiento de otras crisis:

- a. *La crisis social* se manifiesta en los bajos niveles de desarrollo humano, específicamente en la falta de capacidades de los débiles y vulnerables para subsistir frente a una economía inmovilizada. Así, se ha visibilizado el estado persistente de debilidad que padecen millones de personas evidenciando que cada día es una conquista, que saciar el hambre es una rutina diaria.
- b. *La crisis institucional* que devela la falta de planeación estratégica de las entidades para asumir su misión ordinaria y para responder a lo extraordinario, cuestión patente en la incapacidad de extender sus servicios para conjurar, manejar y aprender de la crisis. La planeación estatal del poder público y de los órganos de control ha sido insuficiente para controlar el cumplimiento del servicio público y evitar la corrupción. Esta falta de preparación y de adaptación también produce un coletazo sobre la crisis de representación y la credibilidad de la democracia y del derecho.
- c. *Una crisis política* que cuestiona los gobiernos, su gobernabilidad, credibilidad, y que ante un balance negativo motiva el uso de la fuerza o de instrumentos poco transparentes para mejorar la balanza del poder. Esta crisis se extiende al legislativo que ha estado ausente en la asunción de propuestas y decisiones para conjurar la crisis, renegando de su deber de congregarse y deliberar, y especialmente de controlar políticamente al gobierno y revisar la corrección de sus medidas. A la par, la rama judicial ha actuado con temor, reduciendo el acceso a la justicia, especialmente frente a acciones que optimizan el control jurídico del gobierno y la administración pública; evidenciando su falta de modernidad y dogmatismo; con lentitud para tomar decisiones y proteger realmente a los ciudadanos en un evento extremo como el que supone una pandemia. Es una crisis del poder público.
- d. También existe una *crisis internacional*, ámbito en el que el balance es negativo para la globalización política y en el que el valor de la cooperación ha sido poco considerado. Hay una crisis del sistema jurídico internacional, del impacto de la ONU para congregar el interés común de las naciones, de la OMS para advertir los efectos de la pandemia, de los modelos comunitarios como la Unión Europea; todo se expresa en una crisis del liderazgo internacional y en la prevalencia del interés nacional. La crisis de la globalización seguramente mostrará cómo los daños sobre la economía se superaran, mientras los daños sobre la confianza en la globalización política y constitucional serán difícilmente reparables.

La crisis también disminuye la oportunidad de crítica y participación, y evidencia la insuficiencia del sistema de controles y la necesidad de una teoría del control a los poderes de excepción. Una teoría de la constitución debe estar preparada para asumir lo impensado, para adaptarse de mejor forma a la posición más extrema o catastrófica; el diseño constitucional que perpetuamos y trasplantamos puede estar parcialmente en crisis; debemos estar preparados para regresar a vivir bajo los estados de excepción con más regularidad. Incluso para vivir en ellos más allá de una declaración jurídica.

Estas breves reflexiones pretenden motivar un dialogo y una crítica con mayor impacto en nuestra comunidad académica.

Agradezco profundamente la invitación de la dirección de la revista Jurídicas para escribir el editorial correspondiente al número 17(1). Por último, deseo presentar los artículos de esta edición. Se presentan diez artículos, lo que evidencia la importancia de la revista y su posicionamiento como foro académico. A continuación relaciono brevemente las investigaciones:

1. *The recognition of rights of nature in Colombia: case concerning Atrato River* (Vargas, Rodríguez, Cumbe-Figueroa y Mora-Garzón, 2020). Este texto presenta un análisis del proceso de reconocimiento judicial de los derechos de la naturaleza; resalta la importancia del activismo judicial y del precedente como eslabones necesarios para constituir la naturaleza en sujeto de derechos. Se trata de un debate que necesitamos interiorizar.
2. *Los conflictos socio-ambientales en Colombia en el contexto de las licencias ambientales y el acceso a la justicia* (Valencia y Munévar, 2020). Este trabajo se centra en la capacidad regulatoria del derecho respecto a los conflictos socio-ambientales y sus diversos escenarios. Celebro esta contribución y su enfoque crítico frente al derecho y sus insuficiencias.
3. *El carácter dispositivo de la convención de Viena de 1980. ¿Un factor de incertidumbre en la determinación de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional?* (Martínez-Luna, 2020). Interesante dilema expuesto en cuanto a la aplicación de la Convención de Viena de 1980 en la compraventa internacional de mercaderías: aplicación normativa uniforme o posibilidad de exclusión.
4. *De la acción comunicativa a la ética del discurso. Una propuesta para reconstruir la verdad en el conflicto armado* (Carreño y Muñoz, 2020). Unanimidad de experiencias negativas, los hábitos de la impunidad, el dolor colectivo como resultados del conflicto ideológico. Atractivo lenguaje en un artículo centrado en la reconstrucción de la verdad a través de la convicción.

5. *Corrupción, orden público y regulación económica en Colombia* (Sanclemente-Arciniegas, 2020). La categoría “captura” refleja un desvío de la probidad de las autoridades políticas y operadores económicos en el diseño y aplicación de la legalidad. Un fenómeno de corrupción. Es un gran aporte para incrementar la doctrina analítica de este mal.
6. *Derecho de las familias a participar en el contexto escolar: análisis desde las constituciones chilena y española* (Castillo-Cárdenas, Saracostti-Schwartzman, Castellanos-Claramunt y Morales-Trapp, 2020). El centro del trabajo es la participación colaborativa de las familias en el contexto escolar para resolución efectiva de problemas sociales. Los investigadores presentan un ejercicio comparado de las regulaciones de las familias en las constituciones chilena y española.
7. *El levantamiento del velo corporativo de las sociedades mercantiles en México, una acción procesal* (Pérez-Cázares, 2020). El derecho societario requiere de evaluaciones de la figura del velo corporativo con el fin de incrementar la probidad de las sociedades y sus socios. Interesante ejercicio para criticar el abuso del derecho y el perjuicio a terceros.
8. *Facebook: derechos afectados y aspectos jurídicos de la red social*. (Ortega-Ruiz, 2020). La incidencia del uso de Facebook en la creación e infracción de derechos, deberes y libertades, y su incidencia en la generación de políticas públicas de autorregulación. Es un buen aporte a los problemas contemporáneos del derecho.
9. *Sobre la integración positiva del riesgo como fundamento de la responsabilidad civil y algunas de sus consecuencias desde la experiencia jurídica chilena y francesa* (Munita-Marambio, 2020). El escrito tiene por objeto abordar la integración del riesgo en esquemas de responsabilidad civil, particularmente evaluando la influencia francesa para un futuro debate en el derecho chileno.
10. *Víctimas y victimarios: consideraciones sobre el caso de un asesino en serie* (Gómez, 2020). Interesante presentación del caso Garavito, un caso de impacto en la opinión pública colombiana, la cual se vio conmovida por el asesinato serial de niños. Se ofrece un enfoque del paso de víctima a victimario.

Finalmente auguro excelentes deliberaciones en torno a las tesis presentadas en estos artículos.

Referencias

- Ackerman, B. (2011). *La Constitución viviente*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Dahl, R. (1956). *A Preface to Democratic Theory*. Chicago: The University of Chicago Press.
- DANE. (2019). *Medición de pobreza multidimensional*. Recuperado de <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/pobreza-y-desigualdad>
- Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio*. Barcelona, España: Ariel Derecho.
- Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Barcelona, España: Katz.
- García, M. y Espinosa, J. (2013). *El Derecho al Estado*. Bogotá, Colombia: Dejusticia.
- Nino, C. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, España: Gedisa.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdo*. Madrid, España: Editorial Marcial Pons.



COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Vargas-Chaves, I., Rodríguez, G.A., Cumbe-Figueroa, A. y Mora-Garzón, S.E. (2020). Recognizing the Rights of Nature in Colombia: the Atrato River case. *Revista Jurídicas*, 17 (1), 13-41.
DOI: 10.17151/jurid.2020.17.1.2.

Received August 12, 2019
Approved December 16, 2019

Recognizing the Rights of Nature in Colombia: the Atrato River case

IVÁN VARGAS-CHAVES*

GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ**

ALEXANDRA CUMBE-FIGUEROA***

SANDRA-ESTEFANÍA MORA-GARZÓN****

ABSTRACT

This article studies the recognition of Río Atrato as a subject of rights through Judgment T-622-16 of the Constitutional Court, in a case without precedent in Colombian Law. To contextualize this jurisprudential milestone, the authors argue that the current regulations failed to protect the biodiversity and related rights of the inhabitants of the areas near the Atrato River. The methodology involved an analysis of the jurisprudential line of the judgments that preceded the case analyzed, as well as the study of theoretical postulates and current environmental regulations from an analytical-deductive approach. As results, the authors present the first jurisprudential line of the Río Atrato judgment, supported by their own reflections that demonstrate the birth of a new stage of environmental law in Colombia.

KEY WORDS: Atrato River, Biocentrism, Constitutional Court of Colombia, Rights of Nature, Water rights.

* Doctor of Juridical Science. Professor of Law (Full-time), Universidad Militar Nueva Granada, Faculty of Law, Bogotá, Cundinamarca, Colombia.

E-mail: ivan.vargas@unimilitar.edu.co; ivargas@outlook.com.
Google Scholar. ORCID: 0000-0001-6597-2335.

** Ph.D. in Sociology of Law. Professor of Law, Universidad del Rosario, Bogotá, Cundinamarca, Colombia.

E-mail: gloria.rodriguez@urosario.edu.co
Google Scholar. ORCID: 0000-0002-4194-1259.

*** Research Assistant. **Google Scholar.**
ORCID: 0000-0002-8407-2671.

**** Research Assistant. **Google Scholar.**
ORCID: 0000-0002-5901-2634.



El reconocimiento de los derechos de la naturaleza en Colombia: El caso del río Atrato

RESUMEN

Este artículo parte por analizar las condiciones de deterioro ambiental, que desde la Revolución Industrial se ha generado severos problemas no sólo para nuestras especies, sino también para todos los que habitan este planeta. La situación ha hecho que los sistemas legales propendan por el reconocimiento de derechos de la naturaleza como solución, siendo uno de estos ordenamientos jurídicos el colombiano. Por ello, este texto tiene como objetivo analizar los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional que han logrado este reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, para ello se utiliza la metodología de línea jurisprudencial, que permite identificar las tendencias de la Corte Constitucional de Colombia y demostrar el activismo judicial en esta materia, donde se da cuenta que es una doctrina del precedente que se ha ido consolidando en los últimos años, a partir de la adopción del enfoque ecocéntrico.

PALABRAS CLAVE: Río Atrato, Biocentrismo, Corte Constitucional de Colombia, derechos de la naturaleza, derechos del agua.

I. Introduction

Biocentrism is the moral theory that situates human beings as a part of Nature in the same scale of protection; it claims that human and all living beings deserve the same respect and value just because they are living things (Corte Constitucional, Sentencia C-449 de 2015). On the other hand, ecocentrism suggest that the earth does not belong to human beings, it is rather us the ones who belong to the many species that inhabit it. According to this approach, Nature has been recognized as the subject of protection in order to prevent anthropocentric activities from generating impact on Nature itself.

This recognition has been given by regulation in line with the recognition of the rights of Nature in the constitutions of Ecuador and Bolivia, and the jurisprudence in a large number of judicial sentences all over the world. In the case of Colombia, there are three judicial sentences that have already recognized certain entities of Nature as subjects of rights.

Thus, in 2016 the Constitutional Court of Colombia, in its judicial sentence T-622, recognized the Atrato River as a subject of rights. In 2018, the Supreme Court of Colombia held the Colombian Amazon was entitled to be included in the same category, in its judicial sentence STC4360-2018; also in that year, the Administrative Court of Boyacá recognized the Páramo de Pisba as an entity subject of rights¹ in its judicial sentence of August 9 (File 15238 3333 002 2018 00016 01).

This reality truly demonstrates that the High Courts have started to show a clear collective consciousness about the protection of certain rights that are conferred to all and that have an interest to all of us (Rodríguez, 2012). Also, it is clear by the recognition of the rights of Nature that the ethics of the survival of generations to come overpowers the human impulse to act against the environment and the natural resources.

This article analyzes the conditions of environmental deterioration that led the judicial system to take an active part in the solution of these complications caused by human beings in the first place. The basis of the recognition of the rights of Nature will also be studied, beginning with the evolution at an international

¹ However, to date September, 2019 other entities have been recognized as subject of rights, these are: (i) Coello River in judicial sentence of September 27, 2018 (File 11001 03 24 000 2012 00076 00, Consejo de Estado. (ii) La Plata River was recognized as a subject of rights in judicial sentence of March 19, 2019, Juzgado Municipal de La Plata - Huila. (iii) Combeima, Cocora and Coello Rivers in judicial sentence of the May 30, 2019 of Tribunal Administrativo del Tolima. (iv) The Tribunal Superior de Medellín recognized Cauca River in judicial sentence of June 29, 2019 (File 05001 31 03 004 2019 00071 01). (v) Pance River in judicial sentence of July 12, 2019; and (vi) Otún River in judicial sentence of September 12, 2019 of the Juzgado 4 Penal de Pereira; (vii.) Río Magdalena in judicial sentence of October 24, 2019 of the Juzgado Penal de Circuito de Neiva – Huila; Río Quindío in judicial sentence of December 5, 2019, Tribunal Administrativo del Quindío – Sala Cuarta de Decisión.

level, referencing the cases of Ecuador and Bolivia and finally undertaking the case of Colombia.

Afterwards, we will show how precedents have acquired a preponderant role as the basis of law, which facilitated legal pronouncement based on true judicial activism. With these preliminary considerations, the case of the Atrato River that led the Constitutional Court to recognize Nature as a subject of rights is delimited; that was the judicial sentence that stated the recognition of the rights of Nature in Colombia through jurisprudence.

Although the mentioned judicial sentence gives such recognition, we found precedents that show how the judicial sentence becomes an Archimedean point to past decisions. Thus, the recognition of the rights of Nature had its legal origin not in the judicial sentence of the Atrato River, but in a series of reflections of this High Court, beginning with its judicial sentence C-632 of 2011.

To achieve this, after describing the case of the Atrato River, the technique of elaboration of jurisprudence lines is methodologically used and, in this case, it will be used according to the referred case as the most recent judicial sentence, to make a sweep, create a web structure and identify the nodal points that will lead us to said judicial sentence. Finally, we will present a series of final conclusions.

2. Preliminary Considerations

2.1 Environmental Deterioration

The so-called Industrial Revolution introduced a series of changes that implied the economic transition from agriculture to industry, leaving behind agriculture and production through artisan methods developed for at least three quarters of the population worldwide. Its origins date back to the mid-eighteenth century in Great Britain, then it spread to the rest of Europe and the world, bringing about technological, economic and even social changes that later generated new patterns of consumption (Allen, 2009).

Thus, the self-consumption models were left behind and the economy was taken to the next level by focusing on factories and mass production for commercialization. The Industrial Revolution introduced new materials such as steel in the production chains, it also increased dependence on energy sources such as coal for steam engines, which were the standard of this revolution.

However, the process of industrialization has permeated the environment—in a direct and indirect way—by altering biodiversity and depleting resources due to the immeasurable use of natural resources, the excessive generation of

waste and contaminating substances, and the monopolization of land and seeds (Vargas-Chaves, Gómez-Rey & Rodríguez, 2018). This phenomenon occurs in industrialized and not industrialized countries as a consequence of the environmental passives left behind by industrialized nations (Goudie, 2018).

The inhabitants of said countries suffer the effects of industrialization in the environment, which affect their quality of life and life expectancy; the documented number of said cases are innumerable. In Colombia, one can recently mention the impacts on human health caused by the use of mercury derived from mining (Rodríguez-Villamizar, Jaimes, Manquián-Tejos & Sánchez, 2015); the use of glyphosate in crops used for human consumption are the cause of dermatological problems in children or spontaneous abortion (Solomon., Anadón, Cerdeira, Marshall & Sanín, 2008), and the use of asbestos in construction causes illnesses such as cancer (Ossa-Giraldo, Gómez-Gallego & Espinal-Correa, 2014).

There are some impacts that are imperceptible to human beings until the damage is imminent. In the case of the depletion of natural resources, the situation is different, since the ones that exploit them know beforehand that these resources are not renewable, and the impact caused by their depletion has the potential of making social and economic systems, which depend on said resources for subsistence, collapse.

The 'tragedy of the commons' has symbolized the degradation of the environment. It strikes when many individuals simultaneously take or use a scarce resource. According to Elinor Ostrom, there is no better way to manage a 'common use' resource by those involved, the market or the State. The reason is that the exercise of property rights allows access, extraction, exclusion management and alienation in the management of common property (Ostrom, 2000).

One of the characteristics of the modern industry as an heir of the industrial revolution has been its persisting tendency to increase the scale of production, which means that the environmental impacts they produce are also greater (Liverman, 1990; Panayotou, 1996). Climatic and environmental alterations have, not in vain, given place to dire predictions about the development of the biosphere in general and the questions of whether or not the live species of the planet will survive.

Therefore, the concern for the future is justified due to the environmental modification caused by men because it will reduce even more the access to basic needs such as potable water, affecting the health of inhabitants of countries under the threshold of development negatively, and also becoming a true threat to food security in countries of Africa, Asia and Latin America (Agarwal, 2014).

From the text published by Rodríguez & Vargas-Chaves (2015) one can obtain certain data. In the report about climatic change in Paraguay, published by the United Nations through the Economic Commission for Latin America, significant

reductions are foreseen in said country, the productivity of family agriculture, with important social impact on the sanitary field and a differentiated impact on illnesses such as dengue, malaria, diarrheal diseases, and acute respiratory infections would be observed (CEPAL, 2014).

Regarding water resources, the availability of water on a seasonal basis with a greater variability in precipitation would be affected. The effects of the rise in temperature accompanied with prolonged dry seasons would also cause damage. In the end, the cited report highlights that although the impacts to fauna and flora are difficult to predict, it is clear that some species could be benefitted and others could become extinct (CEPAL, 2014).

Either way, the economic and social costs of the global effects to the environment are very uncertain, yet the greatest danger resides in the potential of risking development not only of the poorest countries, but of all of those inhabited by the generations to come. Therefore, if some countries with resources are able to mitigate the global effects in the future, none will be able to withstand neither the burden in terms of loss of lives, nor the costs associated with the devastation that will be brought by the environmental altercations (Rodríguez & Vargas-Chaves, 2015).

Unfortunately, these countries -those that are able to mitigate the impacts caused by industrial activity- are those that will continue to have an excessive use of natural resources and will continue to cause impacts on the environment because of their pollution. As a consequence, the countries that do not have the capacity to mitigate the effects, *i.e.* vulnerable countries, will be the first to be affected by the damage caused to the environment due to industrialization (Liverman, 1990); their communities will also be affected, such is the case of the Colombian Amazon, which will be studied in the present article.

2.2 The Recognition of the Rights of Nature

The aftermath of the industrial revolution locates us in an atmosphere of environmental deterioration difficult to repair as a consequence of the decisions made through policies that have underestimated the place that human beings have in an environment that does not belong to them. It is also a consequence of the systems of production and the new technologies that have prevailed against the conservation of the environment for the sake of the new generations. This way of acting of humanity is coated with the power to modify Nature according to its own interests.

Nevertheless, the right to a healthy environment is considered a human right due to the social demands issued after the severe environmental crisis (Rodríguez, 2012). As a human right, Sanchez (2012) affirms, the environment must be protected and

guaranteed by rightful means and in equal conditions compared to other human rights, in order to guarantee the respect for human dignity.

In the legal field, the origins of the recognition of Nature as the subject of rights can be found in the Declaration of Stockholm of 1972 in which regulations especially related to environmental issues began to be observed. In the case of Colombia, it was the 23rd Law of 1973. In 1982, the General Assembly of the United Nations approved the international declaration of principles, known as the World Charter of Nature, by which the processes of decision making must recognize that the needs of all cannot be met unless the ideal performance of the natural systems is protected.

The United Nations Conference on Environment and Development held in Rio de Janeiro in 1992 also influenced positively the achievement of the recognition of the rights stated before. Therefore, there are many countries that have situated the environment as a superior judicial interest in their internal law, as will be shown in the following text. The cases of Ecuador and Bolivia have been the ones that helped to establish the right to Nature as fundamental to life.

Theoretically, several currents of thought have tried to put Nature in the frontline. For example, the environmental justice movement has been built over the foundations of environmental ethics, responding to a need for an even distribution of the burdens that fall upon the environment, to be able to support the opportunity to be a part of the participative dimension in the decision-making process of intergenerational equality (Rodríguez & Vargas-Chaves, 2015).

Another valid theoretical approach is given through the principle of responsibility of Hans Jonas, who by reinterpreting the imperative categorization of Kant, established a series of guidelines that allow present generations to assume their responsibility in the conservation of the environment and the natural resources so as to not compromise them for future generations.

According to the ontological ethic of this author, man is part of the world in all aspects and, in this sense, he has made decisions apart from the interests that will characterize it as a being that belongs to it; interests that comprise aspects such as preservation, welfare, and self-realization of its own species, and also life in its most ample concept (Jonas, 1985).

Also, the philosophic approach of deep ecology mentioned for the first time in 1972 by the Norwegian philosopher Arne Naess who asserts that all human acts must be in harmony with Nature and not opposed to it, for Nature in itself has an inherent value that does not depend on men.

For this author, human beings must feel connected with and be part of Nature so that anthropocentric stances are left behind and biocentric egalitarianism be advanced.

In other words, for changes to be made with respect to the actual industrial model of large scale production and immeasurable consumerism because, if these changes are not made, the destruction of diversity and beauty of the world, and the possibility of life of the human beings and any other species will be provoked (Drengson, 2005).

From the perspective of civil responsibility, the recognition of the rights of Nature is achieved indirectly with the assumption of the responsibility of whomever contaminates or causes any detriment to the environment. This view derives from a regime for which commutative justice is a plausible solution between the damage and to whom the damage is done (Pino, 2013; Ruda, 2008). The rights of Nature must be read in the face of the obligations imposed in the political constitutions that recognize them, without confusing them, by any means, with the right recognized to the human beings to enjoy a healthy environment (Martínez & Acosta, 2017).

If we stand by the aftermath of the severe environmental changes, we will see how these have been more collective than individual, as a consequence of, what for Ruda (2008) implies, the interdependence of the natural resources integrated in a single solution system of continuity or the ecosystem itself. Hence, if it is to attempt to equate the solution proposed by civil responsibility, the answer transcends the individual compensation of the damage when this damage is common, and a reason why it is not always possible to concretely determine the victims affected by the impacts caused to the environment.

Lastly, on a jurisprudential level, the recognition of the rights of Nature begin to arise from the judicial activism that judges and High Courts who see the need to regulate the protection of the environment and the natural resources through shared responsibility have assumed all over the world. During the last years, one can evidence the significant changes in this issue and the important advances in terms of environmental protection and the right to a healthy environment.

In this sense, the tendency to especially protect Nature through means of judicial law is now present in different countries. As Acosta & Martínez (2009) explain, it is a tendency that seeks to instrumentalize actions to crystalize the Universal Declaration on the Rights of Nature. This is the case in New Zealand, where the Natural Park Te Urewera was recognized as a legal entity under the Law te Urewera of 2014, as well as the Whanganui River in Law Te awa Tupua of 2014 and in December of 2017, Mount Taranaki under the Agreement in Principle signed by the crown and Ngāti Maru.

Similarly, in India, the Superior Tribunal of the State of Uttarakhand decided on March 20, 2017 to declare the Ganges River, its basin and tributaries as a living entity that has rights, with the purpose of preserving and conserving it.; this decision

that was overruled by the Supreme Court of India that learned of the case through an appeal. Ultimately, it is a tendency that is being adopted at a worldwide level.

Finally, another approach to this issue was adopted in the case of the Marañon River in Perú, one of the most important rivers of this country that, due to the crude oil spilling, illegal mining and the construction of dams, the flora and fauna of the Amazon and the inhabitants around this tributary suffered serious damage (Alegre & Quispe, 2017). Therefore, the President of the Republic, on June 16, 2018 issued the Supreme Decree N° 006-2018-MINAM that establishes the Area of Conservation of Regional Tropical Forests Seasonally Dry of Marañón to preserve the biodiversity of the tropical forests seasonally dry in this region.

2.3 The Rights of Nature in the Political Constitutions of Ecuador and Bolivia

The political constitution of Colombia of 1991 has been important in the protection of Nature to the point of being called the ecological constitution (Amaya, 2010). Nonetheless, as Rodríguez (2012) points out, it has been surpassed by the political constitutions of Ecuador and Bolivia in the recognition of rights, especially because those countries have stated the right to Nature as a fundamental right, given its connection with the supreme judicial interest of life (Baldin, 2015; Borràs, 2016).

The preamble of the political constitution of 2008 of Ecuador refers to Nature or Pacha Mama as a part of people and a vital element to their existence (Gudynas, 2009). In this political charter, the guidelines to strengthen the national unity in diversity are drawn in order to plan the national development, to eradicate poverty, to promote a sustainable development, to grant the equal redistribution of the resources and riches to achieve a well-being, and also to protect the natural and cultural patrimony of the country.

The concept of rights to a well-being includes the right to water and to a healthy environment; natural nonrenewable resources as inalienable, indisputable and infeasible patrimony, in charge of the State, are found. Likewise, the right to a healthy environment, article 14, recognizes the right of the population to live in a healthy environment that guarantees a good living. It is important to mention that the preservation of the environment is declared as a matter of public interest and the Ecuadorian state has the duty to promote solutions in the public sector as well as the private sector (Baldin, 2015; Gudynas, 2009; Rodríguez, 2012).

The recognition of the Rights of Nature in the Constitution is stated in article 71 that explains Nature, or Pacha Mama as the bearer and maker of life that has the right for its existence to be respected and preserved, and its vital cycles, structure, features and evolutionary processes to be regenerated. Every person, community, people or nationality can demand public authorities to enforce the rights of Nature.

Article 72 specifies the right of Nature to be restored independently from the obligation of the state and the actors of the civil society —either natural or legal person— to compensate the individuals or collectivities that depend on the natural systems affected. Lastly, article 74 describes that communities have a right to benefit themselves from the environment and the natural riches that allow them to live well and that the environmental services are not susceptible to appropriation; their production, provision, and use are regulated by the State.

The preamble of the political constitution of Bolivia, promulgated in 2009, recognizes Bolivians as people of plural composition, inspired by the fights of the past, the indigenous, social, and syndicate marches that originated the water wars and, as of October, the fights for land and territory. Thus, the state decided to guide its political charter towards respect and equality considering the search for well-being and collective coexistence with access to water, work, education, health and property.

The protection of environment, deemed as crucial for the present and future of all living things, is emphasized as an important component of the Bolivian constitution. This body of fundamental principles considers natural resources as a strategic and public interest that does not only belong to people. It also mentions that the activities related to natural nonrenewable resources are a need for the government and a public profit that is fully controlled (Rodríguez, 2012).

In relation to natural resources, the Bolivian constitution establishes in article 33 that the government has the obligation to guarantee their responsible and planned use in order to promote their industrialization through development and their preservation for the well-being of present and future generations (Vargas, 2012).

This disposition declares that all people have a right to a healthy, protected, and balanced environment and that this right allows individuals and collectivities of present and future generations, apart from other living things, to develop in a normal and permanent manner (Borràs, 2016).

Article 349 also establishes that natural resources are a property of direct, indivisible and inalienable domain of the Bolivian people and that the government is in charge of their administration since they have a collective interest. The natural patrimony of public interest and strategic character for sustainable development is considered in article 346.

2.4 The recognition of the rights of Nature in Colombia through the sentence of the Atrato River.

2.4.1 The value of judicial precedent in Colombia

With respect to legal activity, the 1991 Colombian Constitution establishes in article 230 that the administration of justice, *i.e.*, jurisprudence, general principles of law, equity and doctrine, is under the rule of law and that the rest of law sources are ancillary.

Nonetheless, according to López-Medina (2006), to jurisprudence, an important value is stated in the legal system of the law in Colombia from the same year of the judicial enactment of the political charter. In 1995 the Constitutional Court started to have a strong tendency towards considering jurisprudence as a binding source to public officials, judges and the rest of the citizens. It is evident in judicial sentence T-123 of 1995, and later in sentences such as C-037 of 1996, SU-0477 of 1999 and, more clearly, in C-836 of 2001, whose article 4 was interpreted in Law 169 of 1896 in order to refer to the comprehension of the judicial precedent that drifts away from the traditional theories of the sources by claiming that a source is binding in the legal system (López-Medina, 2016).

Therefore, between 2002 and 2015 the issue of the jurisprudential doctrine is developed by the constitutional court in two big areas: the first one refers to the mechanisms of monitoring and applying effectively the constitutional precedent by means of the judges, and the second one, from the role of the legislator, refers to the doctrine of precedence that has been given a higher value, with the sole purpose of supporting the decongestion of the legal system, and, specifically the administrative contentious jurisdiction, as asserted by López-Medina (2016).

In spite of the mentioned issues and the reiterated emphasis of the Constitutional Court on the doctrine of precedents, according to the same author, the decisions of the instance judges have been strong in certain cases, which allows us to find the incoherence in regards to the jurisprudential lines in the High Courts, in disobedience of the vertical precedent, or regarding their own decisions as horizontal precedent. This has generated the so-called train wreck that describes the institutional conflicts via *tutelage* (a mechanism included in the Colombian Constitution that protects the individuals from the denial or infringement of their constitutional rights by any public authority) in the organisms that solve discrepancies in decisions between the Constitutional Court and the Supreme Court, or between the Constitutional Court and the State Council, or between the Supreme Court and the Supreme Council of the Judiciary (Agudelo-Osorio, 2016).

Thus, the Constitutional Court has established a series of criteria by which it intends to maintain its coherence among its decisions, and also to set its validity in the legal system. Such criteria are: the mechanisms of monitoring and the mechanisms of sanction for the disregard of the precedent that are found in: (i) the revision, where the Constitutional Court has the faculty to unofficially revise certain tutelage and ascertain the fulfillment of jurisprudence; (ii) the tutelage permitted by the constitution and the law to protect fundamental rights where the judges have reached a decision incoherent to precedent; (iii) the revision of the nullity of sentences in the Court permitted by decree 2067 of 1991 when a violation of due process or disregard to the jurisprudential doctrine are faced; and, finally, (iv) penal sanctions for the disregard of precedent based on facts used by the High Court until the year 2008 (López-Medina, 2016).

In virtue of the recognition of the doctrine of precedent, the legislator has followed the tendency included in the laws of what is known as contentious administrative proceedings (Laws 1295/2010 and 1437/2011) and in the Code of General Proceedings (Ley 1564/2012) where it is given a strong value in the jurisprudence of the legal system.

2.4.2 The Case of the Atrato River

The tutelage, that successfully made the Constitutional Court recognize the Atrato River as a subject of rights, was filed by the Center of Studies for Social Justice “Tierra Digna”, in representation of the Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular Campesina del Alto Atrato (Cocomopoca), the Consejo Comunitario Mayor de la Asociación Campesina Integral del Atrato (Cocomacia), the Asociación de Consejos Comunitarios del Bajo Atrato (Asocoba), the Foro Inter-étnico Solidaridad Chocó (FISCH) and others, against the Presidency, the Ministry of Health and Social Protection, the Ministry of Environment and Sustainable Development, the Ministry of Mines and Energy, the Ministry of Agriculture, the Ministry of Defense, the Ministry of Home, City and Territory, the municipalities of Acandí, Bojayá, Lloró, Medio Atrato, Murindó, Quibdó, Vigía del Fuerte, Turbo, Riosucio, Río Quito, Unguía, Carmen del Darién, Bagadó, Yuto de Carmen de Atrato, the Center of Studies for Social Justice “Tierra Digna”, the Corporation for sustainable development of the Urabá – CORPOURABÁ, the Autonomous Regional Corporation for Sustainable Development of Chocó – CODECHOCO and others.

This was done for the protection of their fundamental rights to life, health, water, food security, healthy environment, culture, and the territory of ethnic communities and the petitioners. A series of orders and measures were requested to allow articular structural solutions to respond to the severe crisis in the matters of health, socio-environmental crisis, ecological crisis and humanitarian crisis that are found in the Atrato River basin, its tributaries and adjacent territories, derived from illegal mining and the inaction of the authorities.

Because of this, the Court posed the following judicial issue: Due to the activities of illegal mining in the basin of the Atrato River (Chocó), its tributaries, and adjacent territories and the omission of the defendant government authorities (in charge of taking care of this situation at a local and national level), there is a violation of the fundamental rights to life, health, water, food security, healthy environment, culture, and territory of the ethnic communities as petitioners.

In order to settle this issue, the Court began by considering that, according to article 8 of the Constitution, the government and the society have the fundamental obligation to care for the natural and cultural riches, as well as to protect the environment with the purpose of preventing, and controlling the factors of environmental deterioration, seeking their conservation, restoration and sustainable development.

Additionally, the Court asserts that the protection of forests, rivers, food sources, and biodiversity as elements of a healthy environment have a direct relation and interdependence with the guarantee of the rights to life, health, culture and territory as biocultural rights. Thus, the elements of this approach have an intrinsic relation among Nature, culture and the diversity of the human species as a part of Nature and the manifestation of multiple forms of life, by which the conservation of biodiversity requires the preservation and protection of all ways of life and cultures that interact with it.

Consequently, after evaluating the proof of the case and the judicial inspection of the Court with the petitioning communities and other government entities, Codechocó, Corpourabá, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, the experts of the Universities of Cartagena and Chocó, international organisms such as the UN and non-governmental organizations such as Dejusticia and WWF Colombia, among others. The court confirms *in situ* the extensive use of heavy machinery and toxic substances such as mercury in the process of gold extraction from the Atrato River and its tributaries.

After understanding the presence of illegal mining activities in the Atrato River basin and its tributaries, as well as the direct and indirect effect in the fundamental rights to life, health, and a healthy environment of the ethnic communities that inhabit this region along with the lack of scientific certainty, the Court determines that the case requires the precautionary principle in environmental law. The protection of the right to health is represented in the following actions: (i) to prohibit the use of toxic substances such as mercury in activities of mining whether legal or illegal; and (ii) to declare the Atrato River as a subject of rights that imply its protection, conservation and preservation.

Also, the Court considers that the activities that contaminate and severely threaten water resources and forests due to illegal mining directly affect the availability, accessibility and sustainability of food production for the ethnic communities that inhabit the Atrato River basin and its tributaries.

With respect to the responsibility of the authorities towards preventing the violation of the rights to the petitioners, the Court establishes that the neglect in taking effective action to stop the activities of illegal mining has generated a severe humanitarian and environmental crisis in the Atrato River basin (Chocó), its tributaries and adjacent territories. The national government and its mining and environmental authorities are responsible for the eradication processes of illegal mining and, in cases of legal mining, for the previous consultation with ethnic communities that can be affected in their collective territory or territories and their traditional ways of life.

Thus, the Court considers that there is a violation to the rights to territory and culture of the ethnic communities in the Atrato River basin as a consequence of the implementation of the activities of illegal mining.

As previously stated, the Court decides to declare the existence of a severe violation of the fundamental rights to life, health, water, food security, a healthy environment, culture and territory of the ethnic communities that inhabit the Atrato River basin and its tributaries. It also recognizes the Atrato River, its basin and tributaries as an entity subject of rights, which involves its protection, conservation and preservation.

The recognition of the rights of Nature is based on overcoming its utilitarian vision, which is limited and disproportionate. In this context, judges and High Courts in Colombia have decided to judge environmental conflicts because entities are subjects of law. The explanation for this intervention lies in the fact that environmental law from a traditional perspective has failed (Gómez-Rey, Vargas-Chavés and Ibáñez-Elam, 2019).

Unlikely, according to authors as Wei-xian (2010), the rights of Nature are only fiction of rights, as well the rights of future generations. This fiction is the result of the shape of thinking to solve the environmental crisis and it also undermines the traditional theory of new rights. In the context of alienated language in the postmodern semantics, the judges must prudently use “right” as term and concept (Wei-xian, 2010).

3. Methodology

The jurisprudential line, according to López-Medina (2006), is the not so abstract idea found in a graph, in which a question or judicial problem is depicted, well defined and followed by its possible answers that generally are bipolar stances, for the exercise of traceability of the sentences to be achieved, so as to allow one to see the tendency in matter of the decisions made in one or more approaches to cases of the same judicial fundamental problem.

Methodologically, the research that precedes this article was based on the study of a jurisprudential line about a judicial problem identified by a question that, according to López-Medina (2006), leads to a not so abstract idea—for example, the extent of a right or a case with very specific characteristics—as it was to determine the ecocentric approach of the Constitutional Court. In this sense, the exercise of traceability of the sentences allowed us to identify through the nodal points its tendency in decision making.

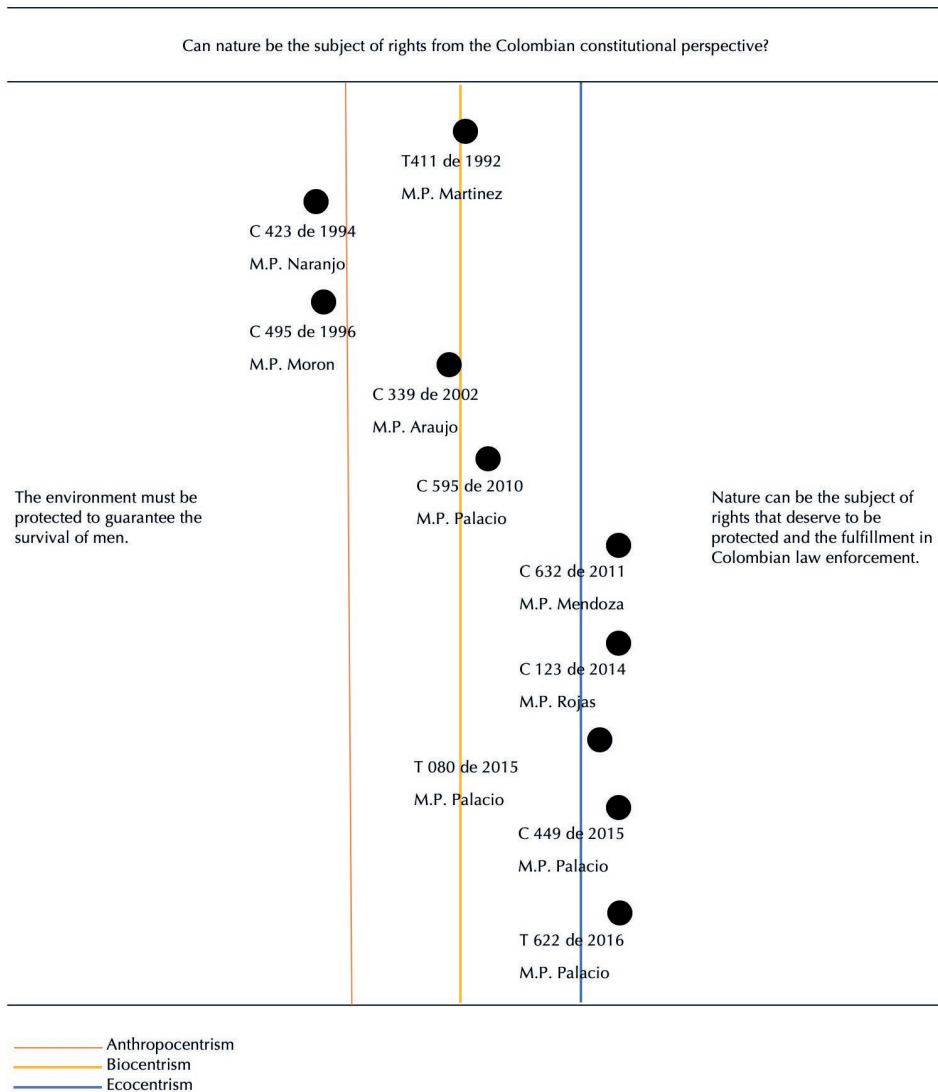
Firstly, it is necessary to emphasize that this research used an analysis technique that led us, in the first place, to find an Archimedean point, which is the most recent sentence (T-622 of 2016) of the Court about the judicial problem. That sentence, recognized the Atrato River as a subject of rights. In fact, our research question that deals with the possibility of creating a jurisprudential line of the same sentence that marked the beginning of the recognition of the rights of Nature in Colombia was developed from the same sentence.

Secondly, we used the before mentioned method that deals with process of engineering the inverse line and consists of finding, through the Archimedean sentence, those cited sentences related to the research subject.

Finally, the creation of a 'jurisprudential web' to identify the nodal points which lead us to the landmark sentence in which the legal reasoning is based upon, and the sentence that founded it, which is the one that dealt with the issue in the first instance.

Thanks to this 'web', we were able to identify the sentence that solved the judicial problem and, through the graph, the tendency of the Court. This method is useful because it allows the researcher to arrive at the consolidating sentence of the line, where the Court reaffirms its position, and the modifying sentence, where the Court steps away from its initial position, and also the reconceptualizing sentence, that takes various different concepts and unifies jurisprudence in a certain issue.

4. Results



4.1 Archimedean point

Based upon the methodology proposed, it was necessary, in the first place, to find an Archimedean point for the judicial problem posed, that is, the most recent sentence that addressed the subject, which was in this particular case T 622 of 2016, wherein

the Atrato River was recognized as a subject of rights and marked a turning point in the recognition of the rights of Nature.

This sentence, as previously stated, discussed the case of the Afro-descendant and indigenous communities that live in the riverbeds of the Atrato River, its tributaries and the territories nearby in the Chocó District, and that live on artisan mining, agriculture, hunting and fishing, which has existed for many centuries and guarantees the complete supply of their dietary needs.

However, illegal mining is practiced in a large scale by certain armed outlaw groups that produce serious contamination of this river and its tributaries, a scourge that has not been stopped due to the omissive attitude of the government. Thus, the fundamental rights to life, to health, to water, to food security, to a clean environment, to culture, and to territory of the ethnic communities inhabiting the basin of the Atrato River and its tributaries, have been affected.

Therefore, the Court, after considering that the activities of illegal mining can undermine health and the environment, and that there exists scientific uncertainty of the adverse effects of the toxic substances used for this activity, finds it appropriate to apply the precautionary principle, to protect the right to a clean and healthy environment, and to protect the wellbeing of the people that inhabit this territory. They also decided to ban the use of toxic substances, such as mercury, in the activities of legal or illegal mining, and recognized the Atrato River as a subject of rights, for its protection, conservation and preservation.

In this sentence, the Court cites certain decisions in which it had addressed the issue in a general manner, without recognizing a certain entity as a subject of rights, but that serves as theoretical foundation to justify the decision made and construct the citational niche.

4.2 Study of the Jurisprudential Line

In sentence T 622 of 2016 the Court recognizes a particular entity of Nature as a subject of rights to guarantee its protection, conservation and preservation: the Atrato River, and its tributaries. However, the High Court had been adopting the judicial approach of biocentrism during past decisions, as can be seen in their citations. The court has adopted three approaches to fulfill the constitutional disposition to protect the environment: anthropocentrism, biocentrism, and ecocentrism. Anthropocentrism was adopted during the initial decisions about this kind of protection, biocentrism was adopted during the first decade of the 2000s, and ecocentrism was used to base decisions referring to Nature as a good to protect by itself.

Similarly, sentence C 449 of 2015 contains an action of unconstitutionality for which the partial unenforceability of sections 3 and 4 of Article 42 of Law 99 of 1993 is declared. It refers to the retributive and compensatory taxes because, for the petitioner, these dispositions violated constitutional article 338 since only laws, ordinances and agreements can establish the taxable bases and tariffs of taxes. Therefore, it cannot be done by an administrative authority as it is the case of the Ministry of the Environment and Sustainable Development, which disregards the principle of tax legality in an ample sense.

Then the Court establishes the following judicial problem: “Does article 42, of Law 99 of 1993, partially violate the principle of tax legality as rendered in article 338 of the Constitution by delegating the definition of annual bases on which the calculation of the depreciation of natural resources is based (section 3) and the power to apply the method (as provided in section 4) for the definition of the costs on which the base would be fixed of the amount of taxes of the compensatory taxes for environmental contamination is based, to an administrative authority, when according to the law it can only determine the taxable bases and rates of the taxes?” (C 449 de 2015).

Hence the High Court proceeds to declare that the recognition of Nature has been historically slow and difficult; particularly in Colombia, great progress was made in the Constitution of 1991 that adopted anthropocentrism, biocentrism, and ecocentrism as the different judicial approaches to protect the environment through legislation and jurisprudence.

Anthropocentrism perceives human beings as the most valuable and the sole reason for the existence of the legal system, because they are the only rational worthy and complete beings in the planet, which situates natural resources only as simple objects at their service. Therefore, the most important is to guarantee the existence of the human species.

Biocentrism conceives that Nature does not belong exclusively to the human beings that inhabit it, but to future generations as well, and to humanity in general, thus, its protection makes sense because it guarantees the survival of the human species.

Ecocentrism proposes that earth does not belong to human beings, but rather the opposite just like the other species, and human beings are nothing more than an event in the long chain of evolution of the planet. Therefore, Nature is the authentic subject of rights that must be recognized by the states and exercised through the use of tutelage of legal representatives.

Then, the Court proceeded to study the guiding principles of environmental law, including the principle of sustainable development, *i.e.*, the one who contaminates,

must pay compensatory fines, the principle of prevention, and the precautionary principle to refer to the compensatory taxes for environmental contamination. They are meant to aid in the recovery of the costs generated by the uses of the atmosphere, the soil and the water allowed by the environmental authorities to introduce or dispose waste, either from agriculture, mining or industry, black waters or of any origin, smoke, fumes and toxic substances produced by anthropic activities, or promoted by man, or the economic activities or services whether or not lucrative. Hence, the High Court decided to declare sections 3 and 4 of article 42 of Law 99 of 1993 constitutional.

In sentence T 080 of 2015 the Court reviewed a *tutelage* against the judicial sentence of the Superior Court of the District of Cartagena that underestimated the claims of the popular action that asked for the ecological damage to be recognized, because it was produced by the Dow Química company of Colombia S.A. Such company dumped a chemical component called “Lorsban” that has as an active element “Chlorpyrifos” in the Bay of Cartagena in June of 1989, therefore, it should pay a compensatory fine; the Court studied if the environmental damage had been caused by this component, although it was biodegradable.

Accordingly, the Court emphasizes that the Colombian constitution considers Nature as a transversal element thought as important because of their interdependence with all living things on earth. It also recognizes human beings are part of the global ecosystem rather than dominant beings or users. Thus, jurisprudence of this entity sustained that Nature does not encompass exclusively the environment and surroundings of human beings, but it is in itself a subject of its own rights and as such, those rights must be protected and guaranteed.

Also, the Court establishes that the environment in the Colombian constitution has acquired relevance because it represents not only an objective of principle in the social rule of law, but also a fundamental right for its relation to life and health, and a collective right that jeopardizes the community, which represents a duty to all. Furthermore, because it is an environmental affectation that generates legal responsibility for the damage, even if the ecosystems have the way to recover, not accepting it constitutes a lack of environmental protection under the excuse that Nature will recover and reaching its balance eventually.

Hence the Court decided to revoke the sentence passed by the Superior Court of the District of Cartagena that underestimated the claims of the *tutelage* and disregard it instead, order the community to be part of the recovery of the affected zones, and make the Dow Química company recognize in a newspaper the human and institutional flaws caused by the dumping of the chemical substance in the Bay of Cartagena, explain the circumstances, ask for public forgiveness for the damages, and commit to never repeat the action.

Recently, in sentence C 123 of 2014, the Court studied an action to declare article 37 about the legal prohibition of Law 685 of 2001, that issues the Code of mining and dictates other provisions unconstitutional as well as article 2 of the regulatory decree 0934 of 2013 because they violate articles 1, 2, 79, 80, 82, 288 and 313, sections 2, 7 and 9 of the Constitution. It happens every time it disregards the duties assigned to the municipal councils, which causes the violation of the principle of autonomy; additionally, this article makes it impossible to fulfill the duty of protecting the environment by way of the municipal councils.

In fact, the Court poses a judicial problem: if the legal prohibition of municipal and district councils regarding the ability to exclude mining from their territories does not permit their land development plans to address such issues apart from not permitting the district and municipal authorities to regulate the uses of the soil in their own territory. Consequently, it is impossible to protect the environmental and cultural patrimony of the Nation.

Thus, the High Court established that the concept of environment is complete because it involves different elements that participate in its surroundings that allow the development of the life of human beings, flora and fauna. This led to the protection not only of the environment, but also of the elements that are part of it, no matter if they are useful or necessary for the development of human life, such that the protection of Nature overcomes the utilitarian notions, and becomes respected, and the city is founded on ontological conceptions.

Consequently, as the Court notes, the constitution assigned the government the duties of (i) protection of the environment's diversity and integrity, (ii) safekeeping of the nation's natural resources, (iii) conservation of areas considered of special importance, (iv) promotion of environmental education, (v) planning management and use of the natural resources based on the principle of sustainable development, (vi) prevention and control of environmental deterioration, (vii) sanction and demand of the environmental damages repair, and (viii) cooperation with other nations in the protection of ecosystems located near the frontiers.

Because of this, when dealing with mining activities, the license given does not represent the end of the environmental protection process of the project, or mere environmental protection because it originates the fulfillment of the requirements and conditions stated in the license in dealing with environmental effects. Therefore, the Court declares the norm demanded, constitutional.

In sentence C 632 of 2011, the Court studies whether or not to declare constitutional article 31 that refers to the compensatory measures taken and paragraphs 1 and 2 of article 40, that refer to the sanctions established in Law 1333 of 2010 that establishes the procedure for sanctioning environmental damage and other provisions.

In this case, the petitioner bases his claims on the fact that the afore mentioned provisions violate the constitutional principle of *non bis in ídem* of article 29 since it is an environmental violation, which generates two different processes with the same claim, *i.e.*, twice the compensation for the damages caused: one assigned by the administrative environmental authority, and the other by the competent judicial authority.

This generates the profit without just cause of the administration by receiving twice the compensation of the damage and a violation of the principle of interdiction of arbitrariness as indicated in the preamble and in articles 1 and 2 of the constitution. The attributions of jurisdictional duties of the administrative authorities without the full compliance of the presumed premises established in the constitution for this matter must be added.

Hence, the Court poses the judicial problem in the present case to establish whether or not the legislator, by including the compensatory measures in the penalty system and by assigning the administrative authorities the duty to adopt them, disregarded the guarantees of *non bis in ídem*, the principle of legality of the sanctioning and the principle of legal reservation, as well as the principle of separation of powers" (C 632/11).

The court indicates that the objective to have a healthy environment is justified in relation to the right of life, right to health and physical integrity of the people because the authorities around the world have to provide legal mechanisms, even preventive ones, and to act in situations of risk or environmental damage, as well as to recognize the responsibility to take care of toxic effects not only for the victims, but also for the ecosystem itself. Hence, it is necessary to recognize that Nature is not only seen as the environment and surroundings of human beings, but as a subject of its own rights that must be protected and guaranteed.

Thus the High Court indicates that since the administrative field has the power to impose penalties, it is oriented to the protection of the organization and performance of the jeopardized or disregarded public interest. That is why they are completely capable of adopting repressive measures against the administrated parties, and against the public officials, when dealing with contrary conducts of the legal system, always seeking for the non-violation of the constitutional guarantees to due process. Therefore, the Court decided to declare the mentioned articles as constitutional.

The Constitutional Court, in sentence 595 of 2010, studies whether the paragraph of article 1 about the presumption of guilt or deceit for environmental infringement, and paragraph 1 of article 5 about the weight of the proof that the environmental infringer has to outweigh the presumption of guilt or deceit found in law 1333 of

2009, which establishes the procedure to penalize environmental infractions and dictates other provisions are constitutional.

The petitioner points out that the sections cited violate articles 29 and 4 others of the Constitution by establishing an administrative procedure to penalize infringers based on the presumption of guilt or deceit of the investigated —the presumed infringer— because the principle of presumption of innocence is applied, and the principle of supremacy of the constitution (Article 4) is disregarded by foreseeing that, in a penalty proceeding, the government does not have to outweigh the presumption of innocence and that it is the accused who has to outweigh the presumption of guilt.

In virtue of the claims made, the Court claims that the judicial problem to be resolved is whether or not the paragraph of article 1 and the paragraph 1 of article 5 of law 1333 of 2009 violate the principle of presumption of innocence in article 29 of the constitution, by presuming the guilt or deceit of the infringer and investing in the weight of the proof that the administrative environmental penal law dictates. To solve this, the Court indicates that the constitution of 1991 attributes a special relevance to the environment as a good to be protected and because of its relation to the living things that inhabit the earth. This is seen in the fact that the environment is a legal asset constitutionally protected through the actions of the government and the concurrence of people, society and the rest of the authorities.

All stated before, since conservation and the perpetuity of humanity depend on the unconditional respect to the environment and its unyielding defense because it is an indispensable element that allows and guarantees existence and full life. Thus, the importance of a healthy environment means renouncing to life itself, and the survival of present and future generations is ignored.

Therefore, the Court considered the presumption of guilt and deceit in environmental terms not contrary to the Constitution because it does not exclude the government from an active presence in the process of environmental sanctioning nor does it give the infringer the title of alleged perpetrator. Meaning that the environmental authorities are obliged to verify the conduct, and, if in the case of an environmental infraction, a possible exoneration of responsibility.

For the Court, the basis of all is the precautionary principle, from which not only answers are given until there are consequences for the actions taken, but where an active position of anticipation is taken, to prevent future environmental affectations to optimize the surrounding natural life.

Consequently, the High Court decided to declare paragraph of article 1 and the first paragraph of article 5 of Law 1333 of 2009 constitutional.

Before this decision, the Court took the issue of environmental protection in sentence C 339 of 2002, where a claim of unconstitutionality was filed by a citizen against article 3, the part about general regulation; article 4, of general regulation; article 18, the part about requirements for foreigners; article 34 about anti-mining zones; article 35 partially about restricted zones for mining; and, article 36, partially about the effects of exclusion or restriction of Law 685 of 2001, "by which the Charter for Mining and other provisions is issued."

For the petitioner, said provisions violate the preamble and articles 1, 2, 4, 5, 8, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 38, 44, 58, 63, 65, 72, 79, 80, 82, 84, 85, 93, 95, 150, 158, 209, 230, 277, 288, 313, 333, 334, 360 and 366 of the Colombian Constitution, in the sense that they disregard that environmental laws are of preferential application and are related to the duty of protection, preservation and conservation of the environment, added to the fact that the claims made against said articles sponsor the destruction of the environment, among other claims made.

In this context, the Court establishes in its considerations that the constitution of 1991 has among its primary objectives, the protection of natural resources and a healthy environment (articles 8, 79 and 80 of the constitution) because the risk that humanity must face is not only the destruction of the planet, but of life itself. Considering that the human species is a product of the evolution that the planet has achieved over millions of years, if we continue destroying the biosphere that has permitted this evolution, we are destined to, not only the loss of quality of life of the present and future generations, but also the disappearance of the human being.

Thus the High Court found as an obligation of the government, relating to the protection of the environment, the following three aspects: (i) the ethical standpoint that begins using the principle of biocentrism that considers human beings as part of Nature, giving both the same value; (ii) the economic standpoint, that understands that the productive system cannot extract resources or produce waste without limits since it must adjust to the social and environmental interests and to the cultural patrimony of the nation (articles 333 and 334); and (iii) the judicial position that states that the law and the government must protect the dignity and liberty of a human being over other human beings and must also look out for the depletion of natural resources, that requires new values, norms, judicial techniques, and principles that put collective values above individual values (articles 67, subparagraph 2, 79, 88, 95 section 8).

What serves as the foundation for the Court to declare articles 3, 4, 18, 34 -sections 1, 2, 3 y 4- and 35 of Law 685 of 2001 that issues the Code of Mines and where other provisions are dictated are constitutional, and that the expression of article 35, and a part of article 36 are unconstitutional.

Similarly, sentence C 495 of 1996, where the Court studies whether or not articles 42, referring to compensatory taxes on the direct or indirect use of the atmosphere, water or soil, to introduce or dispose of waste and toxic substances from anthropic or man-made activities, or economic activities or of service, either profitable or not, and paragraph; article 43, referring to the taxes for the use of water and its paragraph; and article 46, section 4 of the patrimony and revenue of the autonomous regional corporations of Law 99 of 1993, and article 18 of the Executive order 2811 of 1974 that refers to the use of the atmosphere, the rivers and soil for the uses mentioned.

To establish that the articles are unconstitutional, the petitioner says that the provisions cited, violate what has been established in article 150, section 11, and articles 154, 338, 359 and 363 of the Constitution, since the legislative initiative is of fiscal Nature, apart from the fact that national revenue cannot be assigned to the patrimony of the Autonomous Regional Corporations. Also, the petitioner presents that by taxing four times, and simultaneously, the use of water in the events signaled by the law, a tributary inequity is imposed.

Finally, the petitioner upholds that the norms demanded violate the principle of legality in the sense that they are not rightfully determined, not including the elements of obligation, as well as the system and method to fix them.

Based on this, the Court studies whether or not the norms are constitutional, beginning with the affirmation that it is undeniable that today, to be able to determine the judicial principles, the need to protect the environment and to give people their related rights cannot be disregarded. Thus, the Court found that environmental resources are an issue of vital importance in the constitution, which is why they constitute a patrimony to all the people of Colombia, and that it is the responsibility of the head of the state to plan and use the natural resources to procure a sustainable development and of the citizens to promote its conservation and preservation.

It is why the High Court deduces that authorities can issue norms relating to the protection of the environment or seeking to reestablish it, when possible, thus the compensatory rates of the demanded norms represent with certainty the generation of economic costs for those that cause harmful effects to Nature. This is, a corrective measure to heal the affectation to the environment produced by the usage of the natural resources, which relates with the purposes of the Constitution.

In fact, the Court finds that the rules of article and its paragraph, and number 4 of the article 46 of the Law 99 of 1993 are constitutional because they adjust to the constitution, and it represses to rule about article 18 of the executive order 2811 of 1974.

Sentence C 423 de 1994 was interposed by a citizen to demand the articles 34 about the Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y Oriente de la Amazonía, CDA; 35 of the Corporación para el Desarrollo Sostenible del sur de la Amazonía, CORPOAMAZONIA; 36 referring to the Corporación para el Desarrollo Sostenible de la Sierra Nevada de Santa Marta, CSN; 37 of the Corporación para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, CORALINA; 38 of the Corporación para el Desarrollo Sostenible de la Macarena; y 41 about the Corporación para el Desarrollo Sostenible de la Mojana y San Jorge, CORPOMOJANA of Law 99 of 1993. It states “by which the Ministry of the Environment is created, the public sector is reorganized and in charge of the management and conservation of the environment and the natural renewable resources, the National Environmental System (SINA in Spanish) is organized, and other provisions are taken.”

As a basis, the petitioner manifests that Congress over passed its constitutional duties, found in article 150, in that, it does not have the faculty to create regional corporations and less so, the autonomy of the development of their activities. Also, the creation of these new entities favors the centralism that the framers of the constitution tried to stray away from.

Therefore, to solve this action of unconstitutionality, the Court states that article 150 of the Constitution establishes the general duties of congress, that it finds a limitation in the same dispositions of this article. Also, that the protection of the environment can be achieved by two means: (i) by way of the State, that uses civic participation and the fulfillment of its constitutional duties, apart from the creation of public policy that pursue this purpose, and (ii) by way of the judicial, by means of the implementation of judicial mechanisms for preservation or sanction.

However, the protection of the environment finds its meaning because it guarantees general prosperity and the public interest, in the understanding that natural resources are primordial to the prevalence of the population of Colombia and the entirety of humanity. This is the reason why the Court finds as a given that the articles pertain to the Constitution and declares them constitutional.

Hence, the line begins at the judicial sentence T 411 of 1992, where an action of protection by a citizen is presented in his condition as legal representative of the Industria Molinera Granarroz Ltda., and as a natural person, based on the following facts: in the development of the activity of the Mill, specifically with the management of the residues of raw materials —rice hulls— that were abandoned and afterwards burnt, pulmonary and respiratory illnesses originated in the inhabitants of the area surrounding the mill, reason that led the mayor of the city to decide to close the mill down, due to the affectation to the health caused by this activity, and the effects on the environment, for the mill did not possess an operating license.

Therefore, seeing this, the plaintiff asks the judge, using tutelage, to prevent the mayor from closing down the mill because of the quantity of losses and damages that closing down the mill could cause to the legal entity, and also the violation of the 25th article of the Colombian constitution relating to the right to work.

However, the judge did not grant the tutelage because he considered that there was no violation to the right to work, and indicated that the public interest is above the private interest.

Thus, the Court poses the question that the judicial problem of the case is: To determine if a violation to the right to work of the plaintiff does exist when the mayor orders to close down the mill? For this case, the Court determined in first place that, although the individual does possess rights that must be protected, such as described in the constitution, here the problem must be looked at in a social dimension, for, although the rights, guarantees and duties should be protected, in them, the protection of the environment, for it is vital to human beings, such as art and culture, for it belongs to the people that there inhabit it, but also belonging to the generations to come, reason for why it must be protected and conserved for the following generations that will later inhabit it.

The Court also recognized that, man is not the omnipotent owner of the environment, being able to do as he pleases with it, but that, on the contrary, man is part of Nature. Therefore, the Court decided to verify the judicial sentence given by the prior judge, where the tutelage was not granted in reason to the right to work.

We emphasize that the Constitutional Court in recent years has protected Nature as a whole, based on the recognition of its rights. However, with the judgment of the Río Atrato the Court made further progress by declaring it as a subject of rights. An unprecedented fact because it is an entity of Nature. The key issue of this ruling is the importance of the river for the ecosystem balance and the survival of people.

This precedent has served as support for the judges of different instances to declare other entities as subjects of rights. This has opened the discussion on the role of judges in these matters, as well as on the concept of subjects of law. Finally, it is necessary to indicate that this new paradigm represents a very important task for the legislator in Colombia.

After all that has been stated, the question that should be answered is the central theory of the rights of Nature. *Is it necessary to give legal identity or fundamental rights to the elements of the environment to be able to fulfill the constitutional dispositions of protection, conservation and reasonable planification of the environment?*

Conclusions

In virtue of the afore stated, it is necessary to understand that the present investigation does not intend to provide a solution for the issue of the protection of the environment through judicial ordainment to obtain its conservation, preservation and/ or restoration like so, but it is the result of the inquiry of the constitutional jurisprudence of Colombia referring to Nature as the subject of protection using the approaches developed by the same jurisprudence, which are anthropocentrism, biocentrism and ecocentrism.

Therefore, a major breakthrough related to the protection of the environment is evidenced around the world in statutory terms, especially in Colombia, that as a pioneering country, has adopted an ecocentric judicial approach to ensure the fulfillment of the constitutional obligation of the State and society in itself to procure the care of natural and cultural riches and also to protect the environment and propend for its conservation, restoration and sustainable development.

This approach, as it was seen in the development of the investigation, understands the earth as not belonging to the human beings, but as the human being belonging to Nature such as any other species, thus, human beings cannot be the owners of other species, or of the biodiversity, or of the natural resources or of the destiny of the planet. Therefore, it was determined that an effective measure to protect the environment is to declare it a subject of rights and as such, for them to be guaranteed.

Bibliographic References

- Acosta, A. & Martínez, E. (Ed.). (2009). *Derechos de la naturaleza: el futuro es ahora*. Quito, Ecuador: Abya-Yala.
- Agarwal, B. (2014). Food sovereignty, food security and democratic choice: Critical contradictions, difficult conciliations. *Journal of Peasant Studies*, 41(6), 1247-1268. DOI: <https://doi.org/10.1080/03066150.2013.876996>
- Agudelo-Osorio, J.D. (2016). *Choque de trenes: tutela contra sentencias, concepciones del Derecho y constitucionalización del ordenamiento jurídico colombiano* (tesis de pregrado). Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
- Alegre, N. & Quispe-Mamani, M. (july, 25, 2017). ¿Se puede proteger el medio ambiente declarando a un río como sujeto de derechos en el Perú?. *Enfoque Derecho*. Retrieved from <https://www.enfoquederecho.com/2017/07/25/se-puede-proteger-el-medio-ambiente-declarando-a-un-rio-como-sujeto-de-derechos-en-el-peru/>
- Allen, R. C. (2009). *The British industrial revolution in global perspective* (Vol. 1). Cambridge: Cambridge University Press.
- Amaya, O.D.A. (2010). *La constitución ecológica de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Baldin, S. (2015). La tradición jurídica contro-egemonica in Ecuador e Bolivia. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 48(143), 483-530. DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2015.143.4938>
- Borràs, S. (2016). New transitions from human rights to the environment to the rights of Nature. *Transnational Environmental Law*, 5(1), 113-143. DOI: <https://doi.org/10.1017/S204710251500028X>
- CEPAL. (2014). *La economía del cambio climático en el Paraguay (LC/W.617)*. Santiago de Chile: UN-CEPAL.
- Corte Constitucional de Colombia (17 de junio de 1992) Sentencia T-411/92. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia (29 de septiembre de 1994) Sentencia C-423/94. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional de Colombia (26 de septiembre de 1996) Sentencia C-495/96. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional de Colombia (7 de mayo de 2002). Sentencia C-339/02. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional de Colombia (27 de julio de 2010). Sentencia C-595/10. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional de Colombia (24 de agosto de 2011). Sentencia C-632/11. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional de Colombia (5 de marzo de 2014). Sentencia C-123/14. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.
- Corte Constitucional de Colombia (20 de febrero de 2015). Sentencia T-080/15. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional de Colombia (16 de julio de 2015). Sentencia C-449/15. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional de Colombia (10 de noviembre de 2016). Sentencia T-622/16. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.
- Drengson, A. (2005). *The Selected Works of Arne Naess*. Foundation for Deep Ecology. Retrieved from http://www.deepecology.org/publishing_arne.htm
- Gómez-Rey, A. Vargas-Chaves, I. & Ibáñez-Elam, A. (2019). El caso de la naturaleza: los derechos sobre la mesa ¿decálogo o herramienta? In L. Estupiñan-Achury, C. Storini, R. Martínez-Dalmau & F. De Carvalho (Eds.). *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático* (pp. 423-443). Bogotá: Universidad Libre de Colombia.
- Goudie, A. S. (2018). *Human impact on the natural environment*. Hoboken: John Wiley & Sons.
- Gudynas, E. (2009). La ecología política del giro biocéntrico en la nueva Constitución de Ecuador. *Estudios sociales*, (32), 34-47.
- Jonas, H. (1985). *The imperative of responsibility: in search of an ethics for the technological age*. Chicago: University of Chicago Press.
- Liverman, D.M. (1990). Vulnerability to Global Environmental Change. In R.E. Kasperson, k. Dow, D. Goldin & J.X. Kasperson (eds.), *Understanding Global Environmental Change: The Contributions of Risk Analysis and Management*, Clark University, Worcester, 27-44.
- López-Medina, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- López-Medina, D. (2016). *Eslabones del derecho*. Bogotá: Legis.
- Martínez, E. & Acosta, A. (2017). Los derechos de la naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible. *Direito e Práxis*, 8(4), 2927-2961. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/31220>
- Ossa, A. C., Gómez, D. M. & Espinal, C. E. (2014). Asbestos en Colombia: un enemigo silencioso. *Latreia*, 27(1), 53-62.

- Ostrom, E. (2000). *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Panayotou, T. (1996). Ecología-economía, medio ambiente y desarrollo. *Ciencia y Tecnología Agropecuaria*, 1(1), 40-45. DOI: 10.21930/rcta.vol1_num1_art:151
- Perú. Ministerio de Economía y Finanzas (16 de enero de 2018). Decreto Supremo n.º 006-2018-EF. República del Perú.
- Pino, A. (2013). Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios. *Revista chilena de derecho privado*, (21), 89-135.
- Rodríguez, G.A. (2012). La consagración de los derechos ambientales en las Constituciones Políticas de Colombia, Ecuador y Bolivia. En G. Rodríguez & I. Páez (Eds.) *Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público* (pp. 1-54). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rodríguez, G.A. & Vargas-Chaves, I. (2015). Reflexiones preliminares sobre la responsabilidad por daños ambientales en Colombia. En G. Rodríguez, & I. Vargas-Chaves (Eds). *Perspectivas de responsabilidad por daños ambientales en Colombia* (pp.1-14). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rodríguez-Villamizar, L. A., Jaimes, D. C., Manquían-Tejos, A. & Sánchez, L. H. (2015). Human mercury exposure and irregular menstrual cycles in relation to artisanal gold mining in Colombia. *Biomédica*, 35 (no.spe), 38-45. DOI: <http://dx.doi.org/10.7705/biomedica.v35i0.2442>
- Ruda, A. (2008). *El daño ecológico puro*. Madrid: Thompson Aranzadi.
- Sánchez, L. (2012). *El derecho al ambiente sano. Esquemas de reconocimiento constitucional y mecanismos judiciales de protección del derecho comparado*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Solomon, K. R., Anadón, A., Cerdeira, A. L., Marshall, J. & Sanín, L. H. (2005). *Estudio de los efectos del Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante la aspersión aérea con el herbicida Glifosato (PÉCIG) y de los cultivos ilícitos en la salud humana y en el medio ambiente*. Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD), 5.
- Vargas-Lima, A. E. (2012). El derecho al medio ambiente en la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (18), 251-267.
- Vargas-Chaves, I., Gómez-Rey, A. & Rodríguez, G.A. (2018). La invocabilidad de la acción de cumplimiento frente a los compromisos suscritos en el Paro Nacional Agrario de 2013: un análisis desde la regulación de las semillas certificadas. *Revista Jurídicas*, 15(1), 28-45. DOI: 10.17151/jurid.2018.15.1.3
- Wei-xian, L.I.U. (2010). Fiction of the Rights of Nature and Future Generations [J]. *Law and Social Development*, 6. Retrieved from http://en.cnki.com.cn/Article_en/CJFDTotal-SFAS201006003.htm



COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Munévar-Quintero, C.A y Valencia Hernández, J.G. (2020). Los conflictos socio-ambientales en Colombia en el contexto de las Licencias Ambientales y el acceso a la justicia. *Revista Jurídicas*, 17 (1), 42-63.
DOI: 10.17151/jurid.2020.17.1.3.

Recibido el 6 de agosto de 2019
Aprobado el 16 de diciembre de 2019

Los conflictos socio-ambientales en Colombia en el contexto de las Licencias Ambientales y el acceso a la justicia*

CLAUDIA ALEXANDRA MUNÉVAR-QUINTERO**
JAVIER GONZAGA VALENCIA-HERNÁNDEZ***

RESUMEN

Los conflictos socio-ambientales representan un panorama problemático en el contexto colombiano desde diferentes escenarios asociados al daño y degradación del ambiente, la vulneración de derechos, la legalidad de la norma y el papel del Estado. Estos conflictos exponen dinámicas culturales, perceptuales, físicas, inmateriales y territoriales de interés ambiental y a su vez evidencian y cuestionan el rol del derecho en la función regulatoria de los escenarios que componen el conflicto socio-ambiental. Ese papel del derecho se analiza en este artículo desde el origen del conflicto por causas lícitas, asociadas al otorgamiento de Licencias Ambientales como instrumentos de planificación de los recursos naturales y se exponen sentidos emergentes relacionados con el acceso a la justicia.

PALABRAS CLAVES: conflicto socio-ambiental, Licencias Ambientales, acceso a la justicia.

* El artículo es resultado del proyecto de investigación "La legitimidad de las Licencias Ambientales en el contexto de los conflictos socio-ambientales en Colombia. Análisis de su incidencia en la vulneración de derechos colectivos e intergeneracionales".

** Abogada, Magíster en Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Doctora en Desarrollo Sostenible. Docente Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Manizales. E-mail: claumunevar@gmail.com; cmunevar@umanizales.edu.co
Google Scholar. ORCID: 0000-0002-9190-6232

*** Profesor Asociado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Caldas. Abogado, PhD en Derecho Ambiental por la Universidad de Alicante. Profesor Doctorado en Desarrollos Sostenibles. Universidad de Manizales. E-mail: javier.valencia@ucaldas.edu.co.
Google Scholar. ORCID: 0000-0002-2263-3808.



Socio-environmental conflicts in Colombia in the context of Environmental Licenses and access to justice

ABSTRACT

Socio-environmental conflicts represent a problematic panorama in the Colombian context from different scenarios associated with damage and degradation of the environment, violation of rights, legality of the norm and the role of the State. These conflicts expose cultural, perceptual, physical, immaterial and territorial dynamics of environmental interest and in turn show and question the role of law in the regulatory function on the scenarios that make up the socio-environmental conflict. This role of law is analyzed in this article from the origin of the conflict for legal causes associated with the granting of environmental licenses as planning instruments for natural resources and emerging meanings related to access to justice are presented.

KEY WORDS: socio-environmental conflict, environmental licenses, access to justice.

Introducción

El presente artículo tiene como marco de análisis los conflictos socio-ambientales en Colombia en el contexto del otorgamiento de Licencias Ambientales y del acceso a la justicia ambiental, derivado del proyecto de investigación titulado “La legitimidad de las Licencias Ambientales en el contexto de los conflictos socio-ambientales en Colombia. Análisis de su incidencia en la vulneración de derechos colectivos e intergeneracionales”. La metodología de investigación responde al enfoque hermenéutico de segundo orden a partir de un tipo de investigación cualitativa - comprensiva con diseño documental, con el cual se desentrañó el sentido de la norma para postular la teleología del conflicto y las causas que asocian su origen y transformación en una etapa de acceso a la justicia.

En primer lugar, se esboza teóricamente las definiciones y nociones de los conflictos socio-ambientales y las categorías que componen sus diferentes clasificaciones desde el campo conceptual y contextual asumiendo el origen y transformación del conflicto (Felstiner, Abel, Sarat, 2001) como el criterio teórico que permite dilucidar las barreras de acceso en la administración de justicia en el contexto de los conflictos ambientales. De igual forma, se analiza el conflicto desde causas asociadas a funciones legislativas y ejecutivas del Estado ejercido a través de mecanismos legales y de representaciones de poder.

En segundo lugar, se expone el marco legal de las Licencias Ambientales en Colombia y su incidencia en la generación de conflictos socio-ambientales como criterio des-legitimante de este. Dicha postura se expone no solo entendiendo la Licencia Ambiental como un instrumento de planificación, sino como instrumento político que define la representatividad del Estado en la administración de los recursos naturales bajo el ejercicio de la discrecionalidad y racionalidad como figuras de poder estatal.

En tercer lugar, se analiza el escenario del acceso a la justicia en Colombia como un derecho autónomo (Valencia, 2014) exponiendo conflictos socio-ambientales que han sido objeto de reclamación ante instancias judiciales. Por último, se presentan resultados que demuestran el rol del Estado en la vulneración de derechos colectivos ambientales y las barreras formales y materiales para el acceso a la justicia ambiental.

I. Conflictos socio-ambientales y licenciamiento ambiental en Colombia

La construcción y elaboración de diferentes formas de valoración del ambiente, la naturaleza y el territorio por parte de sujetos individuales y colectivos, económicos y estatales, ha dado lugar a la generación de conflictos socio-ambientales.

Es socio-ambiental porque la dinámica social está presente en toda dinámica ambiental. Va más allá de la unión de dos palabras (Rubio, 2014) toda vez que “apunta a una dimensión común, un espacio de sentido que puede estar presente, o no, en una disputa por el territorio o algún recurso” (p. 126). La característica principal de los conflictos la determina un objeto de confrontación y una disputa entre partes. Como objeto se entiende toda la dimensión ambiental compuesta por el espacio físico, cultural, material e inmaterial y simbólico; y la disputa representa la lucha entre partes que lo reclaman.

Para entender la dinámica conflictual alrededor del ambiente existen definiciones del conflicto asociadas a la perspectiva distributiva y de accesibilidad a los recursos naturales (Martínez, 2004; Pérez, Zárate y Turbay, 2011) y también desde los desacuerdos generados a partir de la apropiación, distribución y utilización del ambiente desde la economía y modelos de crecimiento económico (Torres, Agudelo y Ochoa, 2007; Arancibia, 2014). Otros estudios expresan una definición de conflictos socio-ambientales desde una perspectiva de afectación, bien por el uso indebido de los recursos naturales o el daño generado en el ambiente (Walter, 2009). De igual forma, desde un enfoque más valorativo, Garay (2013) asocia los conflictos a los diferentes lenguajes de valoración que entran en disputa entre el mercado, la cultura y los simbólicos; a su vez, Munévar (2018) determina que los conflictos los determinan los contextos.

A su vez, existen categorías que definen el conflicto desde un enfoque institucional que asocia las interacciones de actores desde tres campos: el campo ético originado desde la movilización social, el campo político originado desde las instituciones y el campo económico a través de la asistencia técnica y financiera presente en los conflictos socio-ambientales (Fontaine, 2004, p. 512). Por último, se hace referencia a las categorías sociales que componen los conflictos desde las disputas por el recurso y el espacio físico (Matthew, 2014), la posición y dominio respecto al manejo del medio ambiente (Rubio, 2014, p. 122) y desde las acciones que consolidan el reconocimiento de las partes en un conflicto (Muñoz, 2012).

Dentro de este amplio marco teórico es posible afirmar que no todos los conflictos son iguales, porque lo que para unos significa una tensión para otros una oportunidad; asimismo, para una parte puede ser el uso de la violencia física o normativa y para otros constituye la imposición y cumplimiento del derecho. Por ende, se concuerda en afirmar que los conflictos constituyen una construcción social (Felstiner *et al.*, 2001) determinada por los contextos sociales, culturales, territoriales y legales donde se generan. Como construcción, el conflicto implica una transformación en la que operan una serie de etapas y características que si bien, se reitera, no construyen una condición genérica o universal del mismo, sí asocian unas aproximaciones que permiten analizar las formas, el cómo, el cuándo y el por qué, así como una serie de interrogantes que permiten entender la función

del conflicto en la sociedad, en la política y en el derecho, así como las fuentes, causas y resolución de los mismos en el ámbito socio-ambiental.

En el contexto colombiano y dada la multiplicidad de conflictos socio-ambientales, convergen diferentes causas que dan origen a un conflicto y que a su vez permiten su transformación. Como lo afirman Felstiner *et al.* (2001): “Estudiar el origen y la transformación de los conflictos implica estudiar un proceso social tal cual ocurre. Significa estudiar (...) la forma en que la gente responde ante la experiencia de la injusticia y el conflicto” (pp. 42-43).

1.1. El origen del conflicto socio-ambiental en Colombia en la expedición de Licencias Ambientales

El origen de los conflictos socio-ambientales en el contexto colombiano es atribuible a diferentes causas. Por ejemplo, conflictos generados por desplazamientos humanos a causa del cambio climático (Munévar, 2015), conflictos armados (Kalin y Haenni, 2008) y macro-proyectos de desarrollo económico (Gatica, 2014; Munévar y Valencia, 2015), cuya tensión se encuentra en la disputa presente respecto al interés general y derechos de carácter colectivo e individual. Verbo y gracia se referencian conflictos relacionados con prácticas extractivistas versus costumbres de pueblos originarios (Valencia, Giraldo, Muñoz y Hainsfurth, 2017), planes de desarrollo y políticas de crecimiento económico versus la autodeterminación de los pueblos, propiedad privada versus propiedad común (Ost, 1996), cosmovisiones y recursos naturales (Serje, 2003), entre otros.

Dentro de las particularidades que dan origen a estos conflictos se encuentran causas ilícitas o causas lícitas. Ilícitas cuando dichos desplazamientos, expropiaciones y proyectos de extracción operan por fuera de ley y carecen de una autorización, licencia, permiso o concesión, y lícitas cuando dichas causas se hacen dentro del marco de la ley. Este último escenario esboza una categoría de conflictos más compleja, donde la causa se legitima desde un respaldo legal. Este respaldo puede atribuirse a normas, leyes, decretos, actos administrativos, entre otros instrumentos jurídicos que representan la autoridad y poder que, bajo la figura de legalidad, legitiman la generación de daños y vulneración de derechos. Se trata de un problema de carácter lógico-formal del sistema de normas que se resuelve al interior del ordenamiento jurídico, en tanto el derecho no trasciende los límites que él mismo ha formulado (Giraldo *et al.*, 2010), “por eso su contenido es meramente formal, en la medida que solo apunta al significado que el legislador le haya asignado, independientemente de la realidad social en la cual esté inmerso” (p. 55); además, como lo planteó Hart (1961), estas normas no son optativas sino obligatorias ya que le dan al concepto de derecho unos problemas relacionados con las órdenes entendidas como amenazas, obligaciones jurídicas y cuestión de reglas que desde Weber (2014) y Bauman (2013) son definidas y asumidas como la violencia legítima atribuida a la coerción lícita que ejerce el Estado.

En el contexto de los conflictos socio-ambientales en Colombia y su atribución a una causa lícita, existe una evidencia empírica y casuística que afirma algunos de estos conflictos se gestan en el seno de la legalidad. Contrario a la teleología del derecho cuya función principal, como lo afirma Luhmann (2006), es la regulación y solución de los conflictos, al derecho también se le atribuye la generación de estos.

La expectativa contenciosa y no contenciosa tiene para la evolución del derecho un significado decisivo, ya que el sistema jurídico desarrolla su instrumental específico a partir de lo contencioso dentro del derecho. El resultado es que el derecho no solo arregla conflictos sino que los produce. (p. 196)

En este sentido, en el marco del presente artículo resultado de investigación se hará referencia a la Licencia Ambiental como generadora de conflictos ambientales en Colombia. De esta manera se caracteriza una causa legal que la diferencia y cuestiona respecto a otros tipos de conflictos que no tienen como fuente una norma jurídica y que se generan en el marco del desconocimiento de la legislación sin criterios de autoridad y competencia.

1.2. Las Licencias Ambientales en Colombia en el contexto de los conflictos socio-ambientales

La Licencia Ambiental en Colombia corresponde a una figura de administración de los recursos naturales a cargo del Estado. Se trata de un instrumento por medio del cual “el Estado hace efectivas las disposiciones sobre planificación ambiental y desarrollo sostenible” (Acosta, 2000, p. 31). Esta figura atiende a dos criterios principales: el criterio legal y el criterio legítimo.

El criterio legal hace referencia al marco de regulación del proceso de licenciamiento ambiental en el ordenamiento jurídico colombiano, el cual se compone de las normas que lo definen y lo regulan y de la presunción de legalidad que legitima a una autoridad competente para el otorgamiento del acto administrativo que concede la licencia, cuya fundamentación se justifica desde las funciones otorgadas por la Constitución y la Ley. Ese marco de regulación en Colombia es amplio y tiene como antecedente el contexto internacional, el cual, a través de instrumentos jurídicos de carácter declarativo y convencional, ha desarrollado principios ambientales tales como la prevención, precaución, responsabilidad ambiental, participación, entre otros, que fundamentan la realización de estudios de impacto ambiental para una adecuada gestión del ambiente (Rojas, 2004). Respecto al contexto nacional y como corolario de las bases ambientales establecidas en la Constitución Política de 1991, la Ley 99 de 1993 regula la Licencia Ambiental como la autorización que otorga la autoridad ambiental para la ejecución de obras que pueda producir un deterioro grave a los recursos naturales renovables; y en virtud de tal complejidad, cuenta con el desarrollo de otras normatividades que regulan la materia.

Sin embargo, pese a la amplitud normativa, dicho instrumento de planificación ha sido cuestionado desde tres componentes principales: la seguridad jurídica, la institucionalidad y las actuaciones. Desde la seguridad jurídica de las normas que lo regulan se advierte una inestabilidad legal con 10 disposiciones normativas y ocho modificaciones generales¹ (Sleman y Velásquez, 2016); además de sendas demandas de constitucionalidad de normas relacionadas con la Licencia Ambiental² en más de dos décadas. Desde la institucionalidad, Mesa, Sánchez, Quesada y Ortega (2013) han señalado que el proceso de la Licencia Ambiental entró en crisis y que la creación de la ANLA, “es una muestra de esta realidad en nuestro contexto actual, y puede considerarse como el resultado del debilitamiento de la operatividad y de la institucionalidad ambiental” (p. 221). Y por último, desde lo actuado, la Contraloría General de la República ha señalado que este instrumento no armoniza con el articulado ambiental señalado en la Constitución Política dejando de cumplir con el objeto y la finalidad para la cual fue creada; en este sentido, afirma que las “modificaciones introducidas lejos de representar un avance en la reglamentación de instrumentos de gestión ambiental, evidencian su paulatina disminución y con ello la restricción de mecanismos que favorezcan la adopción y seguimiento de medidas preventivas” (Contraloría General de la República, 2017, p. 132). No obstante, las disposiciones sobre las Licencias Ambientales conservan su vigencia y han constituido, desde la fecha de su creación, el instrumento principal para la administración y planificación de los recursos ambientales en Colombia.

En cuanto al criterio legítimo de las Licencias Ambientales, este trasciende la presunción de legalidad que lo compone para adoptar una perspectiva enfocada al alcance de su teleología orientada no solo a la planificación de los recursos naturales, sino a una razón de ser enfocada a la protección de los derechos individuales y colectivos.

La Licencia Ambiental es el acto administrativo de autorización que otorga a su titular el derecho de realizar una obra o actividad con efectos sobre el ambiente, de conformidad con las condiciones técnicas y jurídicas establecidas previamente por la autoridad competente (...)
La razón de ser de las licencias ambientales es la protección de los

¹ Al respecto ver: i) Ley 99 de 1993, artículo 50, ii) Decreto 1753 de 1994, por el cual se reglamentan parcialmente los Títulos VIII y XII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, iii) Decreto 1728 de 2002, por medio del cual sustituye el Decreto 1753 de 1994, iv) Decreto 1180 de 2003, por medio de cual se deroga el Decreto 1728 de 2002, v) Decreto 1220 de 2005, por medio del cual se deroga el Decreto 1180 de 2003, vi) Decreto 2820 de 2010, por medio del cual se deroga el Decreto 1220 de 2005, vii) Decreto 2041 de 2014, por medio del cual se deroga el Decreto 2820 de 2010, viii) Ley 1450 de 2011, Artículo 223-226. Por medio del cual se establece el procedimiento para el otorgamiento de la Licencia Ambiental, ix) Decreto único 1076 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, x) Ley 1753 de 2015, por medio del cual se derogan los artículos 223, 224 y 225 de la Ley 1450 de 2011. Además de lo anterior, la Ley 1955 de 2019, por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, pacto por Colombia, pacto por la equidad.

² Al respecto la Corte Constitucional ha declarado la inexistencia de normas relacionadas con la materia, tales como la modificación al código de minas Ley 1382 de 2010, por medio de la Sentencia C-366 de 2011; y la Sentencia C-035 de 2016, por medio de la cual se declaran inexistentes el artículo 49, el inciso 2 y el parágrafo del artículo 50, artículo 51, incisos 1, 2 y 3 del parágrafo 1 del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015.

derechos individuales y colectivos. Corresponde a las autoridades públicas velar por estos derechos, en particular cuando el riesgo de su vulneración aumenta debido al desarrollo de actividades riesgosas. (Sentencia C-328 de 1995)

En este sentido emerge una multiplicidad de interpretaciones respecto al objeto que se regula en la Licencia Ambiental. Por un lado, desde la explotación de los recursos naturales, el ambiente adquiere un status de bien económico fundamentado en una dimensión económico-desarrollista. Así, “la naturaleza, más que una fuente de vida, se consideraba una fuente de riqueza material, de progreso humano y de poder para el hombre” (Briceño, 2017, p. 83). Pero al mismo tiempo, desde la garantía de derechos, el ambiente se considera como un bien colectivo y por ende “la valoración política de este modelo de desarrollo exige una relación con los derechos humanos” (Sousa, 2014, p. 74). Estas contrariedades —tanto bien económico y bien colectivo— constituyen “el objeto” de planificación y protección de las licencias ambientales, que, aunque parecen paralelos o utópicos componen su finalidad normativa.

Como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia T-251 de 1993, existe una tensión entre desarrollo-económico y conservación, la cual a su juicio fue decidida, definida y solucionada con el concepto de desarrollo sostenible, el cual, bajo el criterio del Estado como representante de todos los colombianos, “debe manejar el patrimonio común (...) para conseguir el desarrollo (...) de las generaciones presentes, pero que al mismo tiempo, su manejo y aprovechamiento deben ser racionales (...) para satisfacer las necesidades y aspiraciones de las generaciones futuras”. Estas interpretaciones respecto al fin de la licencia ambiental generan unas tensiones socio-ambientales que, aunadas al rol del Estado, desestabiliza no solo el criterio legal, sino también el criterio legítimo que soporta la figura del licenciamiento ambiental en Colombia.

Así, de acuerdo con Fontaine (2004), el Estado cumple “un doble papel político y económico, ya que a la vez es un actor institucional que produce unas normas jurídicas y un actor económico que ejerce una actividad lucrativa mediante las empresas” (p. 511). Son estas tensiones y representatividad del Estado las que visibilizan los conflictos asociados en la expedición de estos actos administrativos que, pese a cumplir con los criterios de legalidad que exige el marco jurídico vigente, se cuestionan desde el ámbito de acceso a la justicia y desde la protección de los derechos colectivos ambientales.

2. Licencias Ambientales y acceso a la justicia

2.1. El acceso a la Justicia Ambiental

El acceso a la justicia constituye el escenario donde las partes, según el tipo de conflicto y según sus percepciones, elevan a un tercero imparcial un litigio para que este sea resuelto o dirimido. El acceso a la justicia como derecho fundamental plantea como finalidad la exigibilidad de derechos y garantías por parte del Estado. Se consagra en la Constitución Política como “el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia” (art. 229), con necesidad o no de un abogado. Como herramientas para alcanzar dicho fin, el marco constitucional y legal en Colombia cuenta con el criterio institucional que jerarquiza la autoridad judicial y las acciones constitucionales que atienden a la naturaleza procedimental de cada derecho a través de jurisdicciones especializadas por ejemplo en materia penal, administrativa, civil y laboral.

El acceso a la justicia ambiental se concibe como las diferentes formas y mecanismos jurídicos, políticos y sociales mediante el cual la sociedad puede pedir la garantía de los derechos ambientales y la protección del medio ambiente a los poderes públicos frente a la amenaza y vulneración de los bienes comunes, proveniente del aprovechamiento irracional e insostenible de la naturaleza.

Para Valencia (2014)

El derecho de acceso a la justicia ambiental es un derecho autónomo, que exige de las personas, la comunidad y las organizaciones sociales una actitud activa, comprometida y solidaria en su ejercicio. Este derecho está integrado por una compleja red de derechos coligados e interdependientes, que va más allá del simple acceso a los procedimientos administrativos y judiciales, como son el derecho de acceso a la información y el derecho a la participación en las decisiones y las otras formas como las personas puedan intervenir para garantizar la justicia ambiental. (p. 47)

Es en este escenario del acceso a la justicia ambiental en donde lo jurídico, lo político y lo social se teje para entender los conflictos socioambientales que surgen de la expedición de las Licencias Ambientales que al amparo de la Ley amenazan y vulneran los derechos e intereses colectivos ambientales.

2.2. Licenciamiento Ambiental y Acceso a la Justicia en Colombia

El criterio por medio del cual las Licencias Ambientales nacen al mundo jurídico tiene como soporte y fundamento la presunción de legalidad. Esta presunción se justifica desde las funciones y competencia que la Constitución y la Ley otorgan a la autoridad ambiental que la expide. Se trata entonces de un acto regulado

que expresa la discrecionalidad y racionalidad del funcionario competente para administrar los recursos naturales. Lo anterior obedece al criterio formal del acto administrativo que expide la licencia, el cual solo puede ser desvirtuado por el Juez Contencioso una vez se cumplan una serie de requisitos generales respecto al medio de control de nulidad³ y unos requisitos especiales respecto a la nulidad de actos que puedan afectar el medio ambiente⁴.

No obstante, en el marco del otorgamiento de las licencias ambientales la administración y planificación de los recursos naturales no solo se rige por un sistema de normas y actuaciones de un objeto simple y estático. El ambiente como bien jurídico compone una dimensión compleja y difusa; y al ser reconocido como un derecho representa un conjunto de obligaciones y riesgos con efectos en las generaciones presentes y futuras que acarrea una responsabilidad del Estado, no solo desde su función legislativa —elemento legitimador de las licencias— sino de todas las funciones y poderes del Estado, principalmente de aquella que cumple la función de autoridad ambiental. En este sentido, todo aprovechamiento de los recursos naturales señalados por la Ley, sea con fines privados o públicos, requiere del otorgamiento de una licencia ambiental en donde dicha función lleva implícita un juicio potestativo de la autoridad competente para ello y un criterio de legitimidad en el ejercicio de sus funciones legales. Ahora bien, el ámbito de mayor importancia que reviste este tipo de autoridades es que representan una especie de titularidad sobre bienes colectivos con fines de bienes públicos, pero generalmente de contenido particular.

La Licencia Ambiental es, por tanto, un acto administrativo por medio del cual las autoridades ambientales emiten un concepto respecto de la petición particular de utilización de los recursos naturales, (...) En consecuencia, produce efectos en el campo de los derechos y deberes del administrado, permitiéndole el ejercicio de un derecho o poder que ya le pertenece, pero cuyo libre desenvolvimiento puede en algunos casos constituir un daño o peligro para el interés público. (Contraloría General de la República, 2017, pp. 10-11)

En este sentido, el otorgamiento de una licencia ambiental trasciende la lógica de planificación de los recursos naturales para entrar a considerar una discrecionalidad y racionalidad con arreglo a derechos, toda vez que, a pesar del criterio de legalidad que ampara el acto administrativo, de su otorgamiento también se pueden vulnerar derechos colectivos, siendo en estos casos la acción popular el mecanismo procedente para este tipo de reclamaciones. Es así como tanto el control de legalidad como de protección de derechos ambientales configuran escenarios de reclamación ante la administración de justicia, relegando a esta instancia el reconocimiento de las pretensiones reclamadas.

³ Ver artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

⁴ Ver artículo 73 de la Ley 99 de 1993.

En Colombia, durante el período comprendido entre 1993 y 2016, se han otorgado 8.153 Licencias Ambientales, 2136 desde la competencia del orden nacional a cargo del Ministerio de Medio Ambiente y Agencia Nacional de Licencias Ambientales; y 6017 desde las Corporaciones Autónomas Regionales. Tanto la legalidad como la garantía de los derechos amenazados o vulnerados por las licencias ambientales han sido objeto de reclamación ante las autoridades judiciales en Colombia. Con respecto a la legalidad de las licencias ambientales, el Consejo de Estado ha conocido ocho procesos de nulidad simple y 49 procesos de nulidad y restablecimiento de derecho, en segunda y última instancia. Sobre la protección de derechos colectivos vulnerados por el otorgamiento de licencias ambientales, las autoridades ambientales reportan 305 acciones populares interpuestas ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Cuadro 1.

Licencias Ambientales en Colombia	Jurisdicción Contenciosa Administrativa	Consejo de Estado		
		Segunda y última instancia		
Autoridad Ambiental	Número de Licencias otorgadas entre 1993 y 2016	Acciones Populares	Acciones de Nulidad Simple	Acciones de Nulidad y restablecimiento de derecho
Ministerio de Medio Ambiente	1925 ⁵	118		
Autoridad Nacional de Licencias Ambientales	211 ⁶	118	2	44
Corporaciones Autónomas Regionales	6017 ⁷	69	6	5
TOTAL	8.153	305	8	49

Fuente: elaboración propia con base en información suministrada por las autoridades ambientales en respuesta a derechos de petición enviados.

⁵ Este número de Licencias Ambientales otorgadas por el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible corresponde a la competencia otorgada por la Ley 99 de 1993, hasta la entrada en vigencia del decreto 3573 de 2011.

⁶ Este número de Licencias Ambientales otorgadas por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales corresponde a la competencia otorgada a partir de la vigencia del Decreto 3573 de 2011.

⁷ El registro de 6017 Licencias Ambientales otorgadas por las Corporaciones Autónomas Regionales en Colombia, exceptúan a las siguientes CARs: CORPOCALDAS, CORPODIQUE, CORPOMOJANA y CORPOCHOCÓ, la cuales no tienen registro de todos los otorgamientos de estos actos administrativos desde el año 1993. De igual forma las CARs: Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar y Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, se negaron a aportar información relacionada con las Licencias Ambientales otorgadas en el marco de su competencia

La correspondencia entre el número de Licencias Ambientales otorgadas en Colombia y el número de mecanismos judiciales interpuestos en contra de estos actos administrativos a través de procedimientos constitucionales y legales como lo son las acciones populares y nulidad simple, representa un escenario de interés para el acceso a la justicia que no busca una aproximación cuantitativa que arroje estadísticas estáticas, sino por el contrario devela diferentes sentidos que se escapan del campo de la medición, para problematizar aspectos cualitativos relacionados con: i) las barreras de acceso en la justicia ambiental desde lo formal y lo material; ii) la vulneración de derechos colectivos; iii) el criterio de legalidad; y iv) el rol del Estado en el conflicto.

i) Barreras de acceso a la justicia ambiental

El acceso a la justicia ambiental enfrenta dificultades sin resolver desde la perspectiva formal y material. Sobre la primera dificultad se debe anotar que procedimentalmente existen barreras de acceso a la justicia (Valencia, 2013), relacionada por ejemplo con los medios procesales, las formas de reparación (Beristain, 2011), la condición asociada a las acciones y al tipo de jurisdicción que conoce el caso en concreto, las cuales, en el caso de Colombia se acogen a un régimen de responsabilidad que no ahonda sobre las características propias de la dimensión ambiental. Por ejemplo, en el régimen de la responsabilidad civil autores como Rojas (2012) señalan que el derecho ambiental tiene las características para la conformación de un régimen especial. No obstante, un régimen especial debe desentrañar la figura de imputación, nexo causal y la reparación, no sólo desde la dimensión subjetiva, sino desde las características colectivas y difusas que componen el ambiente.

De igual forma, aspectos relacionados con la carga de la prueba (Hunter, 2015), imponen a la parte acusadora —que generalmente es la misma víctima de agresión o amenaza de daño— el deber de aportar una serie de pruebas que desbordan su capacidad técnica y económica que resulta desproporcionada, incluso cuando se trata de reclamaciones que no se reducen a un ámbito individual y que se presentan en representación de los derechos y titularidades colectivas⁸.

En cuanto a la segunda dificultad, atribuida a criterios materiales y prácticos, el acceso a la justicia ambiental envuelve unas condiciones especiales respecto al criterio de legitimidad por activa. Si bien la Ley no condiciona una afectación directa como forma procedimental para presentarse ante la justicia un conflicto socio-ambiental, la afectación directa sí constituye un requisito práctico que

⁸ Si bien la Ley 472 de 1998 en el artículo 70 creó el Fondo para la defensa de los derechos colectivos, que tiene como objetivo y función, entre otras, la evaluación de las solicitudes de financiación de las acciones populares o de grupo para respaldar económicamente, según las características del daño y la relevancia del bien jurídico amenazado en el proceso (art. 71), esto no basta para que, en el principio de una acción popular, la carga de la prueba que se adjudica al demandante no constituya un obstáculo de acceso a la justicia, que si bien se puede superar, no siempre es conocida por las partes en el proceso.

por desconocimiento de las autoridades que intervienen en un proceso judicial, resulta haciéndose exigible de forma tácita (Valencia, 2014). De igual forma, a esta legitimidad se inserta un problema relacionado con las experiencias de daño que no se perciben en el marco de un conflicto socio-ambiental; no obstante, si se llegase a superar el criterio de percepción, el formalismo jurídico es un criterio que acompaña toda acción que pretenda poner en movimiento el aparato jurisdiccional y que constituye un obstáculo para el acceso a la justicia.

Si bien, pese al amplio contenido regulatorio en una legislación ambiental, o la creación de mecanismos judiciales con características de acciones públicas que no requieren del ejercicio de un abogado, las causas de ineficacia de estas disposiciones tienen como origen el desconocimiento por parte de sus titulares y la desconfianza en las institucionales del Estado. Al respecto Amaya (2001) manifiesta:

No obstante tener una de las legislaciones ambientales más completas (...), el alto grado de ineficacia de dicha normatividad en Colombia pasa por su relativo desconocimiento, por el escaso compromiso gubernativo sobre la materia, por su inapropiado desarrollo reglamentario, por la descoordinación institucional y por la carencia de mecanismos necesarios para su aplicación. (p. 232)

En el contexto de las licencias ambientales al ser actos administrativos de contenido mixto, sus efectos no solo generan consecuencias sobre sus destinatarios sino sobre titulares de derechos ambientales que, al mismo tiempo, se enfrentan con la presunción de legalidad del acto. En este sentido, las barreras de acceso a la justicia no solo asocian los criterios formales y materiales expuestos, sino que repercute en la vulneración de derechos y el criterio de legalidad del acto administrativo que constituye su causa.

ii) La vulneración de derechos colectivos

Los derechos colectivos se encuentran dentro de la clasificación de derechos humanos, los cuales han atendido a diferentes tipologías que, generalmente, son el resultado de necesidades jurídicas que constituyen formulaciones teóricas y prácticas gestadas en contextos históricos determinados. Estos derechos humanos, como lo manifiesta Bobbio (1991), ha tenido un largo camino dentro del pensamiento político y dentro del proceso de positivización cuya tendencia ha consistido en la “especificación” o “determinación de los sujetos titulares de derechos” (p. 109). La necesidad de trascender a la posibilidad de determinación y especificación de los titulares de derechos ha constituido la base de clasificación de nuevas tipologías. En este contexto, se insertan los derechos colectivos con nuevas formulaciones frente al carácter supra-individual e indivisible del ambiente y frente a las titularidades determinadas o indeterminables que la componen. Como lo afirma Lorenzetti (2011): “Los derechos colectivos pertenecen a la esfera social, es

decir, el conflicto no es un ataque al individuo, ni entre personas, sino una relación entre los bienes trans-individuales y los sujetos (p. 11)".

En este sentido, los conflictos socio-ambientales que se derivan del otorgamiento de una Licencia Ambiental no solo vinculan actores que pertenecen al área de influencia de un proyecto licenciado, sino que además enlazan sus efectos a titulares de derechos colectivos desde su alcance determinado e indeterminado. Es así como el ambiente constituye un delimitante que hace que los actos administrativos por medio de los cuales se otorgan las licencias ambientales adquieran una condición excepcional respecto a su contenido "mixto", toda vez el alcance de su decisión tiene injerencia sobre el medio ambiente y "producen efectos de carácter general por cuanto se encuentran involucrados los derechos e intereses ambientales que se consideran colectivos" (Rodríguez, Gómez y Monroy, 2012, p. 53).

Las 305 acciones populares interpuestas en contra de las licencias ambientales otorgadas en Colombia entre 1993 y 2016 evidencian no solo la amenaza y vulneración de derechos colectivos —según cada caso—, sino que representa un escenario de interés en el marco del acceso a la justicia por conflictos socio-ambientales, en lo que respecta a la percepción por parte de los titulares determinados e indeterminados de los derechos colectivos. Las condiciones por las que un daño puede o no percibirse obedece a criterios externos e internos, valorativos y racionales, definidos según los espacios en conflicto y los criterios elaborados alrededor de este desde la perspectiva individual y colectiva (Fontaine, 2004).

Así, la cuantificación de 305 acciones populares solo permite develar el escenario de percepción de un problema, sin que ello determine orígenes y transformaciones. En este sentido, la percepción, como lo afirma Felstiner *et al.* (2001), determina una transformación diferencial de los conflictos en el grado de vulnerabilidad o vulneraciones derivadas de estos.

¿Por qué la gente que percibe una experiencia en forma similar la valora de forma diferente? (...) Para que surjan los conflictos y se pueda tomar alguna acción correctiva, una experiencia de daño no percibida (EDnP), debe transformarse en una experiencia de daño percibida (EDP) (...) La perspectiva de la transformación dirige nuestra atención sobre la transformación diferencial de las EDnP en EDP. (p. 43)

A diferencia de los colectivos y difusos, los derechos individuales se hacen visibles en las comunidades étnicas o determinadas presentes en el área de influencia del proyecto donde al existir un vínculo con la naturaleza y con el territorio intervenido, son más susceptibles de sufrir los cambios, efectos e impactos ambientales que generen los proyectos licenciados como es el caso de las 305 acciones populares interpuestas. Si bien desde la dimensión colectiva se podrían desentrañar estas características en otras

escalas de valoración, lo cierto es que no todo titular difuso de un derecho colectivo logra conectar su interés ambiental con todo proyecto. Por ende, generalmente, quien sufre la afectación será el responsable de reclamarla y este será el demandante y el encargado de transformar el conflicto a una etapa de acceso a la justicia. Por ende, la falta de percepción por parte del titular difuso conlleva a que un problema ambiental que origine vulneración de derechos colectivos no se transforme en un conflicto.

Sin embargo, la falta de percepción no anula la vulnerabilidad de todos los derechos involucrados en el otorgamiento de una licencia ambiental, cualquiera que sea su alcance. Por ende, el desconocimiento de la dimensión colectiva y difusa del ambiente implica que los efectos e impactos generados en determinada obra o proyecto, al ser calculados solo desde comunidades determinadas, causen daños no previstos a los titulares difusos. Se trata así de la expresión que Bauman (2011) denomina “daños colaterales”, expresión que se utiliza para calificar efectos que no se toman en cuenta al ejecutar determinada función, o que al hacerlo se considera que el riesgo vale la pena con el fin de conseguir ciertos resultados. Así, haciendo la analogía respecto al otorgamiento de licencias ambientales y la no valoración de los derechos colectivos con titularidades difusas, se tiene que el objetivo asociado al desarrollo económico vale la pena sobre el daño causado que se “podría” generar. Aquí quien toma la decisión respecto a “las bondades del riesgo” (Bauman, 2011, p. 13) no son los mismos que sufrirán en el presente o en el futuro las consecuencias, dando lugar a dos posibles escenarios: por un lado, que se origine un conflicto y este logre transformarse; o, por otro lado, que originándose el conflicto, este nunca logre transformarse.

iii) El criterio de legalidad

El contenido del acto administrativo que otorga una licencia ambiental es válido en la medida que lo expide una autoridad competente, y tiene fuerza vinculante en la medida que se presume un fin legítimo que atiende al interés general. Al respecto, Botero (2004) establece:

La presunción de legalidad significa que el acto se reputa válido, es decir, conforme a la juridicidad, en tanto en cuanto no sea anulado o suspendido por la jurisdicción contenciosa administrativa (...) La presunción de legalidad -*luris tantum*- se refiere a la validez del acto administrativo. (p. 14)

Para cuestionar el criterio de legalidad del acto administrativo que otorga la licencia ambiental, se debe atender a una serie de particularidades establecidas en la Ley 99 de 1993⁹, la cual establece que para la conducencia de la misma, la acción

⁹ Artículo 73. “La acción de nulidad procede contra los actos administrativos mediante los cuales se expide, modifica o cancela un permiso, autorización, concesión o Licencia Ambiental de una actividad que afecte o pueda afectar el medio ambiente”.

procede contra los actos administrativos “que afecte o pueda afectar el medio ambiente”. La condición principal a considerar como causal de nulidad es el efecto dañino al ambiente que se deriva del acto administrativo. No obstante, la afectación del ambiente involucra daños puros o perjuicios derivados de este, para lo cual, dependiendo de la afectación, se diferencia el interés y por ende la procedencia de la acción o del medio de control. Sin embargo, en el escenario expuesto a través del cuadro 1 el acceso a la justicia por medios de control que cuestionan la legalidad del acto se ha volcado a la acción de nulidad y restablecimiento de derecho, la cual, en el campo práctico y conflictual, atienden al criterio particular del ambiente y no su afectación como tal.

En el análisis de los 49 procesos de acciones de nulidad y restablecimiento de derecho, la nulidad del acto fue interpuesta por los titulares del proyecto licenciado y estuvo orientada a la modificación de obligaciones impuestas, sanciones y suspensiones en el marco del procedimiento de licenciamiento ambiental. Solo uno de esos procesos solicitaba la protección del ambiente por cuenta de unos humedales presentes en el marco del proyecto licenciado. Respecto a los procesos de nulidad simple, las pretensiones de la demanda estuvieron orientadas a la nulidad por vicios procedimentales asociados a inhabilidades, falta de competencia en la expedición del acto o extralimitación de funciones, sin perseguir dentro de las pretensiones la protección del ambiente. Este panorama da cuenta que, en el marco del acceso a la justicia, el criterio de legalidad atiende a los procedimientos de los medios de control, los cuales reclaman intereses particulares que no consideran dentro de su finalidad la protección del ambiente, omitiendo la finalidad orientada a la protección del medio ambiente.

iv) El rol del Estado en el conflicto

La figura del Estado en los conflictos socio-ambientales tiene una representación en el marco jurídico y político. El primero de ellos se deriva desde su misma función legislativa, la cual, por medio de la expedición de una norma por parte de una autoridad competente, se le otorga un criterio de validez positiva (Kelsen, 2009). Este mismo criterio de validez se le reconoce al acto administrativo que concede la licencia ambiental cuyos requerimientos atienden a una fuerza ejecutoria y a la competencia de la autoridad que lo otorga, cuya motivación tiene como fuente las funciones y disposiciones otorgadas por la Constitución y por la Ley. Ambas normas jurídicas que representan la función legislativa y ejecutiva del Estado adquieren una presunción de legitimidad vía legalidad, ejerciendo un rol especial como parte del conflicto socio-ambiental. Así, la supremacía y dominio ejercido es de carácter legal, aspecto que inmediatamente instala en el imaginario de la parte acusadora la imposibilidad de resistirse a esa potestad. Como lo afirma Bauman (2013), la coerción legítima es el primer objetivo de toda lucha, la cual implica que “el agente que la ejerce le niega a su objeto el derecho a resistirse a esa coerción, a cuestionar sus motivos, a actuar en consecuencia o a exigir compensación” (p. 10).

Ahora bien, la hegemonía y el ejercicio de su poder no solo tienen un amparo en la legalidad respecto a su contenido formal. El discurso simbólico impartido a través de políticas que representan el bienestar general y el interés colectivo y público pretenden “simbólicamente” crear una credibilidad.

Las batallas de los grupos y movimientos sociales por los derechos y por la justicia también son disputas simbólicas que ponen en tela de juicio la visión imperante, norma y legítima de la sociedad. En esas disputas, los actores que detentan el poder económico y político llevan ventaja, pero esa ventaja no elimina la lucha. (García, 2014, p. 80)

La materialización de la lucha simbólica en el marco de los conflictos socio-ambientales no solo evidencia una deslegitimación del Estado por la destrucción del ambiente y la vulneración de derechos (Ballén, 2007), sino que además refleja que este tipo de conflictos representan una lucha represiva y defensiva (Sousa, 2010) contra un Estado que, a través de sus funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, ejerce un poder hegemónico en contra de las partes que resisten la vulneración de sus derechos y disputan la protección de un territorio.

Es así como, cuando el origen de un conflicto socio-ambiental se deriva de una causa lícita —como es el caso de las 8153 licencias otorgadas—, donde al mismo tiempo el Estado actúa como hecho generador y como parte acusada en el proceso de transformación del conflicto, la lucha no puede presumirse igual y, por ende, desde la perspectiva simbólica tampoco es legítima.

Por consiguiente, los conflictos socio-ambientales analizados en el marco del acceso a la justicia, cuyas pretensiones demandaron la garantía de derechos colectivos por medio de acciones populares que se encuentran en proceso ante los diferentes tribunales del país que se quedaron en una única instancia o que lograron una segunda instancia ante el máximo tribunal de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, evidencian que por medio del acceso a la justicia la población ha pretendido una lucha en contra de un poder del Estado considerado como ilegítimo. En este sentido, por medio de estos mecanismos judiciales han manifestado no solo la vulneración de sus derechos, sino la oposición y descrédito de la autoridad ambiental. En el marco de estos conflictos, estas corporaciones judiciales han fallado en contra del Estado colombiano en el marco del otorgamiento de licencias ambientales exigiendo la garantía y respeto de los derechos, el debido ejercicio de sus funciones y competencias y la debida aplicación de los mecanismos de participación contemplados en la Constitución y la Ley, los cuales, siendo omitidos, no solo deslegitiman su función legal sino su aceptación legítima.

Diferentes investigaciones¹⁰ en el campo social han denunciado a través de diferentes proyectos de investigación cómo a partir del otorgamiento de licencias ambientales se han generado conflictos que no solo exponen la vulneración de derechos por parte de agentes del Estado y empresas multinacionales, sino que además evidencian como un mecanismo legal la forma en que el acto administrativo que otorga la licencia que debe, en principio, garantizar los derechos individuales y colectivos, se ha convertido en un instrumento de despojo, represión y expropiación “legal” por medio del cual el Estado administra los recursos naturales y al mismo tiempo violenta los derechos derivados del medio ambiente.

Con base en lo anterior, el escenario de interés de otorgamiento de licencias ambientales y el acceso a la justicia está relacionado con que los escenarios de conflictos socio-ambientales derivados del otorgamiento de estos actos administrativos develan nuevas características en las barreras que hay en el acceso a la justicia y la legitimidad del Estado. Por lo tanto, en relación con la vulneración de derechos colectivos se evidencia la manera como emergen titularidades difusas e indeterminadas, así como los criterios de percepción que determinan la transformación de un conflicto. De igual forma, el rol del Estado y el criterio de legalidad del acto expone no solo el desequilibrio entre las partes del conflicto, sino que cuestionan el alcance legítimo del Estado en la administración y planificación de los recursos naturales en Colombia.

Conclusiones

Los conflictos socio-ambientales no son escenarios estáticos que reducen su comprensión a partir del desconocimiento de unas normas o de un orden jurídico. Los conflictos socio-ambientales son construcciones generadas a partir de diferentes formas de percibir y valorar el ambiente, los recursos naturales, un territorio y los derechos. Se trata de una categoría que se define según el contexto donde se presenta y según las diferentes características que conforman las partes que lo representan. Así, desde esta perspectiva la función del derecho se trasforma desde su rol regulador, para convertirse —en algunos casos— en rol generador.

Ese rol generador involucra dos aspectos concluyentes para los conflictos socio-ambientales en Colombia. La primera conclusión hace referencia a la causa lícita que se analizó y relacionó con las licencias ambientales que, además de constituir un instrumento de planificación de los recursos naturales, también despliega contenidos simbólicos a través de su representación como norma jurídica. Estos contenidos simbólicos presentan al Estado como la institución legítima de la gestión ambiental en Colombia, por medio de la cual se determina las formas de administración del ambiente y arroga su regulación. Esa función se encuentra formalizada en un contenido escrito y por medio del cual se “entrega” una forma

¹⁰ Al respecto ver Munévar y Valencia (2015); Dussán (s.f); Fontaine (2004).

de entender el ambiente y, además, una potestad que legitima una confianza y representatividad que se asume como un criterio de verdad. Todo acto de resistencia en contra de estas formas jurídicas de administración genera luchas desiguales y reducen a las partes en conflicto a un antagonismo de polarización, por medio de la cual se entiende que los actores que no están a favor del Estado y sus normas y políticas están en contra de él. Esa concepción política de los conflictos socio-ambientales lucha contra la barrera de la legalidad, pero a su vez devela el carácter ilegitimado del Estado como actor y generador.

La segunda conclusión hace referencia al conflicto en su etapa de reclamación. La reclamación representa el acceso al aparato jurisdiccional donde el Estado asume el rol de administrar justicia y de resolver las tensiones expuestas en el conflicto. En esta etapa se visibiliza la lucha de las partes en el conflicto comprendida desde el criterio de percepción, representatividad y legitimidad. Se trata de una instancia procedimental y normativa donde a la función del Estado la acompaña una presunción de legitimidad que debe ser desvirtuada. El acceso a la justicia se entiende como la etapa final de todo conflicto que analizado desde la perspectiva socio-jurídica busca la solución al litigio reclamado. No obstante, contrario al fin perseguido, la sentencia que profiere el fallador puede determinar una decisión en derecho, pero no en justicia.

Se trata entonces de la disyuntiva presentada entre el escenario de legalidad y la legitimidad. La primera, impuesta por las licencias ambientales; la segunda, que busca controvertirse ante la administración de justicia. Ambas recogen las percepciones respecto a los derechos, las valoraciones frente a los recursos ambientales y los territorios y conforman las partes que componen el conflicto. Sin embargo, es en la etapa de reclamación donde los diferentes reconocimientos de la legalidad y la legitimidad develan las categorías de derechos, los medios de control judicial y las barreras en el acceso a la administración de la justicia ambiental.

Referencias bibliográficas

- Acosta, O. (2000). *Derecho ambiental. Manual práctico sobre licencias y algunos permisos, autorizaciones y concesiones de carácter ambiental*. Bogotá, Colombia: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Amaya, O. (2001). Justicia constitucional ambiental en Colombia. En M. Iguarán et al. (Eds.), *La justicia ambiental. Las acciones judiciales para la defensa del medio ambiente*. Bogotá, Colombia: Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia.
- Arancibia, M. (2014). La construcción de espacios de convergencia y redes organizativas como estrategias de acción frente a la devastación socio-ambiental: el caso de la asamblea Nacional de los afectados ambientales. En M. F. Paz. y N. Risdell. (Eds.), *Conflictos, conflictividades y movilizaciones socio-ambientales en México. Problemas comunes y lecturas diversas* (pp. 211-252). Ciudad de México, México: Universidad Autónoma de México.
- Ballén, R. (2007). *Ilegitimidad del Estado. Reforma radical o revolución de la diversidad*. Bogotá, Colombia: Editorial Carrera Séptima.

- Bauman, Z. (2011). *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*. España: Fondo de Cultura Económica.
- Bauman, Z. (2013). *La sociedad sitiada*. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Beristain, C. (2011). *El derecho a la reparación en los conflictos socio-ambientales. Experiencias, aprendizajes y desafíos prácticos*. Colombia: Departamento de Publicaciones Universidad Santo Tomás.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid, España: Editorial Sistema.
- Botero, L. (2004). *Acción Popular y nulidad de actos administrativos. Protección de derechos colectivos*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Briceño, A. (2017). *Responsabilidad y protección del ambiente: la obligación positiva del Estado*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Contraloría General de la República. (2017). *El proceso administrativo del licenciamiento ambiental en Colombia*. Recuperado de <http://www.contraloria.gov.co/documents/20181/465175/El+proceso+administrativo+de+licenciamiento+ambiental+en+Colombia+2017.pdf/43338651-d296-459e-89e7-717bee8d4eea?version=1.0>
- Corte Constitucional de Colombia (27 de julio de 1995). Sentencia C-328. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz
- Corte Constitucional de Colombia (30 de junio de 1993). Sentencia T-251. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz
- De Sousa Santos, B. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del sur*. Bogotá, Colombia: Siglo del hombre editores, Universidad de los Andes.
- De Sousa Santos, B. (2014). *Derechos humanos, democracia y desarrollo*. Bogotá, Colombia: Colección Dejusticia.
- Dussán, M. (sf). *El quimbo: extractivismo, despojo, ecocidio y resistencia*. Bogotá, Colombia: CDPAZ- PLANETA PAZ. Sectores Sociales Populares para la Paz en Colombia.
- Felstiner, W., Abel, R. y Austin, S. (2001). Origen y transformación de los conflictos: reconocimiento, acusación, reclamación. En M. García-Villegas. (Ed.), *Sociología jurídica* (pp. 39-67). Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Fontaine, G. (2004). Enfoques conceptuales y metodológicos para una sociología de los conflictos ambientales. En M. Cárdenas. y M. Rodríguez-Becerra. (Eds.), *Guerra, sociedad y medio ambiente* (pp. 503-533). Bogotá, Colombia: Foro Nacional Ambiental.
- Garay, L. (2013). Economía ecológica, ecología política y justicia ambiental, y neo-institucionalismo. Algunas aproximaciones para el análisis de las problemáticas alrededor de la explotación de los recursos naturales no renovables. En J. V. Saldarriaga. (Ed.), *Minería en Colombia: institucionalidad y territorio, paradojas y conflictos* (pp. 11-25). Bogotá, Colombia: Contraloría General de la República.
- Gatica, J. (2014). Hidroeléctricas, conflictos y organización social: el caso del Consejo de Ejidos y comunidades opositoras a la presa La Parota (CECOP). En M. F. Paz. y N. Risdell. (Eds.), *Conflictos, conflictividades y movilizaciones socio-ambientales en México. Problemas comunes y lecturas diversas* (pp. 195-209). Ciudad de México, México: Universidad Autónoma de México.
- García, M. (2014). *La eficacia simbólica del Derecho. Sociología política del campo jurídico en América Latina*. Bogotá, Colombia: IEPRI.
- Giraldo, J., Giraldo, M. y Giraldo, A. (2010). *Metodología y técnica de la investigación socio-jurídica*. Bogotá, Colombia: Editorial Librería Ediciones del Profesional Ltda.
- Hunter, I. (2015). La carga de la prueba en el contencioso administrativo ambiental chileno: notas a propósito de la ley de tribunales ambientales. *Revista Chilena de Derecho*, 42(2), 649 – 669.
- Kalin, W. y Haenni, C. (2008). Reducir el riesgo de catástrofes: ¿por qué importan los derechos humanos? *Revista Migraciones forzadas*, (31), 38-39.

- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires.
- Lorenzetti, R. (2011). *Teoría del Derecho Ambiental*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Luhmann, N. (2006). *El derecho de la sociedad*. Ciudad de México: México: Editorial Herder.
- Martínez, J. (2004). Los conflictos ecológico-distributivos y los indicadores de sustentabilidad. *Revista Iberoamericana de Economía Ecológica*, (1), 21-30.
- Matthew, N. (2014). *Basura, barrancas y brocas. Expresiones de la justicia ambiental en el conflicto por la construcción del relleno sanitario en Loma de Mejía, Morelos*. En M. F. Paz. y N. Risdell. (Eds.), *Conflictos, conflictividades y movilizaciones socio-ambientales en México. Problemas comunes y lecturas diversas* (pp. 161-193). Ciudad de México, México: Universidad Autónoma de México.
- Mesa, G., Sánchez, L., Quesada, C. y Ortega, G. (2013). Erosión de la institucionalidad ambiental en Colombia: el caso de La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales-ANLA. En G. Mesa-Cuadros. (Ed.), *Estado Ambiental de Derecho o Estado de cosas inconstitucional ambiental: derechos colectivos y ambientales bajo amenaza en la era de las locomotoras normativas* (pp. 219-257). Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Munévar, C. (2015). Escenarios de crisis y conflictos por efectos asociados al cambio climático en la población asentada en la eco-región eje cafetero. *Revista Jurídicas*, 11 (1), 138-156.
- Munévar, C. y Valencia, J. (2015). Origen y transformación del conflicto ambiental: análisis de los procesos de participación y educación en dos estudios de caso. *Revista Civilizar*, 15(28), 47-60.
- Munévar, C., Dávila, C. y Giraldo, R. (2018). *De los conflictos socio-ambientales a las resistencias territoriales*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Pedagógica Nacional.
- Muñoz, L. (2012). Panorama de conflictos ambientales en las diferentes regiones naturales del país: un análisis desde la participación ciudadana. En B. Londoño., L. Guiza. y L. M. Muñoz. (Eds.), *Conflictos ambientales en Colombia. Retos y perspectivas desde el enfoque de los DDHH y la participación ciudadana* (pp. 11-18). Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Ost, F. (1996). *Naturaleza y Derecho: para un debate ecológico a profundidad*. Madrid, España: Ediciones Mensajero.
- Pérez, H., Zárate, C. y Turbay, S. (2011). Conflictos ambientales: la biodiversidad como estrategia ordenadora del territorio. *Opinión Jurídica*, (10), 89-104.
- Sleman, J. y Velásquez, C. (2016). La licencia ambiental: ¿instrumento de comando y control por excepción? *Vniversitas*, (132), 483-514.
- Rodríguez, G., Gómez, A. y Monroy, J. (2012). *Las licencias ambientales en Colombia*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Rojas, C. (2004). *Evolución de las características y de los principios del derecho internacional ambiental y su aplicación en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Rojas, S. (2012). *La responsabilidad civil por afectaciones ambientales*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.
- Rubio, I. (2014). Propiedad y naturaleza en la configuración socioambiental de los conflictos. A propósito de los parques eólicos en el istmo de Tehuantepec. En M. F. Paz. y N. Risdell. (Eds.), *Conflictos, conflictividades y movilizaciones socio-ambientales en México. Problemas comunes y lecturas diversas* (pp. 111-136). Ciudad de México, México: Universidad Autónoma de México.
- Serje, M. (2003). ONGs, indios y petróleo: el caso U'wa a través de los mapas del territorio en disputa. *Bulletin de l'Institut français d'études andines*, 32(1), 101-131. doi: 10.4000/bifea.6398.
- Torres, J., Agudelo, L. y Ochoa, M. (2007). Aproximación al conflicto ambiental urbano generado por la contaminación electromagnética no ionizante en Colombia. *Revista Luna Azul*, (25), 78-85.
- Valencia, J., Giraldo, N., Muñoz, E. y Hainsfurth, J. (2017). *Pueblos originarios y extractivismo minero*. Manizales, Colombia: Universidad de Caldas.
- Valencia, J. (2013). Los obstáculos y retos para el acceso a la justicia ambiental. *Revista Jurídicas*, 10 (1), 123-146.

- Valencia, J. (2014). *El acceso a la justicia ambiental en Latinoamérica*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa.
- Walter, M. (2009). Conflictos ambientales, socio ambientales, ecológico distributivos, de contenido ambiental. Reflexionando sobre enfoques y definiciones. *CIP-ECOSOCIAL Boletín ECOS*, (6), 1-9.
- Weber, M. (2014). *Economía y sociedad*. Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económico.



COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Martínez, W.F. (2020). El carácter dispositivo de la Convención de Viena de 1980: ¿Un factor de incertidumbre en la determinación de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional?. *Revista Jurídicas*, 17 (1), 64-86.
DOI: 10.17151/jurid.2020.17.1.4.

Recibido el 6 de marzo de 2019
Aprobado el 23 de septiembre de 2019

El carácter dispositivo de la Convención de Viena de 1980: ¿Un factor de incertidumbre en la determinación de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional?*

WILLIAM FERNANDO MARTÍNEZ-LUNA** |

RESUMEN

La Convención de Viena de 1980 nació con el objetivo de establecer normas uniformes para regular algunas de las cuestiones más importantes de la compraventa internacional de mercaderías. Sin embargo, esta convención otorga a las partes la posibilidad de excluir su clausulado para regular el caso concreto. Este artículo tiene por objeto establecer si dicha posibilidad de exclusión constituye un factor de incertidumbre en la determinación de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional, y por tanto, se puede considerar como un obstáculo a la aplicación de la norma material uniforme.

PALABRAS CLAVE: Ley aplicable, norma de conflicto, compraventa internacional.

* Este artículo hace parte de la estancia de investigación postdoctoral en el Max Planck *Institute for Comparative and International Private Law* de la ciudad de Hamburgo Alemania, y del proyecto de Investigación “El impacto de la globalización en los contratos internacionales de compraventa de Mercaderías”, aprobado en la Resolución 039 de 2015 de la Universidad Jorge Tadeo Lozano.

** Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Derecho Privado de la Universidad Carlos III de Madrid, Máster en Derecho de los negocios y litigación Internacional de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Profesor Titular de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. E-mail: williamf.martinezl@utadeo.edu.co.

Google Scholar. ORCID: 0000-0002-0186-4770.



Regulatory character of the 1980 Vienna Convention: an uncertainty factor in determining the applicable law to the international sale contract?

ABSTRACT

The 1980 the Vienna Convention was agreed with the aim of establishing uniform rules to regulate some of the most important issues in the international sale of goods. However, this convention grants the parties the possibility of excluding their clauses to regulate a specific case. The purpose of this article is to establish whether said possibility of exclusion constitutes a factor of uncertainty in determining the applicable law to the international sales contract and therefore, it can be considered as an obstacle to the application of impartial rules.

KEY WORDS: applicable law, conflict rule, international sales.

Introducción

Que las partes puedan conocer *ex ante* la ley que regula su contrato internacional, constituye una necesidad imperiosa para ganar en seguridad jurídica internacional. La previsibilidad de la ley del contrato puede alcanzarse principalmente por medio de dos vías distintas (que como se verá son complementarias): las normas de conflicto uniformes y las normas materiales uniformes.

Las normas de conflicto¹ uniformes buscan que todos los jueces de los Estados parte deban obligatoriamente usar la misma norma conflictual para establecer la ley del contrato. Esto no solamente incrementa la previsibilidad, sino que evita el *forum shopping* (Martínez, 2014, p. 88).

Sin embargo, la norma de conflictual trae consigo varias dificultades. Una de ellas atiende a que en la mayoría de los casos la norma conflictual escoge la ley nacional de uno de los contratantes, dándole de esta manera una ventaja contractual injustificada. Incluso, el uso de la autonomía de la voluntad (conflictual)² no resuelve del todo el problema, puesto que alcanzar un acuerdo en este sentido siempre ha resultado complejo, principalmente porque cada parte pretende aplicar su propia ley, y aun alcanzando el acuerdo, es probable que la norma escogida sea la de uno de los contratantes. Y aún si se eligiese la ley de un tercer Estado, traería nuevamente el problema de aplicar una ley desconocida para uno o ambos contratantes (Baasch, 2001, p. 292).

Por otra parte, unificar las normas de conflicto ha representado un enorme reto para los Estados, quienes son reacios a ratificar estos convenios internacionales, principalmente porque no se ha podido abolir la idea de que estas normas uniformes afectan la soberanía estatal, razón por la cual, son muy pocas las normas de conflicto verdaderamente uniformes³.

La otra solución para incrementar la previsibilidad del derecho aplicable a los contratos internacionales sería contar con normas materiales uniformes o al menos armonizadas (Baasch, 2001, p. 292), puesto que los Estados parte tendrían las mismas normas materiales para regular la relación jurídica evitando el conflicto de leyes. Actualmente, las normas materiales uniformes presentan enormes dificultades para cumplir con este anhelado objetivo:

¹ Es importante recordar que la norma de conflicto no resuelve el fondo de la controversia, pues es una norma de remisión, en tal sentido, remite a la ley de un concreto país, para que sea ésta la encargada de dirimir el asunto debatido.

² La autonomía conflictual es la posibilidad que otorga la ley para que las partes de mutuo acuerdo elijan la norma jurídica que regula su contrato internacional, y es normalmente el primer punto de conexión de las normas de conflicto modernas.

³ Tal es el caso de la Convención de México de 1994 sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, donde tan solo dos Estados ratificaron el texto convencional.

1. Las normas materiales uniformes actuales no otorgan una regulación integral⁴ del contrato internacional, razón por la cual persisten los vacíos⁵.
2. Los cuerpos jurídicos uniformes cuentan con múltiples excepciones en su ámbito de aplicación, excluyendo así numerosas relaciones jurídicas⁶. Estos vacíos deben llenarse utilizando la ley nacional, identificada por medio de la norma de conflicto (Basedow, 2000, p. 7).
3. Las partes pueden excluir de común acuerdo el uso del cuerpo jurídico para el caso concreto. En efecto, incluso si el contrato internacional entra dentro del ámbito de aplicación de la norma material uniforme, las partes pueden pactar que dicho cuerpo legal no regule su contrato, es decir, pueden hacer un pacto de exclusión de ley. Esta decisión, es de obligatorio cumplimiento para el juez que conoce el litigio, y por lo tanto, debe escogerse la ley del contrato por medio de la norma de Derecho internacional privado (en adelante DIPr.), persistiendo en los problemas de previsibilidad.

Teniendo en cuenta esta realidad, el presente artículo pretende abordar el estudio de la tercera de las dificultades de unificación planteadas, esto es, la posibilidad de excluir el texto uniforme por medio de la autonomía de la voluntad de las partes. Este escrito se centrará exclusivamente en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (en adelante CISG) como norma material uniforme y su relación con las normas de conflicto. El principal objetivo es determinar si dicha posibilidad de exclusión se constituye en un factor de incertidumbre en la determinación de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional, y por lo tanto, se configura como un obstáculo en la aplicación de la norma material uniforme.

⁴ Las normas materiales uniformes tan solo regulan algunos aspectos del contrato internacional, esto puede verse en los siguientes textos: Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Nueva York, 2005); Convenio de Berna de 1886; Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional de 12 de octubre de 1929; Convenio relativo al transporte internacional de mercancías por carretera de Ginebra, el 19 de mayo de 1956; Convenio internacional relativo al transporte de viajeros y equipajes por ferrocarril (CIV), de 25 de febrero de 1961; Convenio relativo al transporte de pasajeros y equipajes por mar, hecho en Atenas el 13 de diciembre de 1974; Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima de 10 de mayo de 1952; Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la competencia civil en materia de abordaje, de 10 de mayo de 1952; Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (Nueva York, 1995); Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Hamburgo, 1978), entre otros.

⁵ Por ejemplo, la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, regula “exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador [...]”, dejando por fuera aspectos trascendentales del contrato, tales como su validez, y los efectos sobre la propiedad de las mercancías (artículo 4b de la Convención).

⁶ Por ejemplo, el artículo 2 de la Convención de Viena de 1980 excluye las compraventas para el uso “personal, familiar o doméstico [...]”, las compraventas hechas en subastas, las judiciales, electricidad, entre otras.

Armonización del derecho material

En la última década del siglo XX la unificación del derecho entró en una nueva era. Los nuevos Estados independientes junto a las economías emergentes realizaron un proceso de modificación legal, en donde la identidad nacional continuó siendo de gran importancia, pero se hizo un enorme esfuerzo para que las normas reconocidas internacionalmente o la ley uniforme internacional fueran el eje central de esta moderna legislación (Mistelis, 2001). Ejemplo de lo anterior es la CISG. Justamente, esta convención se tomó como modelo para la reforma de la ley de obligaciones en Alemania, y contribuyó en la “modernización de otros sistemas legales internos, como el código civil holandés de 1992, el código civil ruso de 1994, el código civil chino de 2002, y la ley de obligaciones de Estonia 2002” (Kröll, Mistelis & Perales, 2011, p. 10). La ley uniforme también ha influenciado la jurisprudencia nacional, tal es el caso del “principio de buena fe de la CISG” el cual, fue desarrollado en la jurisprudencia australiana y de Nueva Zelanda en “relación a contratos domésticos” (Kröll *et al.*, 2011, p. 10)⁷. Lo cierto es que las leyes internas están tendiendo a la armonización, influenciadas por las normas uniformes y más recientemente por las leyes modelo.

Asimismo, se está haciendo un gran esfuerzo por aumentar los consensos en materia de derecho sustancial internacional, plasmados principalmente bajo la figura del convenio. De la misma forma, el proceso globalizador hizo que bloques económicos y territoriales vieran la necesidad de unificar su normatividad con el objetivo de favorecer los intereses comunes. Así nacieron leyes de origen comunitario, siendo la Unión Europea el más exitoso.

Este naciente proceso unificador ha dejado una enseñanza básica: para que se pueda alcanzar la uniformidad legal, se necesita el cumplimiento de dos condiciones indispensables: la aceptación geográfica y el ámbito de aplicación generalizado.

La primera, requiere que el cuerpo legal tenga una aceptación geográfica universal o por lo menos amplia, esto es, que los todos Estados, o la mayoría de ellos, ratifiquen el texto y lo incluyan dentro de sus normas nacionales. De esta manera, si se presenta un litigio internacional, el juez del Estado parte utilizará la misma disposición material para fallar de fondo. La segunda, se traduce en que la disposición sustituya de modo efectivo todas las leyes existentes (Mistelis, 2001), es decir, que la ley uniforme regule todos, o la mayor cantidad de aspectos de la relación jurídica internacional, evitando vacíos que obligue a acudir a la ley interna por vía de la norma de conflicto.

⁷ Sobre este aspecto los autores citan las siguientes sentencias: *Court of appeal New South Wales* (Australia) 12 March 1992; *Federal Court of Australia* (Australia) 3 November 2000; *Court of appeal of Wellington* (New Zealand) 3 October 2001.

Infortunadamente en la actualidad, las normas materiales uniformes en muy pocos casos cumplen con estas dos condiciones, siendo la CISG y las normas materiales de la Unión Europea los éxitos más significativos. Parte del éxito de la CISG se debe a los “simples requisitos de aplicación” establecidos en los artículos 1-6, es decir, cuenta con una estructura sencilla, aunque su aplicación puede resultar un tanto compleja (Schlechtriem, 2005, p. 1).

La ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías

El régimen jurídico de las compraventas internacionales está compuesto por un derecho material interno y por un derecho material uniforme internacional (CISG). Con la uniformidad legal en materia de compraventa internacional de mercaderías (Rodríguez, 2010) se ha buscado “la supresión de los obstáculos jurídicos con que tropieza” el contratante internacional, promoviendo, de esta manera, “el desarrollo del comercio internacional”.⁸En efecto, el principal objetivo de la CISG es superar las barreras impuestas por los diferentes sistemas legales, generando igualdad entre estados y comerciantes (Mistelis, 2011a, p. 19).

Sin embargo, como la CISG es un instrumento jurídico que no abarca todas las compraventas, ni todos los problemas jurídicos que este contrato internacional conlleva, e incluso, contempla la posibilidad de exclusión del texto convencional mediante el acuerdo de voluntades entre los contratantes, se deben llenar esos vacíos por medio de la norma nacional, contenida generalmente por el código de comercio y/o el código civil. En conclusión, no existe una verdadera unificación legal internacional en materia de compraventa de mercaderías.

Lo anterior, trae como consecuencia que el operador jurídico deba estudiar la relación ineludible y necesaria entre las normas uniformes (CISG) y el derecho interno. Justamente esto, ha permitido el nacimiento de una nueva problemática: “determinar las fronteras entre el Derecho uniforme y el Derecho interno” (Rojo, 1998, p. 72).

En el caso de la CISG, la relación con la normatividad interna, pero en especial, con la norma de conflicto, es muy íntima. Efectivamente, el operador jurídico que dirima un litigio sobre una compraventa internacional de mercaderías debe comprobar, en primer lugar, que la CISG aplique de forma directa (art. 1.a CISG), puesto que la ley uniforme desplaza la aplicación de la norma de conflicto. Para esto, se debe basar exclusivamente en los ámbitos de aplicación de la CISG.

Sin embargo, debe tener presente que en tres casos puntuales, deberá obligatoriamente utilizar la norma de conflicto del foro (doméstica o internacional) para elegir o complementar la ley del contrato: 1. Para aplicar la CISG de manera

⁸ Preámbulo de la Convención de Viena de 1980 sobre la ley aplicable a la compraventa internacional de mercaderías.

indirecta. 2. Para llenar los vacíos que deja la convención. 3. Para escoger la ley aplicable al contrato internacional si las partes hicieron uso de la facultad de exclusión que contempla el artículo 6 CISG. Se profundizará en estas cuestiones.

El artículo 1.1.b.9 insta la aplicación indirecta de la CISG. Lo anterior se presenta cuando no es posible aplicar directamente el texto uniforme de acuerdo con el art. 1.1.a10, esto es, cuando a pesar de tener las partes sus establecimientos en estados diferentes, uno o ninguno es Estado parte de la CISG.

Como no puede aplicarse directa y automática el texto de la convención, la normatividad uniforme regula una segunda opción por medio de la intervención de la norma conflictual. Esta posibilidad se presenta cuando la norma conflictual del juez que conoce el caso, remite a la ley de un país que es parte de la CISG, y como la convención hace parte del derecho interno de ese Estado, dicha norma debe utilizarse obligatoriamente por el juez para fallar de fondo. Nótese que para aplicar la norma uniforme, en este caso, es “indispensable y prerequisite” utilizar la norma de conflicto (Mistelis, 2011b, p. 23).

Por otra parte, si el contrato es regulado por la CISG, ya sea por su aplicación directa o incluso la indirecta, el juez debe utilizar, también, la norma de conflicto para llenar los vacíos que deja el texto convencional. En efecto, como ya se mencionó, la CISG no regula la totalidad de situaciones que puedan presentarse en un contrato de compraventa internacional de mercaderías, por lo que estos vacíos necesariamente deben ser llenados con la norma nacional, mediante la intervención de la norma de conflicto interna o uniforme. Por esta razón se recomienda, aún si es aplicable de forma directa el texto de la convención, redactar una cláusula de elección de ley aplicable haciendo uso de la autonomía conflictual (Mistelis, 2011b, p. 23).

Finalmente, el juez utilizará la norma de conflicto cuando, a pesar de que es aplicable la CISG al contrato internacional, las partes deciden excluir el texto convencional como norma aplicable a su contrato. Esto sucede porque la autonomía de la voluntad de los contratantes debe ser respetada por el juez que dirime el litigio, y por lo tanto, obligatoriamente ha de fallar con una ley diferente a la CISG, y esta ley será identificada por medio de la norma de conflicto del foro.

En consecuencia, para regular una compraventa internacional de mercaderías el juez debe acudir a la norma uniforme y/o a la norma interna. En unos casos la CISG desplaza a la norma interna (aplicación directa e indirecta), en otros eventos la CISG y la norma interna se complementan (cuando es necesario llenar los vacíos de la convención, o cuando hay una exclusión parcial), y en otros casos la norma

⁹ “b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante”.

¹⁰ “1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes [...]”

interna regula exclusivamente el contrato internacional (cuando no se aplica ni directa ni indirectamente la convención y cuando las partes excluyen totalmente el texto de la CISG).

Exclusión de la Convención de Viena de 1980

La CISG es una norma material uniforme que regula algunos aspectos de la compraventa internacional de mercaderías, y tiene una especial característica: su aplicación es muy restringida. Efectivamente, incluso cuando todos los requisitos contemplados en los artículos 1-5 CISG se cumplen a cabalidad, esto no significa que la convención necesariamente va a regular la relación jurídica (Ferrari, 2004), pues ésta se aplica solo en la medida en que no se pueda establecer una intención contraria de las partes (Bonell, 1987). Lo anterior, porque a pesar de ser una ley uniforme, tiene carácter dispositivo por parte de los contratantes.

Los redactores del convenio reconocieron el rol central que desempeña la autonomía de los contratantes en el comercio internacional (Cadena, 2005) y en particular en las ventas internacionales (Ferrari, 2005), por tal motivo, instituyeron la expresión máxima de este principio en el artículo 6 (Graves, 2011, p. 127), instaurando que de común acuerdo las partes “podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”¹¹. De esta forma, se reafirma uno de los principios generales incorporados en la Convención de la Haya de 1964, el cual establece “*the principle that the primary source of the rules governing international sales contracts is party autonomy*” (Ferrari, 2004, p. 116).

Esta posibilidad de excluir el texto de la CISG generó algunas preocupaciones, ya que el contratante económicamente más fuerte podría abusar de su poder imponiendo su propia ley nacional. Por tal motivo, no faltaron propuestas que pretendieron limitar la autonomía de las partes¹². No obstante, se concluyó que la autonomía de la voluntad debería ser tan amplia que incluso permitiese la exclusión tácita de la Convención (Bonell, 1987). Justamente, en la actualidad se ha abandonado la doctrina que indicaba que la única forma de excluir la aplicación de la CISG era haciéndolo de manera explícita (Murphy, 1989, p. 743), y se ha abierto paso a las denominadas exclusiones implícitas o tácitas (Menezes & Ribeiro, 2018, p. 129).

En consecuencia, las partes de mutuo acuerdo pueden excluir totalmente la aplicación de la CISG, establecer que no se apliquen determinadas secciones de la Convención, o incluso excluir algunos concretos artículos (Calvo, 1998, p. 92).

¹¹ Artículo 6 de la Convención de Viena sobre compra venta internacional de mercaderías de 1980.

¹² Una de esas propuestas sugería que las partes, al excluir la convención en su totalidad o la derogación de cualquiera de sus disposiciones, deberían estar obligadas a indicar qué otra ley o normas deben regir su contrato.

Conclusión obligada de lo anterior, es que la ausencia de un acuerdo de exclusión¹³ constituye también un requisito de aplicabilidad de la CISG (Schwenzer y Hachem, 2016, p. 106). Este acuerdo de exclusión puede ser expreso o tácito, según se verá.

Exclusión expresa

Las partes de un contrato de compraventa internacional pueden pactar que la CISG no se aplique a su relación jurídica en todo o en parte. A diferencia de la propuesta de compraventa europea, donde el acuerdo expreso se requiere para la aplicación de la norma común¹⁴, la Convención dispone que las partes en su contrato o en un documento separado, pueden optar por descartar en todo o en parte la CISG; esto es lo que se conoce como el pacto de “*non lege utenda*” (Calvo, 1998, p. 95). Por lo tanto, para que los contratantes puedan hacer uso de la posibilidad de exclusión contemplada en el artículo 6 CISG, se requiere, que el acuerdo sea mutuo¹⁵, claro, inequívoco y afirmativo (Menezes y Ribeiro, 2018, p. 127). Consecuentemente, una manifestación unilateral en tal sentido carece de toda fuerza obligatoria (Schwenzer y Hachem, 2016, p. 105), e incluso cuando se alcanza un acuerdo entre las partes, ha de tenerse muy en cuenta “el lenguaje” con el que se hace la exclusión (Farnsworth, 1988).

Lo lógico es que los contratantes, antes de tomar la decisión de establecer este pacto, analicen que efectivamente la CISG le es aplicable a su relación jurídica, por cumplirse todos los presupuestos establecidos por los artículos 1-5 CISG, ya que solo así se entendería razonable establecer un acuerdo en este sentido.

La exclusión expresa de la CISG puede presentar tres variantes:

a. Exclusión expresa con indicación de la ley aplicable. Si las partes además de excluir la aplicación de la CISG indican —en uso de su autonomía conflictual— cuál es la norma nacional que debe regular el contrato, el juez debe aplicar para solucionar el asunto el ordenamiento jurídico elegido por los contratantes, descartando el uso de la CISG. Esta elección debe hacerse siguiendo los parámetros

¹³ Así lo analizan las siguientes sentencias: “*The parties did not exclude the application of the Convention according to Art. 6: Furniture case, Appellate Court Hamm, Germany, 23 June 1998*”; “*The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (“Vienna Sales Convention”, CISG) of 11 April 1980 applies – unless otherwise stipulated (Art. 6)...” Bonaldo vs. A.F Switzerland, Appellate Court Valais, 29 June 1994*; *Leather goods case, Appellate Court München, Germany, 9 July 1997*.

¹⁴ Artículo 8.1. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, Bruselas, 11.10.2011 COM (2011) 635 final 2011/0284 (COD) C7-0329/11: “La utilización de la normativa común de compraventa europea requiere un acuerdo al efecto entre las partes. La existencia de dicho acuerdo y su validez se determinarán con arreglo a los apartados 2 y 3 del presente artículo y al artículo 9, así como a las disposiciones pertinentes de la normativa común de compraventa europea”.

¹⁵ *Vid. Fat for frying case, District Court Kiel, Germany 27 July 2004*.

establecidos por la ley del foro¹⁶, la cual puede permitir dicha designación, incluso, en el curso del proceso judicial (Menezes y Ribeiro, 2018, p. 127).

Es importante destacar que la CISG solo les exige a las partes del contrato que manifiesten su consentimiento de descartar la aplicación total o parcial de la Convención, pero no les exige que establezcan un cuerpo jurídico de reemplazo.

b. Exclusión expresa sin designación de ley aplicable. Si las partes excluyen la CISG, pero no designan la norma que regula el contrato, lo que procede, es que el juez utilice las normas de conflicto del foro en ausencia de elección de parte para determinar la ley del contrato. Si estas disposiciones designan la legislación de un Estado que no es parte de la CISG, se utilizan las normas internas para fallar de fondo. Si, por el contrario, designa la ley de un Estado parte de la CISG, el juez debe descartar el uso de la Convención y utilizar las normas internas. Lo anterior, porque las partes expresamente descartaron la aplicación de la CISG, y el operador jurídico debe atender a la voluntad de las partes.

c. Exclusión parcial. Si las partes excluyen parcialmente la CISG y no establecen una norma sustituta, el juez debe regular los asuntos descartados con una ley diferente a la Convención. Existen dos posiciones doctrinales respecto del camino que debe seguir el operador jurídico para llenar estos vacíos: La primera, considera que para los asuntos excluidos deben aplicarse los principios generales consagrados en el artículo 7.2 de la CISG:

Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado¹⁷.

Es decir, la propia CISG es la que regula el vacío que deja la exclusión.

La segunda posición considera que para aquellos asuntos excluidos debe aplicarse la ley designada por la norma de conflicto del foro (Ferrari, 2004). Esta es la opinión que debe prevalecer, pues en palabras de Ferrari, la opinión contraria haría que “la exclusión no tuviese un significado práctico. De hecho, no tendría mucho sentido sustituir las soluciones específicas previstas por la Convención y que, por lo tanto, están necesariamente en conformidad con sus principios generales, con soluciones que están en conformidad con los principios generales en los que se basa la Convención” (Ferrari, 2005).

¹⁶ Colombia no cuenta con parámetros legales para el ejercicio de la autonomía conflictual, como si se encuentra regulado en el artículo 3 del reglamento Roma I de la Unión Europea.

¹⁷ Artículo 7.2 de la Convención de Viena sobre compra venta internacional de mercaderías de 1980.

Exclusión tácita

Las disposiciones de la CISG no establecen de manera directa la posibilidad de hacer una exclusión tácita (en todo o en parte) del texto de la convención, como si lo traía el Art. 3 de ULIS 1964. Según esta norma, la exclusión podría ser “expresa o implícita” (Honnold, 1999). Esto produjo una división en la doctrina acerca de permitir dicha posibilidad en la CISG, sin embargo, esta ausencia de regulación directa no debe interpretarse de restrictivamente, pues solo tiene el objetivo de disuadir a los tribunales a inferir fácilmente una exclusión o exención “implícita” de las disposiciones del Convenio (Ferrari, 2005; Menezes y Ribeiro, 2018).

Siguiendo esta interpretación, hoy en día existe un generalizado consenso acerca de la utilidad y conveniencia de la exclusión tácita de la CISG (Borisova, 2004), siempre y cuando reúna dos requisitos: que sea “real (se deduzca con claridad de acuerdo a las circunstancias del contrato) y conciente (las partes conocen la aplicación de la CISG y por eso pretenden excluirla)” (Calvo, 1998, p. 95; Oviedo, 2009).

Supuestos de exclusión tácita

La jurisprudencia y la doctrina han establecido que aunque las partes no hayan perfeccionado un acuerdo en el sentido de descartar en todo o en parte el uso de la CISG, en cinco supuestos se puede excluir la convención de forma tácita. Se analizarán cada uno de ellos.

a. El primero se presenta cuando las partes eligen como ley aplicable las normas jurídicas de un Estado que no hace parte de la CISG (Schwenzer & Hachem, 2016, p. 106). Aquí los contratantes en virtud de su autonomía conflictual eligen como ley aplicable las normas sustantivas de un Estado que no ha ratificado la CISG, y como la autonomía de los contratantes debe prevalecer, la CISG no es aplicable para regular este contrato. No obstante, esta elección de ley debe cumplir con los requisitos establecidos para tal efecto en la norma de conflicto del foro (Schlechtriem, 2005, p. 1). Es importante destacar que los contratantes no pactan expresamente excluir la CISG, tan solo designan la ley nacional aplicable a su contrato.

b. En segundo lugar, las partes eligen como ley aplicable las normas jurídicas internas de un Estado parte de la CISG. Para este supuesto dos posturas predominan. Una primera considera que esta elección de ley “*ought to amount to an implicit exclusion of the CISG because otherwise the manifested intent of the parties would have no practical meaning*” (Ferrari, 2004, p. 124). Es decir, si las partes hicieron la elección de la ley ese Estado (que es parte de la CISG), lo hicieron con la intención —no manifiesta— de excluir la CISG, pues de lo contrario ¿qué sentido tendría tal elección? (Karollus, 1991).

La segunda postura se opone a la primera y afirma que esta elección de ley no excluye la aplicación de la CISG¹⁸. En efecto, lo que hace esta designación es suplir los vacíos que tiene la CISG, es decir, la Convención opera para aquellas cuestiones que están dentro de su ámbito de aplicación, y para lo no regulado, se emplea la ley interna escogida por los contratantes (por ejemplo la validez del contrato), evitando así tener que recurrir a las complejas reglas del DIPr. para determinar la ley aplicable a los asuntos no regulados por la CISG (Ferrari, 2005). Así lo sostuvo el siguiente laudo arbitral:

The problem arises in situations when the parties opted for a national law that encompasses the Vienna Convention to be applicable. Part of comparative judicial and arbitral practice is of the opinion that the choice of a national law of a State that is a party to the Convention implicitly entails exclusion of the Vienna Convention and application of internal law instead, since if it had been otherwise, the choice of applicable law would be rendered meaningless. The majority standing however is that the choice of a national law of a State party to the Convention includes the applicability of the Vienna Convention since it regulates the international sale of goods in the State whose laws were chosen as applicable, while the internal law will be applied with respect to the issues not governed by the Vienna Convention. If the parties opted for a law of certain State to be applied, without expressly delineating that they choose internal law of the State, the Vienna Convention will be applicable¹⁹.

Por lo tanto, si lo que pretenden las partes es derogar la aplicación del texto de la CISG, deben dejar claridad en este sentido (Schlechtriem, 2005, p. 1). Esta interpretación es la que debe prevalecer, pues en palabras del profesor Ferrari (2004) “*avoids having to resort to the complex rules of private international law in order to determine the law applicable to issues not governed by the CISG*” (127).

¹⁸ Así lo establecen distintos pronunciamientos judiciales: *Peat fuel bricks case*, Economic Court of Grodno Region, Belarus, 21 January 2008; *Surface protective film case*, Supreme Court, Germany, 25 November 1998: “The Court of Appeals explains that the CISG applies to the legal relationship between the parties since Germany and Austria are Contracting States to the Convention. The choice of law provision in No. 13 of the [Seller]’s general terms and conditions (“German law applies”) does not contradict this finding”; *Furniture case*, District Court Nidwalden, Switzerland, 3 December 1997: “Both parties are correspondingly and exclusively relying on the applicability of Swiss law. According to case law and literature cited above, this cannot in itself constitute an implied choice of law. However, there is another objective indicating factor in the case at hand: Art. 3.1 of the [Seller]’s “Condizioni Generali di Vendita” (General Sales Conditions; hereinafter referred to as “cgv”) provides for Italian law to apply. These conditions were signed by both parties and submitted to the present proceedings ([Seller]’s exhibit 4, [Buyer]’s exhibit 196). Therefore, the parties have known of their content and were aware of having made a choice of law in favor of Italian law. When the parties now expressly refrain from relying on these provisions and base their whole submissions solely on Swiss law instead, it means that such corresponding conduct is to be regarded as an implied choice of Swiss law. As a consequence, the present dispute is governed by Swiss law”; *Tinned cucumbers case*, Appellate Court Düsseldorf, Germany, 8 January 1993.

¹⁹ *Agricultural products and cereals case*, Foreign Trade Court attached to the Serbian Chamber of Commerce, Serbia, 6 May 2010.

La jurisprudencia avala esta posición, pues cuando las partes han establecido en su contrato que se aplica la “ley de Australia”²⁰, la ley de Suiza²¹, o la ley del “país del vendedor”²², el juzgador ha interpretado que los contratantes están “reafirmando” la aplicación de la CISG y no el uso de la norma interna (Lookofsky, 2003, p. 273).

c. Las partes también podrán descartar la aplicación total o parcial de la CISG mediante el uso de “condiciones generales de contratación”²³ siempre y cuando estén “válidamente incluidas en el contrato”, (Calvo, 1998, p. 95; Schwenzer y Hachem, 2016, p. 106) y su contenido esté enormemente influenciado por reglas y conceptos de un sistema legal concreto, que sea incompatible con la CISG, e implícitamente las partes manifiesten la intención de que su contrato sea gobernado por ese cuerpo legal. Asimismo, su uso sugiere la intención de excluir la aplicación de la CISG como un todo (Ferrari, 2004, p. 128).

d. La elección del Tribunal competente también podría excluir la aplicación de la CISG. Esto se plantea en el caso del arbitraje con dos requisitos: 1. Que se pueda inferir que la elección del Tribunal arbitral lleva también implícita la elección de la ley del foro como la aplicable al contrato. 2. Las partes deben elegir un Tribunal que no esté ubicado en un país contratante de la CISG (Ferrari, 2004, p. 128). No obstante, debe considerarse que la sola existencia de esta cláusula no es suficiente para descartar la aplicación de la Convención, esto porque la elección del foro es comúnmente motivada por razones diversas a las que llevan a la designación de la ley aplicable al contrato, por ejemplo, los costos del proceso (Schwenzer y Hachem, 2016, p. 112).

e. Un caso más controvertido sucede cuando las partes no acuerdan excluir la CISG, pero en el proceso judicial basan sus argumentos en normas jurídicas de derecho interno, y en este preciso caso, se cumplen todos los criterios de aplicación de la Convención²⁴. Algunos tribunales han establecido que dicha circunstancia

²⁰ Battery machinery case, ICC Arbitration Case No. 7660 of 23 August 1994.

²¹ ICC CASE 7565/1994

²² Russia 24 January 2000 Arbitration proceeding 54/1999. “The fact that the parties agreed on the applicability of a certain national law to their sales contract does not preclude the applicability of the CISG if the commercial activities of the parties focus on different Contracting States of the CISG and if the parties did not explicitly exclude the application of the CISG. The law chosen by the parties then applies subsidiarily”.

²³ Sobre la no exclusión de la CISG por condiciones generales de contratación Vid. Auto case, Appellate Court, Linz, Austria, 23 January 2006; Tantalum powder case, Supreme Court, Austria, 17 December 2003

²⁴ Sobre este aspecto véase Oviedo (2009).

excluye la aplicación de la CISG²⁵. Sin embargo, la posición que debe ser asumida en este caso es que “el solo hecho de que las partes litiguen sobre la base de la ley doméstica, no conduce *per se* a la exclusión de la CISG” (Ferrari, 2004, p. 131). Así lo sostuvo un tribunal italiano al exponer que “no puede considerarse que los contratantes han hecho una exclusión de la CISG en los términos del artículo 6, cuando en el desarrollo del proceso judicial hayan hecho una remisión al Derecho interno”²⁶.

Lo anterior, debido a que en no pocos casos esta circunstancia ocurre porque las partes ignoran que la normatividad aplicable es la CISG, y por lo tanto, se ha sostenido que “*statements based on ignorance are not agreement, because they lack the necessary intention to be bound*” (Schwenzer y Hachem, 2016, p. 112).

Solo se podría llegar a la exclusión de la norma convencional, cuando las partes al realizar la elección de la ley doméstica para sustentar sus argumentos dentro del litigio, sean conscientes de la aplicabilidad del CISG, o cuando se pueda inferir con certeza que con dicha decisión las partes quisieron excluir la aplicación de la Convención (Ferrari, 2004). Así lo determinó un Tribunal francés en el caso *Weed killer*. Se trataba de un contrato celebrado entre una empresa portuguesa y otra francesa para la venta de productos herbicidas. La empresa francesa -inicialmente compradora- revendió los herbicidas a otra empresa de Tunes, quien a su vez las volvió a vender a otra empresa francesa. Las dos últimas demandaron a las dos primeras por vicios ocultos de la mercancía comprada y basaron sus argumentos en el artículo 1641 del código civil francés. La empresa portuguesa impugnó la decisión del tribunal de apelación donde fueron condenados a pagar distintas sumas de dinero como indemnización. El principal argumento fue que el tribunal debió aplicar de oficio la CISG para fallar de fondo. La Corte de Casación estableció que las partes al haber invocado y discutido el problema contractual bajo la ley interna de Francia, y al conocer

²⁵ Así lo estableció una Corte alemana en la sentencia: *Motorcycle clothing and accessories case, Appellate Court Köln, Germany, 28 May 2001*: “Uncontested by any party, the District Court also rightfully found that there had been an implied designation of German law. It is sufficient for an implied choice of law that both parties jointly assumed a certain jurisdiction to govern their dispute, respectively, that they jointly argue under consideration of a domestic law (cf. Palandt/Heldrich, BGB [*], 60th ed., Art. 27 EGBGB [*] para. 7 with references. This concept applies to the case at hand. Already in the First Instance, the parties founded their submissions on provisions of German substantive law. Moreover, the District Court expressly stated that it would consider an implied designation of the applicable provisions of German law (HGB [*] for CISG), which was not contested by either party in the appellate proceedings”. También puede verse la sentencia Jorge Plaza Oviedo vs. Sociedad Agrícola Sacor Limitada, Corte Suprema, Chile, 22 Septiembre 2008: “Respecto a la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, termina la sentencia, debe tenerse presente que de conformidad con su artículo 6° las partes podrán excluir la aplicación del presente convenio o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos, y al no haberse basado la demanda y la réplica en las disposiciones legales de esta Convención, debe entenderse que se renunció tácitamente a dicho estatuto, rigiéndose, en consecuencia, por las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio que invocara”; en igual sentido vid. Muller Ecole v. Federal Trait, Supreme Court, France, 26 June 2001; Société Anthon GmbH & Co. vs. SA Tonnellerie Ludonnais, Supreme Court, France, 3 November 2009.

²⁶ *Rheinland Versicherungen vs. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina s.p.a., Tribunale di Vigevano* (Juez A. Rizzieri), 12 julio 2000.

sin lugar a dudas el carácter internacional de la compraventa, habían excluido de modo tácito la CISG de acuerdo con el artículo 6²⁷.

Si lo anterior no se presenta, el juez debe aplicar obligatoriamente la CISG, pues el uso de la ley local, no se consideraría una exclusión de la Convención a efectos del artículo 6, ya que el hecho de que las partes invoquen la ley equivocada en sus actuaciones judiciales no implica la exclusión de la CISG (Schwenzer y Hachem, 2016, p. 112).

Posibilidad de exclusión y la previsibilidad de la ley aplicable

La CISG ha contribuido en la previsibilidad de la ley aplicable al permitir que 89 Estados cuenten con un mismo cuerpo jurídico para regular algunos aspectos de la compraventa internacional de mercaderías. Esta norma material uniforme, es sin duda, uno de los casos más exitosos en materia de unificación legal en el mundo, y cuenta ya con abundante doctrina y jurisprudencia que coadyuva en la interpretación uniforme. Sin embargo, —como se expuso— el propio texto de la Convención concede la posibilidad a los contratantes de hacer un pacto de “*non lege utenda*”, es decir, excluir la Convención en todo o en parte.

Teniendo en cuenta que el principal objetivo de la unificación normativa es la previsibilidad de la ley aplicable, dicha pretensión podría quedar en entredicho con la exclusión del texto de la Convención, debido a que el juez que conoce el asunto en ningún caso puede basar su sentencia en la CISG, debiendo utilizar entonces la norma de conflicto para designar el derecho nacional aplicable.

Por esta razón, un pacto de exclusión podría revivir los problemas de previsibilidad de la ley del contrato de compraventa internacional, y podría constituirse en un verdadero obstáculo a la unificación del derecho. Varias precisiones deben hacerse de acuerdo con cada uno de los supuestos de exclusión:

1. Si las partes además de excluir expresamente el texto de la convención, establecen correctamente la norma jurídica que ha de utilizar el juez para fallar de fondo, no pondrían en riesgo la previsibilidad de la ley aplicable, puesto que no existe ley más previsible que aquella que es elegida conjuntamente por los contratantes. Por lo tanto, en este caso la exclusión de la Convención no afectaría la previsibilidad de la ley del contrato.

Sin embargo, debe destacarse que la CISG no regula los requisitos y límites de la autonomía conflictual, luego, debe acudir a las normas de DIPr. del foro para determinar si dicha elección es válida de acuerdo con sus disposiciones

²⁷ Weed killer case, Supreme Court, France, 25 October 2005.

(Bonell, 1987). En consecuencia, los límites a esta posibilidad se encuentran en las normas de DIPr. del juez que conoce el litigio, y es aquí donde esta opción puede generar incertidumbre. En efecto, la incertidumbre se presenta porque aunque existen países que cuentan con cuerpos jurídicos que regulan de modo directo la autonomía conflictual, por ejemplo aquellos que hacen parte del Reglamento Roma I (Art. 3) o de la Convención de México de 1994 (Art. 7), muchos otros Estados no contemplan una regulación específica sobre el tema, dejando a la discrecionalidad del juez los límites o incluso la validez de una cláusula en este sentido. Tal es el caso de las normas internas colombianas. Aquí un breve vistazo.

La autonomía conflictual se encuentra ausente en la legislación de Colombia, por lo que hay que recurrir a otras disposiciones jurídicas internas e internacionales, para encontrar un sustento legal que avale este derecho.

En primer lugar, se acude a los artículos 1602, 15, 16 del código civil. El artículo 1602 reconoce que los acuerdos alcanzados mediante el contrato constituyen una ley de carácter particular, cuya invalidación tan solo se hará por los mismos contratantes o por aquellas causas legales que así lo estipulen. Así pues, las partes pueden incluir en el contrato todas las cláusulas que estimen convenientes y que no sean contrarias a la ley, la moral y las buenas costumbres, y una de estas cláusulas puede ser la elección de la ley que regulará el contrato de compraventa internacional.

Justamente, los artículos 15 y 16 del código civil establecen los límites de los contratantes a la hora de fijar su clausulado. El artículo 15 estipula que tan solo se podrán renunciar aquellos derechos reconocidos por las normas jurídicas que afecten el interés particular de quién renuncia, siempre y cuando esta renuncia no se encuentre prohibida por una disposición legal, como pueden ser la obligación de alimentos, la rescisión por lesión enorme, entre otras.

Por su parte el artículo 16 del código civil afirma que no pueden derogarse por acuerdos particulares las leyes “en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”, lo que indica que por fuera de esta restricción los particulares pueden establecer cláusulas a su contrato de común acuerdo.

Justamente, en este punto existe un debate sobre si el artículo 869 del código de comercio (norma de conflicto en materia mercantil) es una norma imperativa que impide a las partes pactar de mutuo acuerdo una ley diferente a la determinada por la disposición (Oviedo, 2013 p. 11). Sin embargo, la interpretación que debe prevalecer es aquella que identifica esta disposición como una norma no imperativa, permitiendo a las partes la autonomía conflictual.

De esta manera, y dentro de los límites de las anteriores normas, se debe considerar que una cláusula que establezca la ley que regula un contrato internacional es perfectamente válida en el ordenamiento jurídico colombiano y debe ser obligatoriamente aplicada por el juez que conozca el asunto.

De igual forma, se podría acudir a los tratados internacionales que han sido firmados, pero no ratificados por el Estado colombiano y que permiten la autonomía conflictual, tal es el caso de la Convención de México de 1994; también podrá recurrirse, por medio de analogía, a la norma de arbitraje internacional.

En suma, en el ordenamiento jurídico colombiano no existe norma que permita o prohíba directamente la autonomía conflictual²⁸, por lo tanto, la designación de la ley aplicable al contrato internacional es un acuerdo válido que no va en contravía del ordenamiento jurídico colombiano, y que ya viene siendo avalado por la jurisprudencia²⁹.

No obstante, esta interpretación, el hecho de que países como Colombia no cuenten con una regulación específica sobre la autonomía conflictual, indudablemente incrementa la incertidumbre, dado que los contratantes que pretendan excluir la CISG y hacer una designación de ley de reemplazo, no pueden conocer *ex ante* si su designación es válida, pues finalmente será el juez quién defina tal situación utilizando por analogía las normas mencionadas.

De acuerdo con lo dicho, si las partes expresamente excluyen el texto de la CISG, y adicionalmente cumplen con los requisitos establecidos por las normas de conflicto para la elección del derecho aplicable al contrato de compraventa internacional de mercaderías, no se presentarían los problemas de previsibilidad de la ley del contrato. Sin embargo, si según la norma de conflicto del foro la elección de ley hecha por los contratantes contraviene las disposiciones sobre tal materia, el juez debe desechar tal elección y acudir a las normas en defecto de elección (Art. 4 Reglamento Roma I, Art. 20 CC colombiano, Art. 869 CCo colombiano) para establecer la ley del contrato. De tal suerte que, si del uso de la norma de conflicto se desprende que la ley aplicable es la de un país no contratante de la CISG, se aplicarán sus normas internas para fallar de fondo. Para el caso en que se identifique como ley del contrato las normas jurídicas de un país parte de la Convención, se deben aplicar, también, sus leyes internas, puesto que las partes, de manera inequívoca, excluyeron de su contrato el texto de la CISG y su autonomía ha de prevalecer (Ferrari, 2005).

²⁸ Excepto el artículo 1328 del código de comercio que establece una norma imperativa para el contrato de agencia comercial, pero incluso esta disposición solo instaura una restricción cuando el punto de conexión sea la ejecución del contrato dentro del territorio colombiano, lo que se traduce en la posibilidad de pactar una cláusula de elección de ley por fuera de esta restricción, por ejemplo, cuando el contrato se deba ejecutar en el extranjero.

²⁹ *Vid.* Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de 21 de febrero de 2012.

Por lo tanto, si no existe ley que regule la autonomía conflictual, o existiendo, las partes realizan una designación inválida de acuerdo con esas disposiciones, indudablemente la exclusión de la CISG estaría afectando la previsibilidad de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional de mercaderías.

1. Si las partes excluyen el texto de la CISG pero no hacen uso de su autonomía conflictual, o si hecha la elección resultare inválida según las normas de DIPr. del foro, estarían propiciando deliberadamente el retorno de la incertidumbre, porque no queda otro camino para el juez que designar la ley del contrato internacional por medio de su propia norma de conflicto. Es decir, con su decisión las partes están cambiando previsibilidad por incerteza. Lo anterior, porque los puntos de conexión son muy disímiles, van desde puntos rígidos (como el artículo 4.1 de Reglamento Roma I) que disminuyen la discrecionalidad judicial propiciando mayor certeza de resultado, hasta puntos de conexión flexibles (artículo 9 Convención de México de 1994) que otorgan un rol determinante al juzgador a la hora de elegir la ley del contrato, favoreciendo indudablemente la incertidumbre. Incluso, la situación puede ser aún peor, pues en países como Colombia que no cuenta con una ley de DIPr. moderna y que sus normas de conflicto unilaterales son vagas y confusas, la designación de la ley al contrato de compraventa internacional resulta precaria, como se verá a continuación.

Las normas de conflicto internas en Colombia se encuentran plasmadas en el código civil y en el código de comercio, separadas por la ya obsoleta distinción entre relaciones jurídicas de índole mercantil y civil. Estas normas son unilaterales, es decir, solo determinan cuándo es aplicable la ley colombiana, y no contienen reglas para establecer la ley extranjera.

El Código civil colombiano cuenta con una norma de conflicto en materia contractual en su artículo 20³⁰. Para un buen entendimiento de esta compleja disposición se debe establecer en primer término el lugar de ejecución del contrato. Si el contrato debe ejecutarse en Colombia se aplicará la ley colombiana según inciso 3 del artículo 20 del código civil. Sin embargo, si el contrato debe ejecutarse en el extranjero, en principio no se aplicaría la ley colombiana, salvo que dicho contrato afecte intereses de la nación. Para saber cuáles contratos afectan los intereses de la nación se debe atender, en primer lugar, aquellos contratos en que la propia ley lo manifiesta de forma expresa (Aljure, 2007). Asimismo, afectan el interés de la nación los contratos que versen sobre bienes situados en el territorio colombiano, por la soberanía estatal que se ejerce sobre el suelo. También cuando

³⁰ "Los bienes situados en los territorios, y aquéllos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia. Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño. Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la Nación, se arreglarán a este código y demás leyes civiles de la unión".

una disposición de orden público establezca la aplicación de la ley colombiana. En conclusión, se aplicará la ley de Colombia a aquellos contratos internacionales que deban cumplirse dentro del territorio nacional o cuando dichos contratos afecten los derechos o intereses de la nación (Aljure, 2007).

El Código de comercio, por su parte, tiene establecida una norma de conflicto general ubicada en el artículo 869³¹. El punto de conexión de esta norma es el lugar de ejecución de los contratos —en este caso mercantiles—, pero al ser unilateral, solo determina cuándo se aplica la ley sustantiva colombiana. De esta manera, si el contrato internacional debe cumplirse dentro del territorio nacional, serán las leyes colombianas las que regularán el fondo del asunto, basados en el principio *lex loci solutionis*. La pregunta que surge aquí es: ¿si el contrato de compraventa es ejecutado en el extranjero también se aplica la ley del lugar de su ejecución? La respuesta a esta pregunta ha de ser afirmativa, puesto que “debe entenderse de manera genérica que será aplicable la ley del país de la ejecución del contrato, ésta debe ser la interpretación adecuada de este artículo, ya que no se ha producido la bilateralidad de la norma por vía jurisprudencial” (Medina, 2007). Adicionalmente, porque el juez colombiano necesariamente debe establecer la norma sustantiva mediante el uso la norma de conflicto, y al no aplicarse la ley colombiana porque el contrato no se ejecuta en el país, el operador jurídico debe usar la ley del país donde se ejecuta efectivamente el contrato, y esto lo hace mediante la interpretación extensiva de la norma de conflicto unilateral.

El breve panorama expresado anteriormente, muestra con claridad la enorme dificultad de establecer la ley aplicable al contrato de compraventa internacional por medio de la norma de conflicto colombiana. Y justamente esto es lo que la unificación normativa por medio de la CISG pretende evitar, así que la conclusión obligada sería que si las partes de modo expreso excluyen la aplicación de la Convención y no hacen una válida elección de ley, dejarían que la incerteza gobierne su contrato internacional.

2. Los eventos de exclusión tácita contemplados por la doctrina y la jurisprudencia no constituyen un límite para la previsibilidad de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional. Justamente, en todos estos supuestos (que son bastante restringidos y excepcionales) las partes eligen la ley del contrato —en unos de manera directa y en otros de forma implícita (elección de tribunal, en el proceso las partes basan sus argumentos en una norma interna)—, aunque sin excluir de modo expreso la CISG. Esto posibilita que el juez que conoce el asunto, utilice las normas elegidas por las partes (de manera directa o implícita) para fallar de fondo, evitando así la incertidumbre de la ley del contrato.

³¹ “La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley Colombiana”.

En conclusión, solo cuando las partes hacen una exclusión expresa de la CISG con correcta designación de la ley aplicable, y en los casos de exclusión tácita, la decisión de descartar la Convención para regular el contrato de compraventa internacional no afectaría la previsibilidad de la ley aplicable, objetivo primario de las normas materiales uniformes.

Conclusiones

La unificación de la ley material brinda seguridad jurídica internacional a los contratantes al evitar el conflicto de leyes, permitiendo previsibilidad de la ley del contrato. No obstante, hoy no se han podido superar los múltiples problemas que esta unificación legal conlleva, tales como: consenso internacional, ámbitos de aplicación, problemas de interpretación, entre otros.

Lo anterior, trae como consecuencia que el juez que dirime el asunto deba acudir, en varios escenarios, a la norma de conflicto para llenar los vacíos que deja la ley uniforme, es decir, para complementarla, e incluso para sustituirla, cuando la relación jurídica no se inscribe en sus ámbitos de aplicación. Por esto, hoy más que nunca debe estudiarse la relación entre las normas materiales uniformes y las normas de conflicto (internas o uniformes).

La CISG es un referente jurídico en materia de uniformidad material para el contrato de compraventa internacional de mercaderías, no obstante, su aplicación es limitada. Esto se debe a que solamente regula algunos aspectos de la compraventa de mercaderías, y al hecho de excluir de su clausulado a muchas compraventas internacionales.

Otro aspecto trascendental en la aplicación de la CISG, es la posibilidad de excluir en todo o en parte, el texto de la Convención. Esta posibilidad de exclusión debe valorarse de manera positiva, pues no hace otra cosa que respetar la autonomía de la voluntad de los contratantes, principio básico del derecho internacional privado.

Sin embargo, de este trabajo se deriva que, cuando las partes de manera expresa excluyen la aplicación de la CISG, sin hacer uso de su autonomía de la voluntad conflictual, es decir, sin elegir la ley que reemplaza el texto uniforme, se está obstaculizando el principal objetivo de la unificación material: la previsibilidad de la ley del contrato. Lo anterior sucede porque el juez debe acudir a su propia norma de conflicto en defecto de elección para identificar la ley del contrato, y como se tuvo oportunidad de analizar, muchas normas conflictuales poseen puntos de conexión flexibles que no permiten tener certeza del resultado de dicha elección, e incluso, muchos países cuentan con normas de conflicto unilaterales y obsoletas.

Asimismo, se genera incertidumbre cuando los contratantes haciendo uso de su autonomía conflictual, designan de manera errada la ley del contrato (de acuerdo con las normas del foro), puesto que, en este caso, el juez también debe acudir a la norma de conflicto en defecto de elección, surgiendo los problemas antes mencionados.

Finalmente, la exclusión de la CISG produce ausencia de previsibilidad de la ley aplicable al contrato de compraventa internacional de mercaderías, cuando el país del juez que conoce el asunto, no cuenta con una regulación íntegra sobre la autonomía conflictual, debido a que las partes no pueden adaptar su elección a una ley preestablecida, y asimismo, porque incluso la propia posibilidad de establecer dicha cláusula, queda en manos de la discrecionalidad judicial, lo que indudablemente repercute de forma negativa en la seguridad jurídica contractual.

Referencias bibliográficas

- Aljure, A. (2007). La ley aplicable a los contratos internacionales o con elemento extranjero. En Mantilla, F., Ternera, F., (Dir.), *Los contratos en el derecho privado* (351-370). Bogotá: Legis.
- Appellate Court Düsseldorf, Germany, 8 January 1993. Tinned cucumbers case.
- Appellate Court Hamm, Germany, 23 June 1998. Furniture case.
- Appellate Court Köln, Germany, 28 May 2001. Motorcycle clothing and accessories case.
- Appellate Court München, Germany, 9 July 1997. Leather goods case.
- Appellate Court Valais, 29 June 1994. Bonaldo vs. A.F Switzerland.
- Appellate Court, Linz, Austria, 23 January 2006. Auto case.
- Arbitration proceeding 54/1999, Russia 24 January 2000.
- Baasch, C. (2001). Uniformity in the CISG in the first decade of its application. En I, I. Fletcher, L. Mistelis, and M. Cremona (Eds.), *Foundations and perspectives of international trade law* (pp. 290-309). London: Sweet & Maxwell.
- Basedow, J. (2000). The effects of Globalizations on Private International Law. En J. Basedow and T. Kono (Eds.), *Legal Aspects of Globalization. Conflict of laws, internet, capital Markets and insolvency in a Global Economy* (pp. 1-10). The Hague: Kluwer Law International.
- Boggiano, A. (1998). La solución de controversias: Los principios de UNIDROIT como normativa aplicable a los contratos comerciales internacionales por los jueces nacionales y por los árbitros. En F. Mestre (Ed.), *Los principios de UNIDROIT ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas?* (pp. 167-174). Roma: UNIDROIT.
- Bonell, M. (1987). Article 6. En M. Bonell, C. Bianca, & C. Massimo (Eds.), *Commentary on the International Sales Law* (pp. 51-64). Milan: Giuffrè.
- Borisova, B. (2004). *Remarks on the manner in which the UNIDROIT Principles may be used to interpret or supplement Article 6 of the CISG, 2004*. Recuperado de [//cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/borisova2.html](http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/borisova2.html)
- Cadena, W. (2005). Impacto en Colombia de la *Lex Mercatoria*. *Revista electrónica de difusión científica*, (11), 1-21.
- Calvo, A. (1998). Ámbito de aplicación y disposiciones generales. En L. Díez-Picazo (Coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (pp. 46-158). Madrid: Civitas.

- Corte Suprema, Chile, 22 Septiembre 2008. Jorge Plaza Oviedo vs. Sociedad Agrícola Sacor Limitada.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, sentencia de 21 de febrero de 2012.
- Court of appeal New South Wales (Australia) 12 March 1992.
- Court of appeal of Wellington (New Zealand) 3 October 2001.
- District Court Kiel, Germany 27 July 2004. Fat for frying case.
- District Court Nidwalden, Switzerland, 3 December 1997. Furniture case.
- Economic Court of Grodno Region, Belarus, 21 January 2008. Peat fuel bricks case.
- Farnsworth, E. (1988). Review of Standard Forms or Terms under the Vienna Convention. *Cornell International Law Journal*, (21). Recuperado de <http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol21/iss3/3>
- Federal Court of Australia (Australia) 3 November 2000.
- Ferrari, F. (2004). CISG rules on exclusion and derogation: article 6. En F. Ferrari, H. Flechtner y R. Brand (Eds.), *The draft UNCIRAL Digest and Beyond: Cases, analysis Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention* (pp. 114-137). München: Sellier European Law Publishers.
- Ferrari, F. (2005). Remarks on the UNCITRAL Digest's Comments on Article 6 CISG. *Journal of Law and Commerce*, (25), 13-37.
- Foreign Trade Court attached to the Serbian Chamber of Commerce, Serbia, 6 May 2010. Agricultural products and cereals case.
- Graves, J. (2011). CISG Article 6 and Issues of Formation: The Problem of Circularity. *Belgrade Law Review*, (3), 124-139.
- Honnold, J. (1999). Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention. *Kluwer Law International*, (3).
- ICC Arbitration Case No. 7660 of 23 August 1994. Battery machinery case.
- ICC Arbitration Case No. 7565 de 1994.
- Karollus, M. (1991). *UN-Kaufrecht: Erste Gerichtsentscheidungen, Österreichisches Recht der Wirtschaft [RdW]* (319).
- Karollus, M. (1995). Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994, *Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. 51-94.
- Kröll, S., Mistelis, L. y Perales, P. (2011). Introduction to the CISG, En UN Convention on Contracts for the international sale of goods (CISG). En S. Kröll, L. Mistelis y P. Perales (Eds.), *UN Convention on Contracts for the international sale of goods (CISG)* (pp. 1-18). München: C.H. Beck.Hart.Nomos.
- Lookofsky, J. (2003). In Dubio Pro Conventione? Some Thoughts About Opt-outs, Computer Programs and Preemption Under the 1980 Vienna Sales Convention (CISG). *Duke Journal of Comparative and International Law*, 263-289.
- Martínez, W. (2014). Diversidad y uniformidad legal en materia de obligaciones contractuales. Un análisis desde el punto de vista del derecho internacional privado. *Revista Análisis Internacional*, (5), 77-94.
- Martiny, D. (2004). Bestimmung des Vertragsstatus. En C. Reithmann y D. Martiny (Eds.), *Internationales Vertragsrecht: Das internationale Privatrecht der chuldverträge* (pp. 1-190). Koln.
- Medina, H. (2007). La ley aplicable al contrato. En F. Mantilla y F. Ternera (Dirs.), *Los contratos en el derecho privado* (pp. 371-382). Bogotá: Legis.
- Menezes, W. y Ribeiro, D. (2018). The Opting-out and Opting-in Systems of the 1980 Vienna Convention on the International Sale of Goods (CISG) and its Application in Brazil. *Revista Jurídica*, (50), 122-146.
- Mistelis, L. (2001). Is harmonisation a necessary evil? The future of harmonisation and new sources of international trade law. En I. Fletcher, L. Mistelis y M. Cremona (Eds), *Foundations and perspectives of international trade law* (pp. 3-27). London: Sweet & Maxwell.

- Mistelis, L. (2011a). Preamble. En S. Kröll, L. Mistelis y P. Perales (Eds.), *UN Convention on Contracts for the international sale of goods (CISG)* (pp. 19-20). München: C.H. Beck.Hart.Nomos.
- Mistelis, L. (2011b). Sphere of application. En S. Kröll, L. Mistelis y P. Perales (Eds.), *UN Convention on Contracts for the international sale of goods (CISG)* (pp. 21-99). München: C.H. Beck.Hart.Nomos.
- Murphy, M. (1989). United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Creating Uniformity in International Sales Law. *Fordham International Law Journal*, (12).
- Operti, D. (1998). El estado actual del tratamiento jurídico de los contratos comerciales internacionales en el continente americano. En F. Mestre (Ed.), *Los principios de UNIDROIT ¿Un Derecho común de los contratos para las Américas?* (pp. 29-75). Roma: UNIDROIT.
- Oviedo-Albán, J. (2009). Exclusión tácita de la ley aplicable e indemnización de perjuicios por incumplimiento de un contrato de compraventa internacional (a propósito de reciente jurisprudencia chilena). *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (14), 191-219.
- Oviedo-Albán, J. (2013). Los principios de Unidroit como reglas aplicables al contrato internacional. A propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana de 21 de febrero de 2012. *Cuadernos de la maestría en derecho*, (3), 7-22.
- Rodríguez, M. (2010). La conformidad material de las mercaderías en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional: estado actual de la materia, *Revista e – Mercatoria*, (9),1-40.
- Rojo, L. (1998). Ámbito de aplicación y disposiciones generales. En L. Díez-Picazo (Coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (pp. 46-158). Madrid: Civitas.
- Schlechtriem, P. (2005). Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG. *Victoria University of Wellington Law Review*, 781-794.
- Schwenzer, I. y Hachem, P. (2016). Sphere of application and general provisions. En I. Schwenzer (Ed), *Commentary on the UN convention on the international sale of goods (CISG)* (pp. 17-119). Oxford: Oxford U.P.
- Stoffel, W. (1990). Ein neues Recht des internationalen Warenkaufs in der Schweiz. *Schweizerische juristenzeitung*, (173).
- Supreme Court, France, 26 June 2001. Muller Ecole vs. Federal Trait.
- Supreme Court, Austria, 17 December 2003. Tantalum powder case.
- Supreme Court, France, 25 October 2005. Weed killer case.
- Supreme Court, France, 3 November 2009. Société Anthon GmbH & Co. vs. SA Tonnellerie Ludonnais.
- Supreme Court, Germany, 25 November 1998. Surface protective film case.
- Tribunale di Vigevano (Juez A. Rizzieri), 12 julio 2000. Rheinland Versicherungen vs. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina s.p.a.
- Vekas, L. (1987). Zum persönlichen und räumlichen Anwendungsbereich des UN-Einheitskaufrechts. *Recht der internationalen wirtschaft*, (346).



COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Muñoz-Correa, D.A. y Carreño-Bustamante, M.T. (2020). De la acción comunicativa a la ética del discurso. Una propuesta para reconstruir la verdad en el conflicto armado. *Revista Jurídicas*, 17 (1), 87-104.
DOI: 10.17151/jurid.2020.17.1.5.

Recibido el 30 de septiembre de 2018
Aprobado el 6 de junio de 2019

De la acción comunicativa a la ética del discurso. Una propuesta para reconstruir la verdad en el conflicto armado*

DIEGO ALEJANDRO MUÑOZ-CORREA**
MARÍA TERESA CARREÑO-BUSTAMANTE***

RESUMEN

No es extraño afirmar que, alrededor de la violencia política, la sociedad colombiana ha construido una comunidad de vida en tanto se ha logrado incrustar en el seno de sus relaciones interpersionales y sociales una unanimidad de experiencias negativas a causa de una colectividad que a lo largo de la historia ha estado marcada por el conflicto ideológico. Esta realidad compartida fue producto de la repetición de los diferentes conflictos y sus efectos, lo que ha ocasionó una especie de hábito que hizo tránsito a una costumbre que, al día de hoy, ha mutado en una cultura ajena a la verdad. El propósito de este escrito es proponer el diálogo dirigido al entendimiento como fuente de construcción de experiencias colectivas distintas a la violencia a partir de la convicción del sujeto del decir veraz sobre sí mismo.

PALABRAS CLAVE: conflicto armado, impunidad, verdad, cuidado de sí.

* Este artículo es el resultado del esfuerzo investigativo adelantado como estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, la Maestría en Derecho Público de la Universidad de Caldas y la Maestría en Ciencias Jurídicas de la Universidad Univali de Brasil. Proyecto que ha contado con el apoyo de la investigadora María Teresa Carreño Bustamante.

** Abogado. Magíster en Derecho Público; docente investigador Universidad de Manizales, Manizales, Colombia. E-mail: alejandrom@umanizales.edu.co.

Google Scholar. ORCID: 0000-0002-3818-9692.

*** Abogada. Doctora en Ciencias Sociales, Niñez y Juventud; docente titular Universidad de Manizales. Investigadora Senior reconocida en Colciencias. E-mail: cis@umanizales.edu.co.

Google Scholar. ORCID: 0000-0001-9041z-0502.



From communicative action to the ethics of discourse. A proposal to reconstruct the truth in the armed conflict

ABSTRACT

It is not strange to affirm that the Colombian society has built a community of life around political violence as long as it has managed to embed within the interpersonal and social relationships a unanimity of negative experiences because of a community that, throughout history, has been marked by ideological conflict. This shared reality was the product of the repetition of the different conflicts and their effects which has become a kind of habit that made way for a custom and that today has mutated into a culture of impunity. The purpose of this paper is to propose a dialogue aimed at understanding as a source of construction of collective experiences other than violence based on the conviction of the subject of truthful saying about oneself, product of self-care or parrhesia speech.

KEY WORDS: armed conflict, impunity, true, self-care.

Introducción

Al día de hoy la Unidad para la Atención y Reparación integral a Víctimas ha reconocido que 8.731.105 de ciudadanos han sufrido daños a raíz del conflicto armado. Empero creemos que, la cifra anterior, más que una cifra matemática con fines estadísticos representativos de la realidad histórica del conflicto armado, obedece a un ejercicio de poder estatal con fines de reconocimiento nacional e internacional. La anterior lectura resulta al analizar datos insertados en un contexto, es decir, desde un enfoque historicista como lo ha llamado Walter Benjamín (como se citó en Durhan, 2014, p. 19), al entender el tiempo no como un conjunto de sucesos lineales unos tras otros, sino como sucesos marcados por rupturas y atajos interpretados por el sujeto. Dichas rupturas que, en los presentes casos se traducen en: i) la indeterminación del origen del conflicto armado; ii) la multiplicidad de actores armados en el contexto del conflicto armado; iii) los elevados índices de impunidad y iv) la falta de una cultura del cuidado del sí; factores que alteran el sentido de los datos matemáticos y revelan un saber dominado por el poder.

El acercamiento a la realidad que plantean los anteriores puntos se hará desde un enfoque histórico hermenéutico a través del análisis bibliográfico. Como epicentro epistémico, partiremos de algunas posturas teóricas sostenidas por Heidegger, Gadamer, Habermas, Foucault, todos analizados desde la tesis del cuidado de sí como presupuesto principal para establecer la verdad.

Un origen difícil de determinar

Evidenciar que el conflicto armado en el Estado colombiano no tiene un origen claro no resulta difícil, ello en tanto solo basta con realizar un análisis bibliográfico para que los resultados salgan a flote. Muestra de ello es que para Orquist el conflicto armado se arraiga en los fenómenos de violencia remotos del incipiente Estado colombiano “el nuevo siglo despertó con una guerra civil, la de los mil días, y múltiples tipos de violencia han estado ligados a la historia del país desde la independencia” (González y Molinares, 2013, p. 16).

Así lo señalan González y Molinares al referirse a los fenómenos de violencia heredados del siglo XIX, que incidieron de manera directa en el inicio del siglo XX, marcado por las luchas políticas que se manifiestan posteriormente en la violencia bipartidista y el surgimiento de movimientos guerrilleros de izquierda. En este sentido, precisan los autores que “tuvimos un siglo XIX violento en el cual las guerras civiles fueron una constante para dirimir las confrontaciones partidistas a través de las armas, primero entre federalistas y centralistas, luego entre liberales y conservadores” (González y Molinares, 2013, p. 15).

Asimismo, señalan que los problemas actuales de violencia política en Colombia obedecen a problemas estructurales ligados al origen del Estado (Wills, 2015; Vega, 2015), según Pizarro (2015), los anteriores *autores* “realizan un trabajo de más largo aliento en el tiempo, remontándose a la formación del Estado-Nación” (p. 8).

Otros autores como el economista Estrada (2015) afirma que “se registra desde 1920 una tendencia preocupante que revela un proceso de acumulación capitalista, organización del poder y dominación de clase que se manifiesta en la actualidad” (p. 6). En este sentido, el autor liga el nacimiento del conflicto armado con los acontecimientos económicos vividos desde 1920.

Iguals posiciones sostienen otros autores al relacionar la década de 1920 con el surgimiento del conflicto armado, centrándose especialmente en el problema agrario que con el tiempo se fue enquistando como ideario de la lucha revolucionaria de las nacientes organizaciones armadas. En este sentido, dice Pizarro (2015) que “Darío Fajardo, Alfredo Molano, Sergio de Zubiría y Javier Giraldo comienzan sus relatos con el surgimiento de los conflictos agrarios en los años veinte” (p. 8).

De otro lado, muchos autores centran su atención en la época de *La Violencia* como el periodo en el cual aumenta exponencialmente el surgimiento de movimientos insurgentes, hecho que, aunado a la muerte de Jorge Eliécer Gaitán, fue el detonante de un proceso de generalización de la violencia por todo el territorio Nacional. Así lo muestra Pizarro (2015):

Fue tras el asesinato de Jorge Eliécer Gaitán que la violencia se desbordó y las instituciones estatales sufrieron lo que Paul Orquist denominó un colapso parcial del Estado. Desde entonces, la muerte de Gaitán ha sido percibida en el imaginario colectivo Nacional como un parteaguas radical, un antes y un después. (p. 14)

Otros autores hacen énfasis en el surgimiento del Frente Nacional en 1958. Piensan que el acuerdo bipartidista fue percibido como una alianza política que cerró las puertas a la oposición para apropiarse de la toma de las principales decisiones políticas, económicas y sociales. En este sentido, es preciso analizar la posición defendida por el economista Jairo Estrada quien opina que el Frente Nacional es el acuerdo realizado por la élite política y económica para conservar el statu quo, de modo que:

El temor desatado por las luchas de estas clases subalternas, especialmente agrarias y obreras, así como en la amenaza que para el poder de clase representó el Gaitanismo, se encuentran razones adicionales para buscar el compromiso de clase que se concretó en los acuerdos del Frente Nacional. (Estrada, 2015, p. 11)

Esta posición es contraria a la sostenida por Javier Giraldo, para quien el surgimiento del Frente Nacional implicó la instauración de un ambiente de paz por muchos años:

El Frente Nacional pactado en 1958 entre el partido Conservador y el partido Liberal permitió estabilizar el sistema democrático en el país facilitando el proceso de gobernabilidad. Indica a su vez que el Frente Nacional permite materializar un proceso de transición de la guerra a la paz y de la dictadura a la democracia, así mismo dicho pacto se constituyó en un proceso de pacificación, hecho que se refleja en la disminución de los homicidios registrados de 1969 a 1979. (Giraldo, 2015, p. 3)

Otros autores como Gutiérrez (2015), Duncan (2015) y Torrijos (2015) consideran que el origen del conflicto armado en Colombia debe ubicarse en el período posterior al Frente Nacional.

Si bien, desde la perspectiva de algunos autores, el pacto bipartidista significó un acuerdo que puso fin a la época de la violencia, para otros fue el detonante que dio origen a las organizaciones armadas repotenciadas que operan en la actualidad. En este sentido:

Los grupos organizados al margen de los partidos y algunas de sus facciones disidentes tendieron a percibir al Frente Nacional como un régimen político excluyente. El cierre de oportunidades legales que este parecía exhibir se convirtió, para muchos, en justificación suficiente para optar por la lucha armada. (Centro de Memoria Histórica –CMH–, 2013, p.117)

Al respecto, el CMH (2013) señala que el conflicto armado “está imbricado con la llamada violencia bipartidista y el Frente Nacional también está relacionado con las inequidades que se derivaron de este último” (p. 111).

En relación con el origen del conflicto armado actual, resulta interesante tener en cuenta los resultados del estudio adelantado por el grupo de investigación de la Agencia Central de Inteligencia CIA en 1959, designada por el presidente Dwight D. Eisenhower por petición del presidente Lleras Camargo, donde se advirtió “la necesidad de implementar políticas públicas para evitar una posible guerra subversiva prolongada” (CMH, 2013, p. 119).

Otra versión de la historia del conflicto armado se centra en el nacimiento de las organizaciones armadas de izquierda, como las FARC en 1964, el ELN en 1965, el EPL en 1968, el paramilitarismo en 1972 en el Magdalena medio por Ramón Isaza, y la intervención de los dineros producto de la explotación de cultivos ilícitos, como momentos claves en el conflicto armado actual en el país.

Como se observa, fijar una fecha de inicio del conflicto armado en el país no es un ejercicio simple, puesto que inciden varios criterios de valoración como las viejas violencias heredadas del siglo XIX, ligados a eventos como la independencia o las luchas como la Guerra de los Mil Días entre 1898 y 1901 y explicaciones ligadas al modelo económico implementado a partir de 1920 que dio lugar a la expropiación masiva de tierras a los campesinos por empresas multinacionales, situación que se vincula a la masacre de los trabajadores de la United Fruit Company en 1928 en el departamento Magdalena (evento conocido como masacre de las bananeras), por el ejército colombiano para proteger los intereses de la mencionada multinacional.

Hay quienes ven en la época de *La Violencia* en la década de los 30 una explicación próxima del surgimiento del conflicto armado. Para otros, el surgimiento del Frente Nacional y la exclusión de la disidencia política ligada a este acuerdo es un factor que está relacionado con el surgimiento del conflicto armado. Otros consideran que el origen del conflicto armado se relaciona con el nacimiento de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) en 1964 y los demás movimientos guerrilleros como el ELN, EPL, el Quintín Lame, el M19 y la contraparte de las guerrillas, las Autodefensas Unidas de Colombia y, finalmente, el surgimiento del narcotráfico, que no origina el conflicto armado, pero lo degrada y lo agudiza hasta el punto de hacerlo persistir hasta nuestros días, lo que tiene una gran incidencia en el número de víctimas y el crecimiento de la impunidad.

Consciente de la dificultad de identificar el origen del conflicto armado, se tomó la determinación de establecer un referente temporal histórico. En consecuencia, es posible afirmar que el conflicto armado tuvo su origen en 1958, si se tiene en cuenta que el surgimiento del Frente Nacional exacerbó el conflicto social vivido tiempo atrás y fue en ese momento cuando adquirió una dimensión mayor, mutando hacia un conflicto social armado generalizado por todo el territorio Nacional. La formación y la consolidación de nuevos movimientos revolucionarios, el surgimiento del paramilitarismo y el narcotráfico dieron un giro radical al conflicto social que se vivía hasta los años 50. En este sentido, se comparte la tesis de Daniel Pecaú (2015) que ubica el origen del conflicto en ese momento.

En suma, las anteriores citas no revelan la verdadera magnitud del conflicto armado, en tanto dejan por fuera de dicho reconocimiento a personas que sufrieron daños a raíz del conflicto pero que, por el largo tiempo transcurrido, sus narraciones se han esfumado en el aire.

Multiplicidad de actores armados en el contexto del conflicto armado

A lo largo de la historia el Estado colombiano ha tenido que lidiar con grupos armados, todos con distintas motivaciones. En palabras de Rubio (1997), “la guerrilla con un proyecto político, el narcotráfico con un objetivo empresarial y los grupos paramilitares con motivaciones de autodefensa” (p. 67), y, si a ello se

suma la violencia que tiene lugar en las grandes urbes, hacen del conflicto armado un fenómeno complejo, en tanto actos de violencia se confunden con el accionar de los demás.

La intervención de esta compleja red de actores generadores de violencia pone a prueba la capacidad de investigar, esclarecer, identificar, procesar y sancionar a los culpables de violaciones al Derecho Internacional Humanitario.

Esta dinámica ha complejizado la labor de las autoridades al intentar identificar el origen de los hechos de violencia. Así lo señalan Borja, Barreto, Sabucedo y López (2008) al precisar que:

Dentro de este marco de violencia y de conflicto socioeconómico y político permanente han aparecido diversos actores armados algunos de los cuales han desaparecido ya en medio de procesos de paz: las fuerzas guerrilleras como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), el Ejército de Liberación Nacional (ELN), Ejército Popular de Liberación (EPL), Movimiento 19 de Abril (M 19), Quintín Lame, entre otros. (p. 574)

Dichos fenómenos de violencia que concurren en un mismo lugar suelen entrelazarse, lo que dificulta identificar los móviles, las causas, los actores y los victimarios. Estas consideraciones han sido tenidas en cuenta por la Corte Constitucional que ha señalado en la Sentencia T-087 del 2014 así:

En el caso del conflicto armado colombiano, las organizaciones armadas comparten y disputan territorios similares, ejercen control territorial sobre determinadas zonas, establecen relaciones de confrontación, o de cooperación dependiendo de los intereses en juego, participan de prácticas delictivas análogas para la financiación de sus actividades, así como de métodos, armamentos y estrategias de combate o de intimidación a la población, generando tanto enfrentamientos armados como situaciones de violencia generalizada de gran intensidad (...) En ese escenario, la distinción entre víctimas de la violencia generada por delincuencia común o por el conflicto armado no siempre resulta obvia y fácil de realizar, sino que con frecuencia requiere de un ejercicio de valoración y ponderación en cada caso concreto, de distintos factores del contexto del conflicto armado interno para determinar si existe esa relación cercana y suficiente amparada por la Ley 1448 de 2011. (Sentencia T-087 del 2014)

Igualmente, el CMH (2013) ha precisado que:

En efecto, el contexto de violencia generalizada en el que discurre el conflicto es aprovechado por los actores armados legales e ilegales para ocultar sus acciones y confundirlas con hechos violentos perpetrados por otros. Los Victimarios recurren a acciones sicariales y a prácticas de violencia como las desapariciones forzadas y los asesinatos selectivos.

De esta manera buscan dificultar el esclarecimiento del crimen y difuminar su resonancia entre las múltiples modalidades y tipos de violencia. La imposibilidad para diferenciar los actores armados se complementa con la imposición del silencio a las víctimas y a los testigos con el propósito de impedir la denuncia y obstaculizar las investigaciones judiciales. (p. 33)

El CMH describe así un panorama que revela los cambios de estrategias que han adoptado las organizaciones armadas que interactúan en el conflicto armado a fin de entorpecer las labores de esclarecimiento de la verdad e invisibilizar a las víctimas, dado que, los grupos armados son conscientes de la coexistencia de actores armados y de la inoperancia de las autoridades para atribuir la responsabilidad de los hechos victimizantes a algún actor armado.

En ese sentido, es preciso tener en cuenta las consideraciones del coordinador del observatorio de Violencia y Paz de la oficina del Alto Comisionado para la Paz de 1994 a 2000, en donde se sostiene que:

Si bien las manifestaciones de violencia han estado presentes en el país por largos periodos de tiempo la actual existencia de distintos actores, con muy diversas manifestaciones regionales, hacen imposible decir que exista una sola violencia. Así mismo, hay manifestaciones de violencia tan variadas y en algunos casos tan íntimamente entrelazadas que impiden distinguir hasta qué punto actúan unos agentes y cuando entran en acción otros. Las distinciones entre violencia originada por los actores organizados y los que no lo están tienen, por otra parte, un alcance limitado. La violencia es, en este momento, una situación generalizada, en la cual los fenómenos interactúan y se relacionan. (Echandía, 1999, p. 17)

Por último, no pueden dejarse de lado las afirmaciones del director del Centro de Memoria Histórica:

En efecto, la degradación de la guerra en Colombia, en un contexto donde la confrontación entre las fuerzas insurgentes político-militares y el Estado está inmersa en un mar de otras violencias con objetivos privados, como el lucro, la venganza, el silenciamiento de la justicia, es hasta cierto punto un fenómeno casi inevitable. (Sánchez, 1998, p. 42)

Como consecuencia de los hechos reseñados surgen distintas posiciones prácticas que aceptan que, “en situaciones en las que ha existido victimización masiva, muchas veces es difícil esclarecer todos los hechos, llevar a la justicia a todos los responsables y garantizar la reparación exhaustiva de cada una de las víctimas” (CMH, 2015, p. 8).

Cabría sintetizar lo dicho utilizando la siguiente analogía: piénsese en una confrontación física entre dos personas que pueden identificar de manera clara y

precisa a quien ocasionó las lesiones físicas de una víctima en un hecho controlado. Caso contrario ocurre en una asonada, donde los ataques provienen de todas partes y por muchas personas de manera desorganizada. Este último caso es lo que ocurre en Colombia por la cantidad de actores armados, de modo que las autoridades en pocos casos pueden identificar el origen de los hechos victimizantes.

Se puede concluir, entonces, que la multiplicidad de actores armados y las conductas delictivas que estos han producido han originado un fenómeno de impunidad generalizado, lo cual termina por dejar en entredicho el Derecho que les asiste a las víctimas de saber la verdad respecto a sus victimarios, sobre si estos son las organizaciones armadas políticas o si son delincuentes comunes. Uno u otro hecho acarrea consecuencias, obligaciones y tratamientos distintos por el Estado en favor de unas víctimas y no de otras.

Si se quiere observar este fenómeno en un análisis comparado se deben tener en cuenta las diferencias de los procesos transicionales que han padecido varias dictaduras. Es el caso de Argentina y Chile, por mencionar solo dos en el Cono Sur, donde los fenómenos de violencia en contra de la población tienen un origen en el Estado. Allí la identificación del victimario y de las víctimas es mucho más fácil. Lo contrario a lo ocurrido en el Estado salvadoreño o en el colombiano en donde los actores armados generadores de violencia en contra de la población civil no se logran determinar fácilmente, puesto que la violencia puede manifestarse en actuaciones ilegales provenientes de agentes vinculados al Estado o a las organizaciones armadas de derecha o de izquierda o a bandas criminales.

En esto puede consultarse a Orozco (2003) quien señala que:

En lo que atañe a Argentina y Chile es que los resultados parecidos en los procesos de la justicia transicional se explican, en buena medida, por el carácter marcadamente asimétrico de los procesos de victimización que tuvieron lugar en ambos países, los cuales facilitaron el conocimiento y reconocimiento de quienes fueron los victimarios y quienes las víctimas, y posibilitaron con ello consensos amplios en torno a la verdad y la necesidad de hacer justicia. El carácter asimétrico de la barbarie y la meridiana claridad que de ello resultó en lo que atañe a la separación entre los victimarios y las víctimas, favoreció el desarrollo de unos movimientos de los Derechos humanos ideológicamente coherentes, unidos, poderosos, capaces de canalizar las demandas sociales de justicia retributiva dentro del sistema político. En lo que atañe al Salvador y contrario a lo que sucedió en el cono sur, el carácter simétrico de la barbarie practicada por los guerreros de ambos bandos dificultó el reconocimiento de la diferencia entre víctimas y los victimarios, y favoreció el desarrollo de un sentimiento trágico de justicia, proclive a las compensaciones recíprocas de culpas, y con ello al privilegio de las lógicas del perdón y la reconciliación sobre las lógicas de la justicia. (p. 55)

En este sentido, el proceso de violencia asimétrica vivido en El Salvador se puede equiparar al proceso de violencia sistemática y generalizada vivido en Colombia, puesto que la identificación de víctimas y victimarios no es clara. Esta idea ha sido desarrollada por Uprimny y Saffon (2005), quienes afirman que en las guerras internas, en cambio, la violencia es más asimétrica y vertical, y la distinción entre víctimas y victimarios es mucho menos clara.

Posteriormente, estos autores señalan que

La violencia propia del conflicto armado colombiano se ha caracterizado de tal manera por su masividad y sistematicidad, que hasta la relativamente sencilla tarea de identificar a los actores que eventualmente participarían en los procesos restaurativos de concesión de perdones recíprocos se torna altamente compleja. En efecto, la naturaleza del conflicto hace bastante difícil saber qué actores habrían de pedir perdón y qué actores tendrían la facultad de concederlo. (Uprimny y Saffon, 2005, p. 227)

En conclusión, la identificación de los victimarios y las víctimas en un contexto de violencia sistemática y generalizada en una guerra interna no es una tarea fácil para las instituciones públicas encargadas de investigar los crímenes en contra de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

Este panorama ha implicado que el concepto de impunidad haya estado presente en gran parte de la historia de Colombia. En este sentido analizaremos el concepto de impunidad y algunas estadísticas relevantes sobre los índices de impunidad

Elevados índices de impunidad

Según un estudio realizado por la Universidad de las Américas de Puebla, ubicada en México, dentro del cual se analizó la situación de 59 Estados miembros de la ONU y el cual arroja que Colombia está dentro de los tres primeros lugares en el Índice Global de Impunidad (IGI). El estudio midió de manera comparativa la funcionalidad en sus sistemas de seguridad, justicia y protección de los derechos humanos y la capacidad estructural de cada país, detalló la institución educativa en un comunicado (Chica, 2015). Así, dentro de las 59 naciones, Colombia solo fue superada por Filipinas y México.

Esta situación es preocupante puesto que se entiende que la impunidad es el principal obstáculo para conseguir la verdad. Resulta lógico entonces que el Estado y la sociedad en conjunto tengan como principal labor luchar en contra de esta; Louis Joinet (como se citó en Uprimny y Saffon, 2005) lo confirma de la siguiente manera:

Los Estados tienen cuatro obligaciones inderogables y exigibles en procesos de transición: 1) la satisfacción del Derecho a la justicia; 2) la satisfacción del Derecho a la verdad; 3) la satisfacción del Derecho a la reparación de las víctimas; y 4) la adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición. (Uprimny y Saffon 2006, p. 52)

Ahora bien, ¿qué se entiende por impunidad? Esta pregunta surge con el propósito de entender las consecuencias sociales e institucionales que implica coexistir con un fenómeno como el estudiado. Según Diane, experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, define esta noción en los siguientes términos:

La inexistencia, de hecho, o de Derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención, procesamiento y, en caso de ser reconocidos culpables, condene a penas apropiadas, incluso a la indemnización del daño causado a sus víctimas. (Orentlicher, 2005, p. 6)

Esta definición coincide con la formulada por el ex magistrado de la Corte Constitucional, Vladimiro Naranjo, quien afirma que:

Dentro de la impunidad de origen judicial pueden distinguirse dos clases: la Impunidad de hecho y la de Derecho. La primera proviene de no haberse descubierto el delito o su autor, de no haberse probado la criminalidad, la delincuencia del acusado, por haberse sustraído a la persecución el delincuente mediante la fuga o la ocultación y aun por haberse desfigurado de manera que se torne casi imposible su identificación. La segunda procede de la actuación irregular del juez o bien, como se ha dicho, por dejar prescribir la acción criminal, o por apelar a presuntos vicios formales para abstenerse de proferir sentencia condenatoria, o por la imposición de penas irrisorias, desproporcionadas con la magnitud del delito comprobado. Estas dos formas de impunidad abundan en nuestro medio y todos somos víctimas de ellas. (Naranjo, 1997, p. 26)

Ahora bien, para Kai Ambos hay cuatro estadios de la impunidad que se registran en Colombia:

(Impunidad fáctica): causada por la ausencia de denuncia de los hechos punibles. **(Impunidad investigativa):** impunidad ocasionada por la insuficiente actividad investigativa. **(Impunidad por congestión):** impunidad debida a la sobrecarga de la justicia penal. **(Impunidad legal):** impunidad generada en reglas procesales o en legislación especial. (Ambos, 1997, p. 36). [negrillas ajenas al original]

Desde una perspectiva holística, la impunidad puede ser vista como el efecto de fallas estructurales históricas. Así lo señala Ambos, siguiendo a Peña, quien precisa que:

La impunidad no es más que la punta de un iceberg; en el fondo la sostiene una masa heterogénea de violencia y desigualdad y permite plantear hipótesis que detrás de la falta de respuesta del estado al fenómeno criminal, se halla enquistada una forma de injusticia estructural. (Ambos, 1997, p. 38)

Puede atribuirse a la impunidad efectos negativos que se expresan en la sociedad y la institucionalidad. Esta perspectiva ha sido desarrollada por García Sayán (como se citó en Ambos, 1997) en los siguientes términos: “La desconfianza del pueblo frente a la injusticia y a la falta de capacidad funcional de las instituciones estatales; dos causas y factores de la impunidad que se atraen entre sí” (p. 38).

Como se puede comprender, es preciso realizar un ejercicio comparativo con las estadísticas actuales sobre impunidad en Colombia para observar la inoperancia de las autoridades encargadas de esclarecer, investigar, procesar, juzgar y sancionar a los culpables de crímenes en contra de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Aunque la UARIV no tiene la facultad de imponer sanciones a los culpables de hechos atribuidos a los actores armados, sí tiene la función de esclarecer los hechos, los móviles y los responsables de violaciones al DIH, para brindar atención, asistencia y reparación a las víctimas incluidas en el Registro Único de Víctimas –RUV–. Igualmente, la UARIV apoya sus actuaciones en las actividades desarrolladas por las demás instituciones estatales que se ocupan de investigar los hechos victimizantes y su relación con el conflicto armado, de manera que, la UARIV es una pieza más en el engranaje que compone la máquina llamada Estado. De ahí, entonces, que las fallas que se presentan en las demás instituciones estatales afectan la función esclarecedora de la verdad de la UARIV.

Rubio (1997) sostiene que dentro de las muchas falencias estructurales de las autoridades encargadas de esclarecer la verdad de las conductas criminales y el juzgamiento, para expresarlo en términos más exactos, contempla lo siguiente:

La justicia penal colombiana ha sido desde hace muchos años particularmente laxa con los homicidios y su capacidad para investigarlos, capturar a los implicados y condenarlos se ha deteriorado cada vez más. En la actualidad, el sistema penal Colombiano: investiga únicamente uno de cada tres homicidios; desconoce las circunstancias en las que se cometieron cerca del 80% de los casos de muertes violentas; deja libre a más de 80% de los homicidas; juzga solo el 6% de los casos, y condena el 4% de los homicidios. De esta manera, el 96% de las muertes violentas quedan impunes en el país. (Rubio, 1997, p. 60)

Este panorama de impunidad afecta la labor desempeñada por la UARIV puesto que los insumos necesarios para incluir o no a una persona en el RUV depende de los resultados de las investigaciones de la Fiscalía General de la Nación, las sentencias penales, las investigaciones de la policía judicial y de otros agentes estatales que deberían proveer información sobre los actos criminales y su relación con el conflicto armado. Por eso es poco probable que una investigación archivada por la Fiscalía General de la Nación lleve al reconocimiento de un reclamante ante la UARIV como víctima del conflicto armado. En este sentido, tiene plena aplicación la categorización realizada por Kai Ambos en relación con los estadios de la impunidad.

La información ofrecida por otros estudios recientes revela las elevadas cifras sobre impunidad en Colombia, se puede observar:

Según el Instituto de Medicina Legal analizó 4.305 casos de muerte violenta y la identificación de su agresor, los resultados concluyen que en el 68,08% (2.931) existe indeterminación del agresor, 4,67% (201) obedece a grupos alzados en armas al margen de la ley, 3,93% (169) atribuible a delincuencia organizada, 3,72% (160) a delincuencia común. (De la Hoz, 2013, p. 9)

Estos resultados indican una alta impunidad en los casos de muertes violentas en la actualidad. Se trata de estadísticas que presentan similar comportamiento con los resultados obtenidos en los años 90, datos que fueron revelados en su momento en el estudio realizado por Rubio en 1997. Esta es una omisión que se manifiesta en la incapacidad del sistema judicial de relacionar un hecho victimizante con los actores que participan en el conflicto armado, lo cual deriva en el no reconocimiento como víctima del conflicto armado por la UARIV, puesto que las decisiones de la UARIV se toman apoyadas por los resultados obtenidos en las investigaciones adelantadas por la Fiscalía General de la Nación.

El CMH (2013) indica que:

En efecto, el contexto de violencia generalizada en el que discurre el conflicto es aprovechado por los actores armados legales e ilegales para invisibilizar sus acciones y confundirlas con hechos violentos perpetrados por otros. Los victimarios recurren a acciones sicariales y a prácticas de violencia como las desapariciones forzadas y los asesinatos selectivos. De esta manera buscan dificultar el esclarecimiento del crimen y difuminar su resonancia entre las múltiples modalidades y tipos de violencia. (p. 33)

Según lo establece Benavides (2013) el movimiento de víctimas sobre la verdad judicial indica que

Para organizaciones de derechos humanos que se ocupan de la averiguación de la verdad, el proceso judicial no es necesariamente el mejor espacio para su determinación. Así, la opinión del Movimiento de Víctimas sobre la verdad judicial es la siguiente: al afirmar que La verdad judicial tiene los siguientes problemas. Está circunscrita a un marco legal determinado que impone sus límites estrictos. En Colombia tradicionalmente se ha denunciado el alto porcentaje de impunidad, se puede afirmar que en el caso de violaciones a los Derechos humanos el porcentaje de impunidad es del 99%, es decir que, de cien crímenes cometidos, noventa y nueve quedan sin castigo o sin enjuiciamiento contra sus responsables. (p. 15)

Un estudio realizado por Rettberg (2008) revela que el 68,1% de las mujeres víctimas del conflicto armado desconocen la verdad de los hechos. No es claro entonces por qué se reconoce a una persona como víctima del conflicto armado y no se le aclaran las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon el hecho victimizante. La impunidad en este escenario es una fuente constante de negación del catálogo de derechos que incluyen la verdad individual, la justicia y la reparación integral de las víctimas que reclaman de manera legítima a la UARIV la materialización de sus derechos. En conclusión, la impunidad es una barrera para materializar el pilar sobre el cual se sostiene el paradigma de justicia transicional, la verdad individual.

Enfoque epistémico

El hilo argumentativo desarrollado hasta el momento obliga a continuar profundizando sobre el tema planteado inicialmente, pero ya desde una apuesta epistemológica con fines pragmáticos. Entendemos este último concepto como la apuesta por una teoría capaz de transformar la realidad. Coincidimos entonces con la idea de Jürgen Habermas en el punto que afirma que, todo conocimiento teórico que no tenga por objeto impactar la realidad, no son más que afirmaciones metafísicas. Igual postura sostiene Kant (2013) al afirmar que “una teoría fundada sobre el concepto de deber, anula el recelo causado por la vacía idealidad de este concepto. Pues no sería un deber intentar cierto efecto de nuestra voluntad, si ese efecto no fuera también posible en la experiencia” (p. 71). Ambas posturas fácilmente sintetizables en la teoría del materialismo histórico de Karl Marx.

Así la disertación teórica acerca de la verdad en este trabajo no tiene otra finalidad distinta a la de tratar de cambiar la realidad impuesta por el conflicto armado y reproducida por el poder estatal y la misma sociedad a través de la incorporación de una cultura de la ilegalidad contraria a una cultura de la verdad.

Recuérdese que la propuesta consiste en apostarle al diálogo dirigido al entendimiento a través de participantes éticos como una alternativa real que permita

construir narraciones individuales y colectivas más sólidas sobre la verdad, en tanto, como se ha acreditado hasta aquí, existe un déficit en dicho campo.

Ahora, si bien el problema principal de este trabajo no consiste en abordar la verdad como problema epistemológico transcendental, no es menos cierto que resulta necesario tener más o menos claridad sobre el significado de la palabra verdad. Así, para acercarnos a la claridad pretendida, entenderemos por verdad toda acción lingüística y teleológica que se refiera al mundo objetivo, social o subjetivo. De ahí entonces que “todas las pretensiones de verdad, de rectitud, de veracidad, se deben referir en cada caso a algo en el mundo objetivo como la totalidad de las realidades existentes” (Habermas, 2008, p. 69). Y al mismo tiempo que pueda ser justificado a través de un lenguaje descriptivo, prescriptivo y verificativo del pensamiento y su reflejo en la realidad; lo cual no quiere decir otra cosa distinta a la de que, los participantes en la comunicación deben ofrecer las garantías necesarias para la realización de las pretensiones de validez en principio criticable (Habermas, 2008, p. 70).

Lo que en la práctica se traduciría en que, aquellas oraciones descriptivas que se refieren a objetos materiales deben corresponder a aquellos objetos no a entes inexistentes, ideales y abstractos, por intermedio de actos lingüísticos referenciales, verificable a través de un lenguaje descriptivo-demostrativo. Al tiempo que las oraciones prescriptivas se refieren al cumplimiento de las reglas sociales creadas a través del consenso; oraciones verificables a través la armonización del comportamiento con la regla.

Finalmente está el análisis de las opiniones subjetivas y su verificación, ya no a través de manifestaciones lingüísticas, sino por medio del análisis de la correspondencia entre lo que se piensa y se exterioriza a través del lenguaje y el comportamiento. Si hay algo que queda claro, es la posibilidad de ver reflejados todos los actos lingüísticos en comportamientos materialmente posibles a las capacidades reales del ser humano. Se supera así toda pretensión de validez trascendente o metafísica, en tanto escapan a la capacidad material de ser humano de verse reflejadas en la realidad objetiva, social o subjetiva, de ahí que se sostenga por el mismo Jürgen Habermas que el ser humano es sujeto capaz de lenguaje y acción, con lo que quiere significar que, todo acto lingüístico debe ser capaz de ser traducido en actos físicos verificables en la realidad objetiva, social o subjetiva. Idea ratificada por Habermas (2007) en su obra *Verdad y Justificación* al precisar que “el modelo epistemológico de la comunicación permite comprender que no tenemos ningún acceso inmediato a entidades en el mundo que sea independiente de nuestra práctica de entendimiento y del contexto lingüísticamente constituido de nuestro mundo de la vida” (p. 230).

Se tiene igualmente que para Guzmán (1964) la verdad no se puede escindir del objeto, de ahí que afirme:

Esta tendencia esencial de conocer el objeto se muestra claramente en el hecho de que no hay acto de conocimiento desprovisto de objeto, vacío de contenido: todo conocer es un conocer algo; no se puede pensar sin pensar en algo. Incluso aun cuando el conocimiento fuera falso. (p. 41)

En tanto es posible hasta acá entender qué se entiende por verdad trataremos el punto que, a nuestro juicio, constituye el verdadero problema de fondo que afecta la sociedad colombiana a la hora de construir narraciones individuales y colectivas acerca de la verdad del conflicto armado. Así, en la práctica, existen sujetos que poseen gravados en sus mentes hechos victimizantes pero que, por distintos motivos, no quieren decir la verdad o a la inversa no existen en sus mentes los hechos victimizantes pero crean los mismos, y finalmente está el Estado, que en uno y otro caso da validez o niega la misma sin tener claridad acerca de los hechos; todos ellos motivados por intereses diversos. Este panorama lleva a planear la siguiente hipótesis: no es que los sujetos víctimas-Estado no entiendan qué significa la verdad, sino que existe una cultura contraria a la verdad que imposibilita que esta sea una realidad.

Es por ello que se plantea como alternativa, una cultura de la verdad, tal y como lo sostiene Foucault (1982) al referirse a la verdad como la capacidad del “decir veraz como práctica social” (p. 38) que derive de una conciencia del cuidado de sí, producto del estilo de vida que tenga como orientación de la acción individual y colectiva a través de un discurso franco, sincero y transparente, y que tenga como origen la voluntad libre del sujeto de hablar sin pudor, temor, vergüenza o cobardía. Lo que para Foucault (2017) sería el equivalente a “conducir el alma hacia la sabiduría y la verdad por medio de una palabra directa que denuncie sin rodeos las malas pasiones” (p. 20). Según el mismo autor francés dicha forma de actuar para los griegos fue denominado como *parresia*, entendido como la posibilidad de decirlo todo. La verdad así asumida implica una relación de esta con la ética, de allí la idea de hablar de la tesis del cuidado de sí como una forma de articular los dos conceptos.

Sobre el cuidado de sí y su relación con la verdad señala Guzmán (1964):

La verdad solamente se entrega a quien la espera con la mente limpia y el espíritu abierto. Sinceridad es, ante todo, pereza mental, no contaminación por parte de prejuicios o de hábitos adquiridos, así como de intereses creados o de utilidades prácticas. El cuidado del sí, implica la participación en la comunicación de sujetos con amplios conocimientos disciplinares y al mismo tiempo con fuertes convicciones éticas. (p. 11)

Así, el resultado de la propuesta en este escrito es la instauración de una cultura de la verdad en el contexto del conflicto armado capaz de transformar la realidad a través del cambio de realidades, es decir, de un estado de incertidumbre a un escenario de estabilidad individual y colectiva. Lo anterior implica la transformación del Estado, es decir, pasar de doblegador de la verdad a través del poder a una

fuerza de la verdad que tenga como vocación la capacidad de doblegar el poder. Solo así se podrá alcanzar la verdad de lo ocurrido en el conflicto armado y que la misma sirva en la consolidación de una paz duradera, en tanto, la verdad es el principio y fin de todo proceso de comunicación dirigida al entendimiento.

Referencias bibliográficas

- Ambos, K. (1997). *Impunidad y derecho penal internacional. Un estudio empírico dogmático sobre Colombia, Bolivia, Perú, Chile, Argentina*. Bogotá, Colombia: Fundación Knorad Adenauer Stiftung-Instituto Max Planck para Derecho penal extranjero e internacional.
- Benavides, F. (2013). Memoria y verdad judicial en Colombia: los procesos de justicia y paz. *Derecho Público*, (31), 2-23. Recuperado de https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub382.pdf
- Borja, H., Barreto, I., Sabucedo, J. y López, W. (2008). *Construcción del discurso deslegitimador del adversario: Gobierno y paramilitarismo en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia, Universidad de Compostela, Pontificia Universidad Javeriana.
- Centro de Memoria Histórica (CMH). (2013). *¡Basta ya! Colombia, memorias de guerra y dignidad. Informe general*. Bogotá, Colombia: Centro de Memoria Histórica.
- Centro de Memoria Histórica (CMH). (2015). *Política pública de archivos de graves violaciones a los Derechos Humanos, infracciones al DIH, memoria histórica y conflicto*. Recuperado de <http://www.centrodehistoriahistorica.gov.co/descargas/mesasRegionalesArchivos/Politica-publica-archivos-integrada-20-2-1.pdf>
- Chica, J. (20 de abril de 2015). Colombia es el tercer país con mayor impunidad entre 59 naciones, tras Filipinas y México. *El Mundo*. Recuperado de http://www.elmundo.com/portal/noticias/justicia/colombia_es_el_tercer_pais_con_mayor_impunidad_entre_59_naciones_tras_filipinas_y_mexico.php#.W66IPXtKiM8
- Corte Constitucional de Colombia (15 de febrero de 2017). Sentencia T-087. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Estrada, J. (2015). Acumulación capitalista, dominación de clase y rebelión armada: elementos para una interpretación histórica del conflicto social y armado. En Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (comp.), *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Recuperado de <https://static.elespectador.com/archivos/2015/02/1952328280f79f83ccb8b9929c8d8fa5.pdf>
- Foucault, M. (1982). *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia*. Buenos Aires, Argentina. Editores siglo XXI.
- Foucault, M. (2017). *Discurso y verdad. Conferencias sobre el coraje de decirlo todo*. Buenos Aires, Argentina. Grupo editorial siglo XXI.
- De la Hoz, G. (2013). *Comportamiento del Homicidio, Colombia*. Bogotá, Colombia: Centro de Referencia Nacional sobre Violencia Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.
- Duncan, G. (2015). Exclusión, insurrección y crimen. En Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (comp.), *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Recuperado de <https://static.elespectador.com/archivos/2015/02/1952328280f79f83ccb8b9929c8d8fa5.pdf>
- Durhan, J. (2014). *Hablar al aire. Una historia de la idea de la comunicación*. Madrid, España: Fondo Cultural de Económica.
- Giraldo, J. S. (2015). Aportes sobre el origen del conflicto armado en Colombia, su persistencia y sus impactos. En Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (comp.), *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Recuperado de http://www.humanas.unal.edu.co/observapazyconflicto/files/5714/6911/9376/Version_final_informes_CHCv.pdf

- González, R. y Molinares, I. (2013). *Violencia política y conflictos sociales en América Latina*. Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte.
- Gutiérrez, F. (2015). ¿Una historia simple?. En Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (comp.), *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Recuperado de http://www.humanas.unal.edu.co/observapazyconflicto/files/5714/6911/9376/Version_final_informes_CHCV.pdf
- Guzmán, L. (1964). *El problema de la verdad*. Barcelona, España: Editorial Herder.
- Habermas, J. (2007). *Verdad y justificación*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Habermas, J. (2008). *Conciencia moral y acción comunicativa*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Joinet, L. (1997). ONU, Comisión de Derechos Humanos, 49º período de sesiones, *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión*, Doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II
- Kant, I. (2013). *Teoría y praxis*. Ciudad, Buenos Aires, Argentina: Editorial Leviatán.
- Naranjo, V. (1997). *Inseguridad e impunidad en Colombia. Ciclo de seminarios Colombia tercer milenio*. Bogotá, Colombia: Fundación Simón Bolívar Konrad Adenauer, Futuro Colombia y Centro de estudios colombianos. Recuperado de [https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TABLAS%20DE%20CONTENIDO%20Y%20TEXTOS%20COMPLETOS/349%20-%20OTROS%20TEMAS/635_BELM-7595\(Inseguridad%20e%20impunidad%20en%20-Partido\).pdf](https://sidn.ramajudicial.gov.co/SIDN/DOCTRINA/TABLAS%20DE%20CONTENIDO%20Y%20TEXTOS%20COMPLETOS/349%20-%20OTROS%20TEMAS/635_BELM-7595(Inseguridad%20e%20impunidad%20en%20-Partido).pdf)
- Orentlicher, D. (2005). *Promoción y protección de los derechos humanos - informe para actualizar el conjunto de principios para la lucha contra la impunidad*. Recuperado de <http://www.Derechos.org/nizkor/impu/impuppos.html>
- Orozco, I. (2003). Apuntes para una historia comparada de la justicia transicional. El papel de las ONG de Derechos humanos en los procesos de justicia transicional: los casos del Cono Sur y El Salvador. *Análisis Político*, (48), 52-76.
- Pizarro, E. (2015). Una lectura múltiple y pluralista de la historia. En Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (comp.), *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Recuperado de <https://static.elespectador.com/archivos/2015/02/1952328280f79f83ccb8b9929c8d8fa5.pdf>
- Rettberg, A. (2008). *Reparación en Colombia. ¿Qué quieren las víctimas?* Bogotá, Colombia: GTZ.
- Rubio, M. (1997). *Inseguridad e impunidad en Colombia. Ciclo de seminarios Colombia tercer milenio*. Bogotá, Colombia: Partido Conservador Colombiano - Panamericana.
- Sánchez, G. (1998). *Colombia: Violencias sin futuro*. Recuperado de https://www.academia.edu/9843889/Colombia_Violencias_sin_Futuro
- Torrijos, V. (2015). Cartografía del conflicto: pautas interpretativas sobre la evolución del conflicto irregular colombiano. En Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (comp.), *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Recuperado de http://www.humanas.unal.edu.co/observapazyconflicto/files/5714/6911/9376/Version_final_informes_CHCV.pdf
- Uprimny, R. y Saffon, M. (2005). Justicia Transicional y Justicia Restaurativa: Tensiones y complementariedades. En A. Rettberg (comp.), *Entre el perdón y el paredón. Preguntas y Dilemas de la Justicia Transicional*. Bogotá DC.: Ediciones UNIANDES/ IDRC
- Vega, R. (2015). La dimensión internacional del conflicto social y armado en Colombia: injerencia de los Estados Unidos, contrainsurgencia y terrorismo de Estado. En Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (comp.), *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Recuperado de http://www.humanas.unal.edu.co/observapazyconflicto/files/5714/6911/9376/Version_final_informes_CHCV.pdf
- Wills, M. E. (2015). Los tres nudos de la guerra colombiana: un campesinado sin representación política, una polarización social en el marco de una institucionalidad fracturada, y unas articulaciones perversas entre regiones y centro. En Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (comp.), *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Recuperado de http://www.humanas.unal.edu.co/observapazyconflicto/files/5714/6911/9376/Version_final_informes_CHCV.pdf



COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Sanclimente-Arciniegas, J. (2020). Corrupción, orden público y regulación económica en Colombia. *Revista Jurídicas*, 17(1), 105-124.
DOI: 10.17151/jurid.2020.17.1.6.

Corrupción, orden público y regulación económica en Colombia

JAVIER SANCLEMENTE-ARCINIEGAS* |

Recibido el 18 de abril de 2019
Aprobado el 23 de septiembre de 2019

RESUMEN

El artículo se propone demostrar que el diseño legal de las autoridades de regulación económica en Colombia permite su captura por parte de autoridades políticas y de operadores económicos. La captura del regulador es una forma de corrupción que implica un desvío de las instituciones que dejan de proteger el interés general para atender intereses privados. Para llevar a cabo la reflexión se utilizó una metodología analítica y comparativa. La primera se centró en la noción de orden público y la segunda en la comparación de la configuración legal de las instituciones de regulación económica en Colombia y Francia. Encontramos que se ha confundido la noción de orden público lo que ha generado una concentración de poder económico en torno al Presidente de la República, hecho que facilita la corrupción. Se concluye que el diseño institucional francés puede servir de guía para diseñar autoridades que regulen de manera imparcial la actividad económica.

PALABRAS CLAVE: corrupción, orden público económico, regulación económica, derecho económico, independencia del regulador, órganos de control.

* Phd en Derecho de la Universidad París-Dauphine, PSL Research University, Magíster en Derecho de los Negocios y de la Economía Universidad Paris I Panthéon Sorbonne. Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado. Especialista en Derecho Comercial Universidad Paris II Panthéon Assas. Especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional. Abogado de la de la misma universidad, ex magistrado auxiliar del Consejo de Estado, actualmente asesor del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y docente ocasional de Derecho Económico en la Universidad Nacional de Colombia y miembro del grupo de investigación en Derecho y economía. E-mail: jsanclimente@unal.edu.co.
Google Scholar. ORCID: 0000-0002-6251-8177.



Corruption, public order and economic regulation in Colombia

ABSTRACT

The article intends to demonstrate that the legal design of the economic regulation authorities in Colombia allows their capture by political authorities and economic operators. The capture of the regulator is a form of corruption that implies a diversion of the institutions that fail to protect the general interest to serve private interests. To carry out the reflection, an analytical and comparative methodology was used, the first focused on the notion of public order and the second on the comparison of the legal configuration of economic regulation institutions in Colombia and France. It was found that the notion of public order has been confused which has generated a concentration of economic power around the President of the Republic, a fact that facilitates corruption. It is concluded that the French institutional design can serve as a guide for designing authorities that regulate economic activity impartially.

KEY WORDS: corruption, economic public order, economic regulation, economic law independence of the regulator, control authorities.

Introducción

El presente texto se estructuró a partir de los resultados de investigación derivados de la tesis preparada con miras a obtener el título de Doctor en Derecho en la Universidad París Dauphine PSL Research University (Sanclemente-Arciniegas, 2016). Nuestra investigación analizó la independencia de las autoridades de regulación económica en Francia y en Colombia. La independencia se opone a una de las formas de corrupción más comunes: la captura de las instituciones estatales por intereses privados que las desvían del cumplimiento de sus misiones legales. En este artículo, el tema será analizado desde la perspectiva de la relación que hay entre el control del orden público económico y el fenómeno de la corrupción. Ese control es una misión esencial de las autoridades de regulación; sin embargo, cuando el diseño institucional lo permite, el poder político tiende a manipular la actividad de regulación para generar rentas indebidas a favor de agentes económicos que cuentan con influencia política (Stigler, 1971; Laffont y Tirole, 1991).

La corrupción ha sido definida como un problema de funcionamiento de las instituciones. Este diagnóstico es compartido tanto por autores internacionales que fungen como autoridades en la materia (Rose-Ackerman y Palifka, 2016; Klitgaard, 1998), como en estudios recientes de la doctrina y de entidades nacionales (Newman Pont y Ángel, 2017; DNP, 2013). Esos análisis coinciden en sostener que la corrupción es un problema producto de instituciones débiles que, por su diseño o evolución, no tienen la capacidad de hacer cumplir de manera imparcial las reglas de funcionamiento de la sociedad. Las instituciones colombianas han sido catalogadas como débiles y afectadas por prácticas corruptas como el clientelismo (Kalmanovitz, 2001). Nuestra tesis demuestra que el diseño legal de las autoridades de regulación económica colombianas permite su captura facilitando la corrupción. Lo anterior por cuanto el control del orden público económico que hoy se asocia esencialmente, con la protección de la libre competencia (Marcou, 2015, Frison-Roche, 2015; Pez, 2015) ha sido monopolizado por el Presidente de República.

Según la famosa ecuación de Klitgaard¹, el primer factor determinante de la corrupción es un fenómeno considerado como una anomalía en el funcionamiento de la economía de mercado: el monopolio. El control de ese fenómeno es un asunto central en el derecho de la regulación económica, en cuyo núcleo se encuentran las autoridades de regulación. El regulador independiente confronta el monopolio de dos maneras. De una parte, impide que la decisión sea adoptada en forma monopólica, ya que las decisiones son adoptadas de manera colegiada; de la otra, impide la concentración del poder económico por ser contraria a la libre competencia.

¹ La corrupción (C) equivale a monopolio de la decisión (M) más discrecionalidad (D) menos rendición de cuentas (A).

En el presente documento se analiza la forma en la que se ha configurado en Colombia un monopolio decisorio en torno a los asuntos propios del orden público económico. De esa manera se ha desconocido la independencia y el rol que deben cumplir las autoridades de regulación y se facilitan actos de corrupción como la captura del regulador. En la primera parte del artículo veremos que ese monopolio se deriva de la indistinción entre las nociones de orden público material y orden público económico. En la segunda parte, proponemos la adopción de reformas institucionales que reducen el monopolio en la toma de decisiones y refuerzan la obligación de rendir cuentas. Para ello se ha tomado como referente la manera en la que ha sido configurado el modelo de las autoridades de regulación independientes en Francia.

I. Del control del orden público al monopolio decisorio en materia de regulación económica

Colombia ha soportado durante las últimas décadas una situación de alta corrupción, fuerte influencia del poder político en la vida económica y conflicto armado interno. La presencia simultánea de esos tres fenómenos ha generado un círculo vicioso dentro del cual la existencia del conflicto armado ha justificado la concentración de poderes en cabeza del ejecutivo; a su vez, este ha extendido el monopolio que se le otorga para controlar el orden público a fin de ejercer una influencia discrecional y determinante en materia de regulación económica. La concentración del poder político se acompaña de una gran concentración del poder económico. Esto ha sido posible debido a que la noción de orden público económico se ha asimilado, erróneamente, a la de orden público material u ordinario. Como consecuencia, se ha reproducido, en materia de regulación económica, la enorme concentración de poderes en torno al jefe del ejecutivo que ha caracterizado el control del orden público material.

I.1. La indistinción entre las nociones de orden público y orden público económico

La importancia de la noción jurídica de orden público va de la mano con su vaguedad e indeterminación (Avilés, 2000). En general, la institución es asociada a un conjunto de valores, principios morales, éticos o políticos, en nombre de los cuales resulta legítimo limitar la libertad. Sin embargo, cuando se trata de precisar su alcance surgen divergencias tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. En realidad, se trata de una noción polisémica y variable que cambia con el tiempo y puede adoptar diferentes significados dependiendo del contexto en el que se utilice. Por ese hecho es una institución que se presta para equívocos y manipulaciones. De allí que algunos autores han hablado de un cierto desprestigio de la noción (Belloso, 1988). Otros han propuesto su abandono (Ruiz-Tagle, 2000),

cuando antes era considerada una categoría que sintetizaba la unidad del derecho al contener la esencia fundamental de las instituciones jurídicas.

Nosotros consideramos, siguiendo el pensamiento de LUHMANN, que analizar la noción de orden público implica sobre todo la necesidad de distinguir sus principales acepciones. Para ello haremos referencia a los tres significados principales de la noción que han tenido un robusto y antiguo desarrollo en la doctrina francesa determinando la forma en que es concebida en América latina. En un primer acápite analizamos la noción material de orden público, relacionada estrechamente con el derecho público y las libertades ciudadanas. Luego, veremos la noción de orden público que tiene origen en el derecho civil y que se dirige a limitar la libertad contractual en nombre de la moral y las buenas costumbres. En fin, veremos la noción de orden público económico que actualmente se asocia con un orden económico en el que predomina la libre competencia. Sin embargo, en Colombia el resultado del juego económico es perturbado por la influencia determinante que ejerce el Presidente de la República.

1.2. El orden público material, instancia de monopolio decisorio

La noción de orden público material tiene su fuente normativa en el artículo 10 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Según esa norma, ningún hombre debe ser molestado por razón de sus opiniones y tampoco por sus ideas religiosas siempre que, al manifestarlas, no se causen trastornos del orden público establecidos por la Ley. La conceptualización de la noción de orden público material se la debemos a Hauriou (1926) quien sostuvo que ella hace referencia al control de las manifestaciones exteriores y materiales del desorden buscando preservar la tranquilidad, la seguridad y la salubridad. De manera que la noción no trata las causas profundas del desorden o malestar social, sino que se dirige a asegurar una situación exterior de paz y tranquilidad públicas que permitan el goce de los derechos de los ciudadanos. Garantizar el orden público material es el objetivo de la función de policía, y quien está a cargo es el Presidente de la República quien dispone para ello de las denominadas fuerzas del orden. Ellas deben controlar fenómenos como la criminalidad, la tranquilidad pública o el terrorismo.

Por ello la conservación o el restablecimiento del orden público material ha sido tradicionalmente monopolio propio y exclusivo del Jefe del Ejecutivo. Para permitirle cumplir esa función, la Constitución de 1991, como lo hacía la de 1886, otorga amplias facultades al Presidente erigiéndolo en Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa. Pese a ello, históricamente el Estado colombiano no ha logrado consolidar el monopolio legítimo de la fuerza. Diferentes actores dotados de fuerza militar han pretendido suplantar el monopolio estatal de la coerción en varias regiones del país. Del desafío permanente de esa función del Estado se ha derivado una tendencia hacia la concentración de poderes

en torno al Presidente de la República con miras a dotarlo de herramientas que le permitan controlar esas perturbaciones del orden público. Esa tendencia tuvo su expresión máxima en la figura del Estado de sitio consagrada en el artículo 121 de la Constitución de 1886. Los abusos continuos de las facultades previstas en ese artículo permitieron al presidente de la república apropiarse de funciones propias de las otras ramas del poder público (Gallón, 1979). Además, se desconoció el carácter temporal y extraordinario del estado de sitio y la situación de excepción se convirtió en la regla. Según García-Villlegas (2009) de esa manera se propició el desvanecimiento de la frontera entre lo legal y lo ilegal facilitando un salto hacia el no derecho.

Sin embargo, aun antes de la Constituyente de 1991, el país consideró necesario deslindar las situaciones de emergencia que perturbaban el orden público material de las situaciones de emergencia económica. Por ello, mediante el Acto Legislativo No 1 de 1968 se creó la figura de la emergencia económica consagrada en el artículo 122 de la Constitución de 1886. De esa manera se pretendió distinguir entre el orden público económico y el orden público material, evitando que el Presidente, esgrimiendo como excusa la alteración del orden público, se arrogara facultades económicas del Parlamento. Según Castro (1976) esa reforma pretendía evitar la adopción de diversas medidas sin conexión alguna. Por ejemplo, que se declarara turbado el orden público por un motín estudiantil o una huelga violenta, y tiempo después, con fundamento en esa declaración, se creaba una institución para intervenir en la economía o se adoptaba un impuesto. Esa distinción fue preservada en los artículos 213 y 215 de la Constitución de 1991.

1.3. Del orden público formal o contractual al orden público económico

La noción de orden público en el sentido formal o contractual es una institución que se encuentra asociada a límites de la autonomía de la voluntad privada. Esto como consecuencia de su positivización expresa en el artículo 6 del Código Civil francés. Según esa norma no es posible derogar mediante convenciones particulares leyes que conciernen el orden público y las buenas costumbres. La disposición del código napoleónico fue retomada por Andrés Bello e incorporada casi idéntica como el artículo 16 del Código Civil colombiano. Concebida de esa manera, la noción de orden público aparece como un límite a la libertad contractual de los particulares. Una disposición atípica en una época en que se imponía la noción del Estado gendarme que evitaba inmiscuirse en las relaciones jurídicas privadas; “la única limitación que para la doctrina individualista debía establecerse al poder creador de la voluntad” (Devis-Echandía, 1946, p. 251). Sin embargo, su vulneración afecta gravemente la validez de los contratos pues desconocer el orden público puede privarlos de requisitos esenciales como el objeto o la causa lícita (Artículos 1518 y 1524 del Código Civil).

La noción puramente contractual y formalista del orden público, reducida al ámbito de las convenciones particulares del orden privado, fue ampliada poco a poco en la medida en que se abrió paso la idea de otorgar un rol más importante para el Estado en la economía. En ese nuevo contexto, el orden al que se hace referencia es el orden económico general. De allí emerge la noción de orden público económico, como la herramienta jurídica que permitiría al Estado ejercer un nuevo papel: intervenir activamente en la economía. En la doctrina francesa esta evolución fue impulsada por la reflexión de dos grandes civilistas: Georges Ripert y Jean Carbonier. Ripert (1934) formuló por primera vez la noción de orden público económico en su artículo sobre el orden económico y la libertad contractual, artículo que fue publicado en el compendio en homenaje a François Geny. Carbonnier clasificó por primera vez el orden público económico en dos categorías: de protección y de dirección, en su tratado sobre derecho de las obligaciones (Carbonnier, 1956). Posteriormente, la teoría sería desarrollada por Farjat (1963) en su tesis sobre el orden público económico.

La noción de orden público económico ha evolucionado y en la actualidad esa institución se distingue claramente del intervencionismo estatal que le dio origen. En efecto, dentro del contexto propio del Estado neoliberal el interés superior, protegido a nombre del orden público, es el buen funcionamiento de la economía de mercado (Pez, 2015). Garantizar la libre competencia económica sería entonces la primera finalidad del orden público económico (Sainz, 1977). Por esto autores como Gérard Marcou asimilan la noción con la garantía por parte del Estado de un orden público concurrencial, se trata de una representación normativa de las relaciones económicas fundada sobre políticas económicas que apuntan a la generalización del mercado (Marcou, 2009). De allí se desprende una autonomía específica del orden público económico que permite distinguirlo tanto de la noción de orden público material como de la acepción puramente contractual o formal del orden público (Marcou, 2015). Esa evolución exige el uso de herramientas jurídicas diferentes e implica el advenimiento de nuevas autoridades responsables de garantizarlo.

2. La preservación del orden público económico función propia de autoridades de regulación independiente

El control de la corrupción requiere aislar la dirección de las entidades estatales que regulan la economía, de las influencias del poder político y del poder económico. La regulación independiente de la economía es el mecanismo propio del derecho económico a través del cual se logran esos objetivos. Ella es identificada como la función estatal encargada del control y el restablecimiento del orden público económico, que hoy se identifica esencialmente con el respeto de la libre competencia. Su objetivo es atender el ideal tradicional del derecho económico que aspira a controlar al mismo tiempo el poder político y económico del Estado y el

poder económico privado. En tal sentido, la relación estrecha entre independencia del regulador y la corrupción ha sido identificada por instituciones como la OCDE, quien ha señalado que “la mala calidad de la regulación reduce la confianza de los ciudadanos en las instituciones y fomenta la corrupción” (OCDE, 2011, p. 17).

La influencia política sobre las autoridades de regulación ha sido identificada como fuente de corrupción desde los trabajos ya clásicos del premio Nobel (Stigler, 1971). Ese autor identifica la financiación de los partidos como un mecanismo a través del cual, pequeños grupos de interés logran obtener beneficios de los políticos a costo de los intereses de los consumidores. Actualmente, la doctrina hace referencia a un capitalismo de compinches, *Crony capitalism* (Karam, 2017; Salter, 2014) sistema que, aparentando un modelo de libre mercado, manipula la dinámica del mercado en beneficio de los actores que cuentan con las influencias políticas determinantes. Naturalmente, se han analizado diferentes estrategias tendientes a evitar dicha captura. La primera de ellas es aislar las entidades de regulación económica del control directo de responsables políticos, como el Presidente de la República. En Colombia, sin embargo, este tipo de recomendaciones no ha sido atendido y las entidades de regulación económica, como las superintendencias, permanecen bajo la dirección política del Jefe del Ejecutivo brindando múltiples oportunidades de corrupción. Así, operadores económicos han afirmado públicamente que pagaron sobornos para lograr el cambio de un superintendente que les incomodada (*El Espectador*, 2013).

Debe tenerse en cuenta que la regulación independiente censura las maniobras a las que se consagran los responsables políticos cuando dirigen las autoridades de regulación económica. Sin embargo, los valores de tipo político, consagrados en la Constitución y la Ley son aspectos positivos percibidos como esenciales en la regulación. De hecho, el objetivo esencial del derecho de la regulación económica es el de garantizar que un sector económico se desarrolle respetando el equilibrio entre los criterios que se desprenden de la simple lógica mercantil y otros principios asociados al interés general establecidos por la Constitución o la Ley (Frison-Roche, 2004). En ese mismo sentido, autores como Sunstein (2014) se refieren a valores de los que es portador el derecho como la dignidad humana, que son difíciles de cuantificar desde el punto de vista económico, pero que deben jugar un papel importante en los sistemas de regulación. Así las cosas, la instauración de autoridades de regulación independientes pretende controlar la corrupción apartando el desarrollo de los sectores económicos de la voluntad discrecional del Presidente de la República, pero sometiendo la actividad al respeto de la Ley. Por lo tanto, las decisiones fundamentales que guían el desarrollo de los mercados sujetos a regulación deben ser determinados en la Constitución o en la Ley.

Para atender esos objetivos, a continuación, proponemos la adopción de reformas del diseño institucional de las autoridades de regulación económica colombianas. Veremos que garantizar legalmente la independencia de esas entidades es una manera idónea de controlar los tres factores que, según la ecuación de Klitgaard, se encuentran estrechamente asociados a los fenómenos de corrupción: de una parte, el monopolio de la decisión, de otra parte, la discrecionalidad y finalmente la rendición de cuentas. En nuestra tesis hemos seguido el modelo institucional francés que, a su vez, se ha inspirado en gran medida del modelo de las agencias de regulación anglosajonas (Champaud, 2002). De esa manera, demostramos que, al contrario de lo afirmado por algunos autores (Benavides, Fainboim y Spiller, 2000), la tradicional influencia francesa sobre nuestras instituciones administrativas no es un obstáculo para la adopción de autoridades de regulación independientes en Colombia.

2.1. La colegialidad de las autoridades de regulación: manera eficaz de evitar el monopolio decisorio

Someter las autoridades de regulación a una dirección colegial es una forma idónea de evitar monopolios decisorios que adoptan determinaciones de manera discrecional y que no rinden cuenta de sus actuaciones. Es decir, es una manera eficaz de luchar contra la corrupción (Bohém, 2005). En Francia el carácter colegial de las autoridades de regulación económica es identificado como una garantía esencial de su independencia (Gelard, 2006). Algunos autores han afirmado que la colegialidad aparece como un elemento consubstancial de las autoridades de regulación en ese país (Laget-Annamayer, 2002). Los beneficios que se derivan de la colegialidad son varios, el Consejo de Estado francés identifica dos funciones importantes: de una parte, permite equilibrar la influencia de diferentes instancias en la designación de los miembros de la entidad y, de la otra, garantiza la existencia de una deliberación colectiva sobre temas sensibles o cuestiones complejas, lo que representa una garantía de objetividad y seriedad (Conseil d'Etat, 2001).

Conviene tener en cuenta que la colegialidad no es una figura extraña a las autoridades de regulación económicas colombianas. En efecto, para algunas de ellas, como las comisiones de regulación de los servicios públicos, ya se ha adoptado la forma colegial. Para otras, como ciertas superintendencias, se han adoptado órganos auxiliares consultivos de carácter colegial. Por ejemplo, el artículo 11.2.1.2.1 del Decreto 2555 de 2010 hace referencia al Consejo Asesor de la Superintendencia Financiera que es identificado como un órgano auxiliar de carácter consultivo. En el mismo sentido, para el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio, el Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 del Decreto de 2011 establece un órgano auxiliar de carácter consultivo que denomina también Consejo Asesor.

Pese a ello, el diseño de esa colegialidad en esas autoridades de regulación colombianas no evita los riesgos de corrupción asociados a los monopolios decisorios que permiten la adopción de decisiones de manera discrecional y que no rinden cuenta de sus actuaciones. Lo anterior, por las siguientes razones: en primer lugar, en todos los casos, la única influencia que determina la integración de las diferentes entidades es el Presidente de la República. Ese hecho elimina una de las ventajas esenciales de la colegialidad que es la heterogeneidad de los orígenes de los miembros que integran la instancia de decisión. Una configuración legal que permita la composición heterogénea de las autoridades de regulación, garantizando la experticia técnica y el origen diverso de sus miembros, permite que esas instancias actúen como espacios independientes en los que prima la reflexión y el intercambio de ideas. Se posibilita de esa manera un mayor control de los poderes económicos que actúan en los sectores objeto de regulación. Por el contrario, cuando los miembros de las autoridades expresan solamente el punto de vista del Gobierno, no existe la libertad ni la autonomía de criterio, sino que las decisiones son adoptadas atendiendo instrucciones de la jerarquía. En ese caso, el Gobierno puede utilizar esas entidades como medios para pagar favores a los poderes económicos que han contribuido a financiar la campaña electoral.

En segundo lugar, la forma en la que se ha adoptado la colegialidad no permite controlar la corrupción por cuanto las facultades de las instancias colegiales son secundarias, comparadas con los poderes de los centros de decisión que dependen directamente del Presidente de la República. Ese es el caso de la facultad más importante de las autoridades de regulación que es el poder de sancionar a los operadores. Por ejemplo, las comisiones de regulación de los servicios públicos no disponen de la facultad de sancionar a los operadores del sector, esas facultades han sido reservadas para las superintendencias que actúan bajo la dirección del presidente. En otros eventos, como el previsto en el artículo 63 de la Ley 1341 de 2009, la facultad de sanción del monopolio que opera en el sector de las telecomunicaciones ha sido otorgada directamente al ministro del sector. Este es un caso típico en el que el poder político, que toma o deja de tomar unilateralmente decisiones discrecionales, puede resultar beneficiando a monopolios privados que abusan de los consumidores. De allí que, en su estudio sobre la política regulatoria colombiana, la OCDE (2014) ha afirmado que en dicho sector económico los consumidores colombianos deben pagar precios más altos que los estándares internacionales por servicios de mala calidad.

Algo similar ocurre en las superintendencias en las que existen los órganos auxiliares de carácter consultivo. La presencia de esos órganos no altera sustancialmente el carácter individual y discrecional de la decisión a adoptar. En efecto, las facultades de esos órganos son netamente secundarios ya que se limitan a expresar sus opiniones, en algunos casos puntuales determinados por la Ley. Además, dado el carácter meramente consultivo de los órganos asesores, los superintendentes

no están obligados a seguir la opinión expresada por esas instancias. De manera que, en últimas, la responsabilidad de la decisión recae en una sola persona, el superintendente quien, a su vez, actúa como simple agente del Presidente de la República. El jefe del ejecutivo nombra, además, de manera discrecional a todos los integrantes de los órganos auxiliares consultivos. Esta concentración del poder económico en cabeza del Presidente explica que autores como Hoggard (2004), hayan afirmado que la lucha contra la corrupción en Colombia requiere de esfuerzos para dar una mayor participación a la sociedad civil en los asuntos públicos, así como una mejor transparencia en el ejercicio del poder.

Nuestra tesis postula que, para fortalecer la independencia de las autoridades de regulación colombianas, deben profundizarse los rasgos positivos asociados a la colegialidad que hoy existen. Esto exige, de una parte, ampliar el campo de los asuntos sobre los cuales las instancias colegiales pueden decidir, incluyendo las facultades sancionatorias tanto en lo que se refiere a la etapa de instrucción como a la de juzgamiento. Naturalmente, las decisiones adoptadas por esas instancias deberán tener carácter vinculante. De otra parte, es necesario garantizar la participación de otros actores, diferentes al Presidente de la República, en el nombramiento de los integrantes de las instancias de decisión colegiales. En tal sentido, es pertinente la observación del Consejo de Estado francés según la cual *“le choix des personnes auxquelles va être confiée l’institution voulue comme indépendante n’est pas le monopole de l’exécutif”* (Conseil d’Etat, 2001, p. 291). En fin, resulta necesario establecer procedimientos objetivos de selección de los miembros de las autoridades de regulación con miras a verificar el cumplimiento de altos niveles de experticia para acceder a esos cargos. De esa manera puede controlarse el clientelismo en la nominación de los expertos que ha sido identificado por algunos autores (López, 2006) y que desvía a las entidades de su función de protección del interés general, para ponerlas al servicio de las clientelas.

2.2. Nombramientos discrecionales, decisiones discrecionales y prácticas corruptas

El poder discrecional ha sido considerado (Bittner, 1980) como uno de los rasgos esenciales en la definición de la función de policía. Esto por cuanto el control del orden público material exige el ejercicio ágil de las facultades otorgadas, junto con la capacidad de utilizar la coacción física. Sin embargo, la extensión del poder discrecional, propio del control del orden público material al campo de la regulación económica, favorece la corrupción. El escenario de la decisión discrecional es un campo propicio para la confabulación entre funcionarios deshonestos y buscadores de rentas (Cartier-Bresson, 1993). En ese ámbito se multiplican las oportunidades para que los delegatarios del poder público puedan traicionar la confianza ciudadana. Los análisis de Rose-Ackerman y Klitgaard coinciden en señalar que la discrecionalidad exacerba los riesgos propios de

la relación agente principal en la gestión de asuntos públicos. De esa manera, se incrementa el riesgo moral posibilitando que el agente no actúe de acuerdo con los intereses del principal, sino que oriente su actuación en beneficio de sus propios intereses.

Por tal motivo resulta necesario reducir y controlar el poder discrecional en diferentes campos de la regulación económica. Como lo ha afirmado la Corte Constitucional, “la discrecionalidad absoluta entendida como la posibilidad de adoptar decisiones administrativas sin que exista una razón justificada para ello, puede confundirse con la arbitrariedad y no es de recibo en el panorama del derecho contemporáneo” (Sentencia C-734/00). Por tal razón, debe reducirse, en primer lugar, la discrecionalidad en el nombramiento y remoción de las personas a cargo de la dirección de las autoridades de regulación. En segundo lugar conviene establecer un mecanismo objetivo de verificación de requisitos de conocimientos técnicos y experiencia para acceder a cargos directivos de dichas entidades. Finalmente, es necesario controlar que las decisiones de las autoridades de regulación, alegando discrecionalidad, no se aparten del marco legal establecido. En todos los casos se trata de reducir el radio de acción dentro del cual los tomadores de decisiones, en el ejercicio de funciones públicas de intervención del Estado en la economía, pueden decidir a su arbitrio. Se trata de someter efectivamente el ejercicio del poder público al derecho. Eso sin desconocer que la supresión total de la discrecionalidad no solo es imposible, sino que también puede ser inconveniente.

El libre nombramiento y remoción de los directivos de las superintendencias o las agencias a cargo de funciones de regulación económica facilita la corrupción y reduce la calidad del marco regulatorio. Por ello, en Francia como en la mayoría de los países de la OCDE, el nombramiento de los titulares de ese tipo de cargos es irrevocable (Eckert, 2010). Conviene resaltar que, en ese país, garantizar la irrevocabilidad de los mandatos de los directores de las autoridades de regulación ha planteado dificultades legales más importantes que en Colombia. En efecto, el artículo 23 de la Constitución Francesa establece que el gobierno dispone libremente de la administración. Pese a ello, el legislador francés ha creado múltiples autoridades administrativas independientes y la jurisprudencia del Consejo Constitucional ha respaldado la exequibilidad de sustraer esas entidades del poder jerárquico o de tutela que el gobierno ejerce sobre la administración (Autin, 1988; Rouyere, 2010). En Colombia se presentan problemas similares pues, según la Constitución, los superintendentes son funcionarios de libre nombramiento y remoción del presidente quien es la máxima autoridad administrativa. Pese a ello, bajo los auspicios de la OCDE, el gobierno nacional adoptó el Decreto 1817 de 2015, mediante el cual decidió que algunos superintendentes serán nombrados por el Presidente de la República para el respectivo período presidencial. Cuando el presidente desee retirar el superintendente antes de concluir el citado periodo deberá motivar el acto que declara la insubsistencia.

De manera que el país ya ha avanzado en ese aspecto, sin embargo los avances son insuficientes. De una parte, porque se trata de normas reglamentarias que solo han sido cobijadas con esa medida las superintendencias de industria y comercio, financiera y de sociedades. De otra parte, por cuanto no existe un procedimiento objetivo para verificar las calidades de experiencia y conocimiento de las personas que aspiran a ocupar esos cargos. En efecto, el mismo Decreto 1817 de 2015 quiso modernizar el proceso de nombramiento, para eso estableció requisitos más exigentes en formación y experiencia para acceder a esos puestos. Además, dispuso la realización de una invitación pública para que los interesados que cumplieran los requisitos se presentaran públicamente previa evaluación de sus hojas de vida.

Sin embargo, no estableció la intervención de ninguna instancia diferente del presidente para seleccionar las personas elegidas. Así, una vez surtido el procedimiento han sido nombradas personas que eran identificadas previamente como muy cercanas al gobierno (el mismo procedimiento, con previa de interesado y evaluación de méritos se utilizó para conformar la terna de candidatos a Fiscal General)². Algo similar ocurre con el procedimiento para el nombramiento de los miembros de las comisiones de regulación, los directores de las agencias e incluso los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República. En todos esos casos el diseño institucional colombiano concentra en el presidente la facultad de escoger libremente los miembros de esas autoridades de regulación excluyendo la participación de entidades como la Comisión Nacional del Servicio Civil o el Congreso de la República. Una alternativa diferente ha sido adoptada en Francia y en Estados Unidos, países en los que, algunas de esas decisiones del ejecutivo, deben ser ratificadas por el Congreso.

La evaluación objetiva de las competencias técnicas de quienes aspiran a ocupar cargos de superintendentes, miembros de comisiones de regulación y directores de agencias, implica la reducción de la discrecionalidad de la que goza el presidente en ese campo. Estudios nacionales (Caballero, Jadresic y Ramírez, 2004) e internacionales (Tremolet, 2007) sobre el asunto han demostrado que la selección objetiva de esos funcionarios tiene efectos positivos tanto en la legitimidad como en la eficacia de las instituciones. Por el contrario, la situación del marco legal colombiano en ese campo permite la concentración del poder en cabeza del presidente y no establece controles que garanticen que esos poderes sean ejercidos consultado el interés general. Se genera así un círculo vicioso similar al no-derecho al que se hecho referencia en los estados de excepción, lo que permite el ejercicio discrecional del poder de nominación que puede ser usado para distribuir rentas de manera discrecional. De esa manera, se configuran situaciones de este tipo:

² El portal La Silla Vacía hizo referencia a esa elección en estos términos: “Después de todo el reality montado por la Presidencia para escoger de manera meritocrática a la terna para Fiscal, el presidente Juan Manuel Santos terminó escogiendo los candidatos que se vaticinaban desde hacía meses”. Véase: <https://lasillavacia.com/historia/la-terna-para-fiscal-una-terna-de-tres-55522>

There is strong synergy between economic and political institutions. Extractive political institutions concentrate power in the hands of a narrow elite and place few constraints on the exercise of this power. Economic institutions are often structured by this elite to extract resources from the rest of the society. (Acemoglu y Robinson, 2012, p. 81)

Finalmente, es pertinente controlar la discrecionalidad en la adopción de decisiones por parte de las autoridades de regulación. A ese respecto conviene resaltar que, en los sistemas de regulación jurídica de la economía, las determinaciones sustanciales que orientan el desarrollo de los diferentes sectores son asumidas por el legislador. De manera que el sector objeto de regulación está protegido frente a decisiones arbitrarias de la autoridad respectiva. Así, dado que el orden público económico es asociado con la protección de la libre competencia, solo el legislador se encuentra facultado para imponerle al sector una orientación diferente a la que se desprendería de la libre interacción económica (Frison-Roche, 2011). Por otra parte es conveniente resaltar que los actos de las autoridades de regulación pueden ser objeto de control de legalidad por parte de las autoridades judiciales (Collet, 2003; Dewost, 2004); de esa manera, se limitan los riesgos de decisiones arbitrarias.

2.3. El reforzamiento de los escenarios de rendición de cuentas

Siguiendo la ecuación de Klitgaard que hemos tomado como referencia, la corrupción se desarrolla con mayor facilidad cuando quien decide no está sometido a la obligación de rendir cuentas del ejercicio de sus poderes. Por ello, en ese aspecto la ausencia de control independiente también juega un rol negativo. Al concebir el orden público económico como un asunto de naturaleza exclusivamente política, monopolio discrecional del presidente, se reduce el ejercicio de rendición de cuentas a un mero ejercicio de negociación política. Ese defecto se presenta en Colombia por cuanto las autoridades de regulación se encuentran sometidas a la dirección del gobierno y el escenario de la rendición de cuentas es el Congreso. Sin embargo, esa forma de concebir el control del orden público económico desconoce valores como la eficacia y la experticia técnica. En materia económica, tanto la regulación como la rendición de cuentas, requieren de criterios técnicos e independencia. Además, como lo manifiesta Klitgaard, usualmente los políticos no quieren controlar la corrupción sino que, por el contrario, usan la corrupción y las actividades ilícitas como un medio para mantenerse en el poder a expensas de los intereses generales del país.

Nosotros encontramos que, para disminuir la corrupción, es necesario reducir o aislar de la influencia política varios campos de la vida pública como la dirección de las autoridades de regulación y los procedimientos de rendición de cuentas. Esto, aunque puede resultar polémico, tiene un sustento constitucional sólido en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, según el artículo 113 de la

Constitución, norma que distribuye el poder público en Colombia, además de las ramas tradicionales en que se divide el poder, existen otros órganos autónomos e independientes que ejercen de esa manera funciones públicas. A la luz de dicho artículo, autores como Rodríguez (2011) sostienen que nuestro modelo constitucional ha abandonado la concepción clásica de la separación de poderes. Esa ruptura se explica por el objetivo fundamental que se propuso en la Constituyente de 1991 de reforzar la legitimidad democrática del Estado. Para ello adoptó diferentes medidas destinadas tanto a sanear la forma en que se hace política en el país, como a reducir la acumulación excesiva de poderes en cabeza del Presidente de la República (García-Villegas y Revelo, 2009).

Es pertinente destacar dos tipos de entidades que integran ese conjunto de órganos autónomos e independientes a los que hace referencia el artículo 113 de la Carta: de una parte, las autoridades de regulación económica creadas directamente por la Constitución, como el Banco de la República y la extinta Comisión Nacional de Televisión. De otra parte, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República que, según el artículo 117 constitucional, son los denominados órganos de control. La aspiración que orienta nuestro ordenamiento constitucional es que el control de la administración, que incluye naturalmente el control de la corrupción, sea realizado por unos órganos diferentes a los que ejercen el poder en nombre de la representación popular. La Corte Constitucional en la Sentencia C-743 de 1998 explica el fundamento de la independencia de los entes de control en los siguientes términos:

Ello obedece a la filosofía que inspira todo el ordenamiento constitucional contemporáneo, según la cual los órganos de control no deben depender ni funcional ni orgánicamente de los organismos que ellos mismos controlan, porque tal dependencia no sólo implica en sí misma una contradicción lógica irreconciliable, sino que por sobre todo incide negativamente en el ejercicio efectivo del control. (Sentencia C-743 de 1998)

Así las cosas, la eficacia de la rendición de cuentas se encuentra determinada por la actuación que lleva a cabo la Contraloría General de República. De allí que, el desborde de la corrupción exige revisar la manera en que funciona la institución a cargo del control del fenómeno. Estudios realizados sobre ese tópico han arribado a conclusiones similares a las de nuestra tesis, así Naranjo-Galves (2007) ha concluido que la eficacia del control fiscal en Colombia se ha visto afectada por la ausencia de independencia de las contralorías frente al poder político, de manera que el control fiscal no goza de la independencia que la Constitución proyectó. La captura política de la Contraloría configura un desarrollo contrario al espíritu del Constituyente. Ello pese a que la Corte Constitucional ha considerado en la Sentencia C-374 de 1995 que en la Constitución se reconoce expresamente la función de control fiscal como una actividad independiente y autónoma y diferenciada de la que corresponde a las clásicas funciones estatales, lo cual obedece no solo a un

criterio de división y especialización de las tareas públicas, sino a la necesidad política y jurídica de controlar, vigilar y asegurar la correcta utilización, inversión y disposición de los fondos y bienes de la Nación.

La extensión de la influencia de lo político hacia campos que la Constitución había proyectado como espacios independientes ha impedido avances en la lucha contra la corrupción. Ello por cuanto se han multiplicado las ocasiones en las que los responsables políticos pueden decidir de manera monopólica, discrecional y sin rendir cuentas. De esa manera, se han agudizado algunos de los problemas que la Constitución de 1991 quiso resolver. Al punto que hoy se ha renovado la crisis de legitimidad del Estado colombiano que el pacto de 1991 había fortalecido. Ante ello, es necesario realzar dos aspectos importantes en el espíritu del Constituyente del 91 que explican la adopción de autoridades de regulación y órganos de control independientes. De una parte, la Constitución tuvo un claro tinte anti politiquero y anti clientelista, muestra de ello es que, dentro de sus primeras decisiones, resolvió revocar el Congreso que sesionaba en ese momento. De otra parte, la Constitución quiso sanear la forma de hacer política, de evitar el clientelismo y fortalecer las herramientas de control político del Parlamento. Por eso, la omnipresencia de la corrupción representa la derrota del proyecto constitucional de 1991 que ha sucumbido ante la influencia excesiva de la política en las autoridades de regulación y en los órganos de control. Según algunos autores el fracaso del proyecto modernizador del 91 se explica por cuanto “de manera sorprendente los políticos lograron adaptarse extraordinariamente bien a las nuevas realidades institucionales, y así bloquearon la realización de buena parte de los objetivos constitucionales” (García-Villegas, 2009, p. 45).

A fin de controlar la corrupción es necesario garantizar que la rendición de cuentas se lleve a cabo con la participación de órganos de control realmente técnicos e independientes. En ese empeño conviene retomar el espíritu del constituyente del 91 corrigiendo errores de diseño institucional de los órganos de control con el fin de garantizar su independencia. Para ello, encontramos necesario que el diseño legal de los órganos de control integre la colegialidad a la que hemos hecho referencia en el punto 2.1. De esa manera, se evita que esas entidades sean sometidas a una sola influencia determinante, que termine alejándolas de sus misiones legales, para ponerlas al servicio de la agenda personal de su director. Asimismo, se debe evitar que, a través de la nominación del director, los entes de control sean capturados por las fuerzas políticas partidistas, pues ello impide que actúen de manera imparcial. En ese sentido, debe desarrollarse el espíritu constituyente que subyace al artículo 113 de la Constitución, esto implica reconocer, como lo plantea Rosanvalon (2008), que existen fuentes de legitimidad diferentes al voto popular. Por ende, todos los miembros llamados a dirigir los entes de control deben ser elegidos con fundamento en criterios diversos y objetivos, como la experticia.

Finalmente debe destacarse que, en el caso de la rendición de cuentas como en el caso de la dirección de las autoridades de regulación, lo que se censura es la influencia de la politiquería que obstaculiza que las entidades alcancen los fines propuestos. Sin embargo, tanto la política como el rol del parlamento son considerados esenciales en diferentes análisis sobre la regulación independiente (Frison-Roche, 2006; Majone, 1996). Así, en la medida en que se fortalece la independencia de las autoridades de regulación económica y de los entes de control, debe reforzarse el control político que el Congreso realiza. Las entidades que gozan de independencia no pueden considerarse como repúblicas independientes, sino que deben rendir cuentas ante el Congreso. En el mismo sentido, el Congreso puede apoyarse en la experticia técnica de los entes de control y de las autoridades de regulación para el ejercicio de su función de control político.

Conclusiones

En Colombia el conflicto armado generó la concentración de poderes en torno del presidente de la República con el fin de dotarlo de herramientas para controlar el orden público material. La lógica propia de ese campo fue trasladada al control del orden público económico ignorando que se trata de instituciones diferentes que hacen uso de herramientas jurídicas disímiles. Como resultado, se ha reproducido en el campo de la regulación económica una concentración excesiva de poderes en cabeza del Jefe del Ejecutivo dado que él ejerce una influencia determinante en la actuación de las autoridades de regulación, ese hecho puede falsear el juego de la libre competencia económica permitiendo prácticas como la captura de rentas y el favoritismo.

El control de la corrupción en Colombia requiere de estrategias opuestas a las adoptadas para controlar el orden público. Es necesario atender un aspecto que se ha ignorado en los estudios y las políticas públicas recientes sobre el fenómeno: la captura política del regulador. El asunto es relevante pues el control político de las autoridades de regulación económica permite desviar esas entidades de sus fines de protección del interés general, concebido como el buen funcionamiento del mercado para instrumentalizarlas con el fin de pagar favores a quienes participan en la financiación de las campañas, apoyan las políticas del gobierno o cuentan con influencias personales.

Garantizar la independencia de las autoridades de regulación y de los órganos de control es una buena estrategia para evitar la corrupción. De esa manera, se impide la configuración de los tres factores con los que la doctrina internacional asocia las prácticas corruptas: el monopolio de la decisión, la discrecionalidad y la ausencia de rendición de cuentas. En ese sentido, es preciso desarrollar el propósito del Constituyente de 1991 que, al tiempo que quiso enaltecer la actividad política, aisló de su influencia amplios sectores de la vida pública.

Referencias bibliográficas

- Acemoglu, D. y Robinson, J. (2012). *Why nations fail: the origins of power, prosperity and poverty*. London: Profile Books.
- Autin, J. (1988). Les autorités administratives indépendantes et la Constitution. *La Revue Administrative*, 41(244), 333-338.
- Avilés, M. (2000). Algunas consideraciones constitucionales sobre el orden público económico y el derecho penal. *Revista de Derecho Público*, (62), 169-179.
- Benavides, J., Fainboim I. y Spiller, P. (2000). *Diseño de las instituciones regulatorias colombianas*, Bogotá, Colombia: Fedesarrollo.
- Belloso, M. (1988). Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978. *Revista española de Derecho administrativo*, 58, 233-254.
- Bittner, E. (1980). *The Functions of the Police in Modern Society*. Cambridge: Oelgeschlager, Gunn & Hain Publishers.
- Bohém, F. (2005). Corrupción y Captura en la regulación de los servicios públicos. *Revista de Economía Institucional*, 7(13), 245-263.
- Caballero, C., Jadresic, A. y Ramírez, M. (2004). *El marco institucional para la regulación, supervisión y el control de los servicios públicos en Colombia: propuesta para su fortalecimiento*. Bogotá, Colombia: Banco Mundial, Fedesarrollo.
- Carbonnier, J. (1956). *Droit Civil, T. 4. Les obligations*. Paris, Francia: PUF.
- Cartier-Bresson, J. (1993). Corruption, pouvoir discrétionnaire et rentes. *Le Débat*, 77, 23-28.
- Castro, J. (1976). *Orden público económico: Documentos*. Bogotá, Colombia: Ediciones del Banco de la República.
- Champaud, C. (2002). Régulation et droit économique. *Revue Internationale de Droit Économique*, 16(1), 23-66.
- Collet, M. (2003). *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*. Paris, Francia: LGDJ.
- Conseil d'Etat. (2001). *Rapport public, autorités administratives indépendantes*. Paris, Francia: La Documentation Française.
- Corte Constitucional, Sentencias C-734/00, C-743 de 1998 y C-374 de 1995.
- Departamento Nacional de Planeación (DNP). (2013) Documento Conpes No. 167.
- Devis-Echandía, H. (1946). Evolución de la noción de orden público. *Revista de la Universidad Nacional*, 6, 251-262.
- Dewost, J.L. (2004). Les autorités indépendantes de régulation, le droit de la concurrence et le contrôle du juge. En M. F. Frison-Roche. (Dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation* (pp. 42-54). Paris: Presses de Sciences Po/ Dalloz.
- Eckert, G. (2012). L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique. *Revue française d'administration publique*, 3, 629-643.
- El Espectador. (11 de junio de 2013). Interbolsa: Jaramillo ratifica que pagó comisión de US\$1 millón a José Roberto Arango. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/economia/interbolsa-jaramillo-ratifica-pago-comision-de-us1-mill-articulo-427235>
- Farjat, G. (1963). *L'ordre public économique*. Paris, Francia: LGDJ.
- Frison-Roche, M.A. (2004). Définition du droit de la régulation économique. En M. A. Frison-Roche. (Dir.), *Les régulations économiques: légitimité et efficacité* (pp. 7-18). Paris, France: Presses de Sciences Po/Dalloz.

- Frison-Roche, M.A. (2006). Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes. En P. Gélard (Ed), *Les autorités administratives indépendantes: évaluation d'un objet juridique non identifié* (pp. 2-452). Paris, Francia: La Documentation Française.
- Frison-Roche, M.A. (2011). *Les 100 mots de la régulation*. Paris, France: PUF.
- Frison-Roche, M.A. (2015). Les différentes natures de l'ordre public économique. *Archives de philosophie du droit*, 58, 105-128.
- Gallón, G. (1979). *Quince años de estado de sitio en Colombia, 1958-1978*. Bogotá, Colombia: Editorial América Latina.
- García-Villegas, M. y Revelo, J. (2009). La concentración del poder en Colombia. En M. García-Villegas. y J. Revelo. (Eds), *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009* (pp. 328-371). Bogotá, Colombia: Dejusticia.
- García-Villegas, M. (2009). Caracterización del régimen político colombiano (1956-2008). En M. García-Villegas. y J. Revelo. (Eds), *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009* (pp. 16-83). Bogotá, Colombia: Dejusticia.
- Gelard, P. (2006). *Rapport, Les autorités administratives indépendantes: évaluation d'un objet juridique non identifié*. Paris, Francia: Office parlementaire d'évaluation de la législation, Assemblée Nationale, n.3166 – Sénat n.404, T. I.
- Hauriou, M. (1926). *Précis élémentaire de Droit administratif*. Paris, France: Sirey.
- Hoggard, S. (2004). Preventing corruption in Colombia: the need for an enhanced state-level approach. *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 21 (2), 577-619.
- Kalmanovitz, S. (2001). *Las instituciones colombianas en el siglo XX*. Bogotá, Colombia: Alfaomega.
- Karam, S. (2017). Capitalism Did Not Win the Cold War. Why Cronyism Was the Real Victor? *Review Foreign Affairs*. Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2017-07-19/capitalism-did-not-win-cold-war>
- Laffont, J. y Tirole, J. (1991). The politics of government decision-making: a theory of regulatory capture. *The Quarterly Journal of Economics*, 106 (4), 1089-1127.
- Laget-Annamayr, A. (2002). *La régulation des services publics en réseaux*. Paris, Francia: LGDJ, Bruylant.
- López, D. (2006). El sueño weberiano, claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del Estado colombiano. *Revista de Derecho Público*, 19, 1-42.
- Majone, G. (1996). *La Communauté européenne, un État régulateur*. Paris, Francia: Montchrestien.
- Naranjo-Galves, R. (2007). *Eficacia del control fiscal en Colombia: derecho comparado, historia, macroorganizaciones e instituciones*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.
- Newman Pont, V. y Ángel, M. (2017). *Sobre la corrupción en Colombia: marco conceptual, diagnóstico y propuestas de política*. Bogotá: Fedesarrollo, 222.
- Klitgaard, R. (1988). *Controlling corruption*. California: University of California Press.
- Marcou, G. (2009). L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition. En T. Revet. y L. Vidal. (Dir), *Annales de la Régulation* (pp. 79-99). Paris, Francia: IRJS.
- Marcou, G. (2015). L'apparition du droit du marché et l'ordre public économique. En S. Dormont y T. Perroud. (Dir), *Droit et Marché* (pp. 5-20). Paris, France: LGDG.
- OECD. (2011). *Regulatory policy and governance, supporting economic grow and serving the public interest*. Paris: OECD Publishing.
- OECD. (2014). *Review of telecommunication policy and regulation in Colombia*. Paris: OECD Publishing.
- Pez, T. (2015). L'ordre public économique. *Révue Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, 4, 43-57.
- Ripert, G. (1934). L'ordre économique et la liberté contractuelle. En F. Gény (Ed.), *Recueil d'études sur les sources du droit: en l'honneur de François Gény* (pp. 347-356). Paris, Francia: Recueil Sirey, t. II.

- Rodríguez, L. (2011). *Estructura del Poder Público en Colombia*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Rosanvallon, P. (2008). *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*. Paris, Francia: Seuil.
- Rose-Ackerman, S. y Palifka, B. (2016). *Corruption and government: Causes, consequences, and reform*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rouyere, A. (2010). La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes: quelle signification? *Revue française d'administration publique*, 5, 887- 904.
- Ruiz-Tagle, P. (2000). Principios Constitucionales del Estado Empresario. *Revista de Derecho Público*, 12(49), 48-64.
- Sainz, F. (1977). Orden público económico y restricciones de la competencia. *Revista de Administración Pública*, 84, 597-643.
- Salter, M. (2014). Crony capitalism American style: what are we talking about here? *Working Paper Edmond Safra Center for Ethics*, 50, 1-47.
- Sanclemente-Arciniegas, J. (2016). *L'indépendance du régulateur en France et en Colombie* (tesis de doctorado). Universidad París-Dauphine, PSL Research University, Paris, Francia.
- Stigler, G. (1971). The theory of economic regulation. *The Bell journal of economics and management science*, 3-21.
- Sunstein, C. (2014). *Valuing life, Humanizing the regulatory state*. Chicago: University of Chicago Press.
- Tremolet, S. (2007). Comment construire le capital institutionnel et humain nécessaire pour assurer une régulation efficace dans l'avenir? En J.M. Chevalier., M.A. Frison-Roche. y J. Keppler. (Dir.), *Economie et droit de la régulation des infrastructures: perspectives des pays en voie de développement*. Paris, Francia: LGDJ.
- Vohringer, A. (2005). Ripert y su influencia en el concepto de orden público económico: auge y caída de una visión dirigista. *Revista Chilena de Derecho*, 32, 7-18.



COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Castillo, L., Saracostti, M., Castellanos, J. y Morales, S. (2020). Derecho de las familias a participar en el contexto escolar: análisis desde las Constituciones chilena y española. *Revista Jurídicas*, 17 (1), 125-141.
DOI: 10.17151/jurid.2020.17.1.7.

Recibido el 27 de marzo de 2019
Aprobado el 23 de septiembre de 2019

Derecho de las familias a participar en el contexto escolar: análisis desde las Constituciones chilena y española*

LEONARDO CASTILLO-CÁRDENAS**

MAHIA SARACOSTTI-SCHWARTZMAN***

JORGE CASTELLANOS-CLARAMUNT****

SOLEDAD MORALES-TRAPP*****

RESUMEN

Está comprobado que la participación colaborativa de las familias en el contexto escolar permite soluciones más eficientes y duraderas a problemas sociales como la deserción escolar o las vulneraciones de derechos; hecho que favorece el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. El objetivo del artículo es contrastar la regulación del derecho de las familias a participar en el contexto escolar consagrada en las constituciones chilena y española, a través del método de la dogmática jurídica, por medio de la cual se realizó un análisis comparado entre el inciso final del Artículo 19 N° 10 de la Constitución chilena y los Artículos 27.5 y 27.7 de la Constitución española. Como principal resultado se halló que el deber contributivo de la comunidad al desarrollo de la educación conlleva implícitamente el derecho de participación de las familias en el contexto escolar. También se encontró que la Constitución chilena, a diferencia de la española, no contempla normas que garanticen explícitamente este derecho; de modo que el derecho/deber de educar a los hijos e hijas queda trunco al no asegurar su participación más allá de escoger el tipo de establecimiento educacional.

PALABRAS CLAVE: participación familia/escuela, Constitución chilena, constitución española, derechos humanos.

* Trabajo financiado por el Proyecto CONICYT/Fondecyt 1170078, CONICYT/Fondecy ID14120078 y DIUFRO D118-0010.

** Académico Universidad de La Frontera, Departamento de Ciencias Jurídicas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales; Investigador Cátedra UNESCO niñez-juventud, educación y sociedad; Centro de Investigación sobre procesos Socioeducativos, Familias y Comunidades del Núcleo Científico Tecnológico en Ciencias Sociales y Humanidades; Centro de Estudio y Promoción de los Derechos Humanos; Unidad de Transferencia Tecnológica, Dirección de Innovación y Transferencia Tecnológica, Vicerrectoría de Investigación y Postgrado. Miembro del Instituto de Derecho Civil, Departamento de Ciencias Jurídicas, de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Administrativas de la Universidad Católica de Temuco. E-mail: leonardo.castillo@ufrontera.cl.

Google Scholar. ORCID: 0000-0001-9587-2343.

*** PhD in Social Welfare, Profesora Titular Universidad de Valparaíso, Escuela de Trabajo Social, Facultad de Ciencias Sociales. Directora Cátedra UNESCO niñez-juventud, educación y sociedad. Fundadora de la Red de Universidades Unidas por la infancia.

E-mail: mahia.saracostti@uv.cl. Google Scholar.

ORCID: 0000-0002-9673-5727.

**** Profesor Contratado Predoctoral (Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (FPU014/02451), Departamento de Filosofía del Derecho y Política, Facultad de Dret, Universitat de València, Valencia, Valencia, Comunidad Valenciana, España. E-mail: jorge.castellanos@uv.es. Google Scholar.

ORCID: 0000-0001-9621-6831.

***** Académica Universidad de La Frontera, Escuela de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales, Centro de Estudios y Promoción de los Derechos Humanos, Investigadora Cátedra UNESCO niñez-juventud, educación y sociedad. E-mail: soledad.morales@ufrontera.cl.

Google Scholar. ORCID: 0000-0002-9648-8316.



Right of families to participate in the school context: analysis from the Chilean and Spanish Constitutions

ABSTRACT

It has been proven that collaborative participation of families in the school context allows for more efficient and lasting solutions to social problems such as dropping out of schools or rights violations which favors the comprehensive development of children and adolescents. The objective of this article is to contrast the regulation of the right of families to participate in the school context in Chilean and Spanish Constitutions using the method of legal dogmatic through which a comparative analysis between the final clause of Article 19 N° 10 of the Chilean Constitution and Articles 27.5 and 27.7 of the Spanish Constitution was carried out. As a main result, it was found that the contributory duty of the community to the development and improvement of education, implicitly entails the right to participation of families in the school context. It was also found the Chilean Constitution, unlike the Spanish Constitution, does not include norms that explicitly guarantee this right so that the right/duty of parents to educate the children is truncated by not ensuring their participation beyond being able to choose the type of educational establishment.

KEY WORDS: family/school participation, Chilean Constitution, Spanish Constitution, human rights.

I. Introducción: la participación de la familia en el contexto escolar

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad cuya protección ha de ser debidamente resguardada por el Estado, entre otras razones por ser la primera y más importante forma de socialización (Castillo y Morales, 2017, p.7). La escuela, por su parte, abre la posibilidad de que niños, niñas y adolescentes (NNA) se relacionen con pares distintos a su familia, compartan, y aprendan reglas de convivencia en una comunidad más amplia, hecho que incide directamente en su formación y desarrollo.

Como sociedad nos preocupa respecto de los NNA, por ejemplo, los atentados contra su indemnidad sexual, la violencia escolar o la deserción, los que pueden y deben ser abordadas conjuntamente por los actores más significativos para ellos: la familia y la escuela. Desde la literatura científica, además, se ha estimado que hay una influencia positiva asociada a la colaboración entre la familia y la escuela; situación que mejora la autoestima de los niños, el rendimiento escolar, las relaciones entre padres e hijos, las actitudes de los padres hacia la escuela y, como consecuencia, logra una escuela y una educación más eficaces y de mayor calidad (Scott-Jones, 1995; Epstein y Sander, 2000; Vélez, 2009).

La relación familia-escuela debe estar basada en la cooperación entre ambas instituciones, permitiendo soluciones más eficientes y duraderas a los problemas sociales señalados, además de favorecer el desarrollo integral de los y las estudiantes. De esta manera, y siguiendo a Maturana (1995) creemos que “la conducta social está fundada en la cooperación” (p.85) lo que más recientemente refrenda el también biólogo Martin Nowak (2006) al afirmar que la cooperación “es el principio organizador decisivo de la sociedad humana” (p.1560)¹.

Así, las conductas cooperativas no solo constituyen algo “deseable”, en términos axiológicos, sino que pueden contribuir a la eficiencia heurística. Al respecto, Page (2008) describe que la diversidad permite resolver problemas complejos a personas que sustentan valores similares, pero tienen diferentes concepciones acerca de cómo conseguir dichos valores con mayor eficiencia.

En este contexto, el involucramiento familiar colaborativo puede ser entendido como la disposición de la familia a participar y vincularse a la escuela y los aprendizajes de sus hijos, incluyendo las prácticas conductuales y verbales en el hogar, así como las que se despliegan en las actividades que organiza la escuela (Saracostti y Villalobos, 2013, 2015).

¹ Ostrom (1990) o Rifkin (2014) plantean algo similar desde la Economía.

La literatura especializada reconoce no solo la relevancia de la vinculación entre las familias y las escuelas en la formación de NNA sino también que describe cómo muchas veces las interacciones son tensas (Christianakis, 2011; Lawson, 2003; Yoder y López, 2013), caracterizadas por atribución cruzada de culpas (Alcalay, Milicic y Torretti, 2005)², poco colaborativas y marcadas por pautas de involucramiento jerárquicas entregadas desde la escuela, lo que se acrecienta en contextos de vulnerabilidad (Eyzaguirre, 2004; Fullan, 2002; Fullan y Stiegelbauer, 2003; Lupton, 2005).

Además, las estrategias limitadas para el desarrollo del vínculo, mediante reuniones de apoderados, comunicaciones a los padres por medio de la “libreta” se establecen desde una construcción tradicional de familia biparental en que el rol de proveedor recae en el padre y el cuidado se presume “responsabilidad” de la madre³.

Todo lo anterior deviene en posibilidades restringidas de desarrollar relaciones virtuosas y colaborativas entre la familia y la escuela (Ward, Anderson-Butcher y Kwiatkowski, 2006), pues las situaciones descritas terminan desincentivando la participación de las familias en el contexto escolar. Situación que se transforma en una enorme pérdida de las oportunidades de crecimiento mutuo y de eficiencia en el enfrentamiento de problemáticas que, sostenemos, han de abordarse de manera compartida.

Visto lo anterior, coincidimos en que la cooperación entre familias y escuelas no solo es deseable, sino que también más eficiente, logrando que los acuerdos sean más legítimos y duraderos (Grocke, Rossano y Tomasello, 2018). De esta forma se contribuye a lograr mejores resultados y a constituir una red de protección más amplia; también es útil para formar a los y las estudiantes, a los padres y la escuela en valores menos individualistas. Por ello es que, dada la importancia de dicho involucramiento, es necesario generar las condiciones o incentivos jurídicos para que dicha participación sea efectiva, para lo cual es necesario que los padres sientan que tienen el derecho/deber de involucrarse o “contribuir” en la educación de sus hijos.

Para ello, se analizará en primer término el reconocimiento que tiene la familia en virtud de su protección; luego, se analizará concretamente el derecho de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos y nos centraremos en la participación de los padres en el contexto escolar. El análisis se enfocará en el reconocimiento que tienen los referidos derechos en las constituciones chilena y española, teniendo en consideración algunos instrumentos internacionales que ambos ordenamientos han ratificado, entre ellos: la Declaración Universal de los

² Por ejemplo, estos autores desde la vereda de las familias sostienen que se percibe al sistema escolar como señalizador de dificultades, problemas o deficiencias cognitivas, socioemocionales o conductuales de sus hijos.

³ Respecto del rol de cuidado y su atribución ver Tapia, Saracostti y Castillo (2016).

Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); la Convención de Derechos del Niño (CDN), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el Protocolo de San Salvador (PSS), la Carta Social de las Américas (CSA), la Carta Social Europea (CSE), el Protocolo Adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos (PACEDH) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

2. El derecho de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos

La Constitución chilena en su Artículo 1º inciso 2º señala que *“la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”*. Por su parte, la Constitución española no tiene una declaración equivalente, aun cuando implícitamente el Artículo 9.2 reconoce a la familia dentro de *“los grupos en que se integra”* (Roca, 2017, p.24) además de entenderse incorporado por instrumentos internacionales suscritos y ratificados por España⁴⁻⁵.

Existe así coincidencia entre ambos ordenamientos respecto a la posición que la familia tiene en la sociedad, por lo cual debe ser protegida⁶. Esta protección se da, entre otras razones, por las funciones que cumple en el contexto social, tales como como la función afectiva, procreadora, cultural, económica, política, de equidad generacional, de transmisión cultural, socialización, control social y afirmación de la persona por sí (Del Picó, 2011, p. 37-38).

Dicha función de transmisión cultural la entendemos siguiendo a Valpuesta-Fernández (2012) como:

La transmisión de valores, tradiciones modos culturales y reglas de comportamiento a las sucesivas generaciones que la integran, que garantizan una cierta continuidad del grupo social que se reproduce a sí mismo, no sólo en términos demográficos sino también en los valores sociales imperantes, marcando con ello su evolución. (p. 123)

Son las funciones de transmisión cultural y socialización, que Muñoz (2013) cataloga como psicosociales, las que en mayor medida se vinculan con la educación de los hijos.

⁴ Artículo 16.3 (DUDH); Artículo 23.1 (PIDCP); Artículo 10.1 (PIDESC); Preámbulo (CDN); I.16 y Artículo 16 (CSE).

⁵ En el caso de Chile, Artículo 16.3 (DUDH); Artículo 23.1 (PIDCP); Artículo 10.1 (PIDESC); Preámbulo (CDN); el Artículo VI (DADH); Artículo 17.1 (CADH); Artículo 15.1 (PSS); Artículo 13 (CSA); Artículo VI (DADH); Artículo 17.1 (CADH); Artículo 15.1 (PSS) y Artículo 13 (CSA).

⁶ Artículo 1º de la Constitución chilena; Artículo VI (DADH); Artículo 17 (CADH); Artículo 15 (PSS); Artículo 13 (CSA); Artículo 39 de la Constitución Española; I.16 y Artículo 16, I.19, Artículo 19, Artículo 30 (CSE); 23.1 (PIDCP); Artículo 10.1 (PIDESC). Preámbulo (CDN).

Por su parte, el derecho a la educación que contemplan ambos ordenamientos, tanto en su Constitución como en normas internacionales⁷, es un derecho de doble dimensión. Por un lado individual, pues se orienta a que la persona pueda desarrollarse en las diferentes etapas de su vida; por el otro social, ya que incumbe a la comunidad en su conjunto y al Estado (Nogueira, 2008, p. 210). En el caso español, señala Celador-Angón (2016) que:

Debe interpretarse en paralelo al mandato contenido en el Artículo 9.2 CE que ordena a los poderes públicos, tanto promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos que integra sean reales y efectivas, como remover los obstáculos que impidan o dificulten la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. (p. 189)

De esta manera, no se puede entender la igualdad⁸ y la libertad de las personas y los grupos que integra (donde como hemos señalado, encontramos las familias) sin la existencia del derecho a la educación que permite identificar los atropellos, injusticias y desigualdades.

El referido precepto también justifica la accesibilidad, ampliando así la titularidad del derecho (Díaz-Revorio, 1998, p. 279). Además, se trata de un derecho de carácter bifronte, que puede ser entendido como libertad y como derecho.

En el primer caso, como libertad de enseñanza. En este se comprende la libertad de abrir centros educativos, la libertad de cátedra y la libertad de los padres de escoger la educación de sus hijos de acuerdo a sus propias convicciones, donde nos detendremos más adelante. Como libertad, se opone a las imposiciones, acciones u obstáculos de los poderes públicos respecto a una determinada educación. En el segundo, como derecho busca exigir al Estado que activamente provea las herramientas necesarias para que a través de la instrucción se adquiera una formación que permita el desarrollo individual y colectivo, lo cual a nuestro juicio es imprescindible para alcanzar *“la mayor realización espiritual y material posible”* como señala el penúltimo inciso del Artículo 1º de la Constitución chilena.

Puede entenderse, como señala Díaz-Revorio (1998, p. 276), de manera amplia como expresión omnicomprensiva o estricta, como un derecho social y de prestación por la cual el Estado ha de proveer de instrucción a todos y todas. A este respecto entendemos que en su dimensión de *“derecho de prestación”* se deriva una *obligación de hacer* para el Estado, por la cual se torna obligatorio para este el

⁷ Artículo 26.1 (DUDH); Artículo 13.1 (PIDESC); Artículo 28.1 (CDN); Artículo XII (DADH); Artículo (DADH); Artículo 13.1 (PSS); Artículo 19 (CSA); Artículo 2 (PACEDH); Artículo 17.1 (CSE). Constitución chilena Artículo 19 N° 10; Constitución Española Artículo 21.1.

⁸ Que no ha de ser entendido necesariamente como una facultad subjetiva a ser igual, como señala Esparza-Reyes. (2017, p. 74).

garantizar el acceso a la educación formal a través de un sistema accesible, gratuito y obligatorio hasta cierto nivel de instrucción.

En su dimensión de “*libertad de enseñanza*” importa una *obligación de no hacer* por la cual el Estado y los poderes públicos han de abstenerse de interferir en la libertad de crear centros educacionales. Finalmente, cabe señalar que garantizar el derecho a la educación propende a fortalecer la democracia, ya que, al conocer sus derechos, los ciudadanos tienen mayor probabilidad de ejercerlos eficazmente (Castillo y Morales, 2017, p. 12).

Como derecho individual que corresponde a los y las educandos, en los casos de los NNA y pese a ser ellos los titulares del derecho, carecen de plena libertad para escoger. Por esto, se estima que es el Estado quien se preocupa de los intereses de estos titulares, confiando el derecho de representarles en el ejercicio de esta garantía a quienes mejor pueden velar por ellos: sus padres.

Distintos instrumentos internacionales reconocen este derecho⁹. En Chile, el inciso 2° del Artículo 19 N° 10 de la Constitución Política, dispone que “*Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho*”. Al respecto, el profesor José Luis Cea-Engaña reafirma, situado desde la subsidiariedad que inspira la carta fundamental, que la educación no es una función estatal, sino de los “*progenitores o de quienes cuidan del niño o joven*” (2012, p. 351).

En España, el Artículo 27.3 de la Constitución señala que “*Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*”. En dicho sentido, el profesor Díaz-Revorio señala que se trataría de un reflejo de la libertad de conciencia consagrada en el Artículo 16.1. Además, el Catedrático castellano (Díaz-Revorio, 1998, p. 270) nos recuerda que el Artículo 10.2, respecto a la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades constitucionales:

«...tuvo como finalidad inmediata precisamente completar la interpretación de los derechos del Artículo 27, y en concreto disipar toda duda respecto al derecho de los particulares a dirigir centros docentes, y el de los padres a elegir el tipo de educación y el de centro docente».

De todo ello se infiere que los padres u otras personas responsables de la educación y cuidado de los NNA menor, son los “*primeros educadores*” (Tomasevski, 2004), al tiempo de ser responsables que sus hijos reciban la educación a la que tienen

⁹ Artículo 26.3 (DUDH); Artículo 18.4 (PIDCP); Artículo 13.3 (PIDESC); Artículo 5 y 14.2 (CDN); 12.4 (CADH) Artículo XII (DADH); Artículo 13.4 (PSS); Artículo 2 (PACEDH); Artículo 17.1 (CSE).

derecho. En consecuencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) afirma que los padres *“tienen el deber natural de asegurar la educación de sus hijos”*, así como informarse de las posibilidades que ofrece el Estado y, en su caso, impugnar decisiones de las autoridades en bien de su hijo o hija¹⁰. Por tanto, los padres son los primeros destinatarios de la obligación y al Estado le corresponde una función supervisora y aseguradora como ratifica el Artículo 39.3º de la Constitución española.

3. Reconocimiento constitucional al derecho de los padres a participar en el contexto escolar

3.1. El artículo 27.5 Y 27.7 de la Constitución española de 1978

Como sostiene Cotino-Hueso (2012, p. 344), la Constitución española garantiza la participación en la enseñanza a través de dos instancias participativas diferenciadas¹¹. De un lado, la participación en la programación general de la enseñanza: el Artículo 27.5 de la constitución española dispone que *“Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes”*. De otro lado, y de mayor relevancia, la participación en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos regulada en el Artículo 27.7 señala que *“Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca”*.

Al respecto, es necesario considerar la importancia de la participación en el desarrollo democrático. El ciudadano exige, cada vez más, una efectiva participación en las diferentes instituciones como pueden ser, a modo de ejemplo, la escuela, el trabajo o la empresa (Morales-Trapp, 2016).

Lo común y lo cierto es que siempre está presente la exigencia de una actitud proactiva de los miembros de una comunidad, en el caso que nos ocupa la comunidad educativa, de acuerdo con los particulares intereses de la misma (Cotino-Hueso, 2000, p. 157). Por ello, el derecho a participar en el sistema educativo debe estudiarse en relación con otros derechos que la Constitución reconoce a los ciudadanos, en particular los que versan sobre la juventud, orientados todos ellos a su integración en una sociedad democrática y a su formación en los valores democráticos¹².

¹⁰ STEDH de 7 de febrero de 2006, asunto D. H. y otros contra la República Checa, Nº 51.

¹¹ La STS de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990/2505) reiterada en STS de 26 de abril de 1990, RJ 1990/3566, FJ 1º expresa esta doble dimensión.

¹² *Ibidem*.

Así, el Artículo 48 de la Constitución¹³ ubicado en el capítulo III, rotulado “De los principios rectores de la política social y económica”, vincula a todos los poderes públicos en sus propios términos. También el Artículo 9.2. de la Constitución hace recaer en los poderes públicos, en última instancia, la responsabilidad de que el derecho de participación de los sectores a los que la enseñanza atañe no se impida o limite en la práctica. Por este motivo, los dos apartados del Artículo 27 que estamos analizando hacen referencia a que todos los sectores afectados tienen garantizada, por los poderes públicos, su participación (27.5), así como la mención expresa a los profesores, padres y, en su caso¹⁴, alumnos y alumnas (27.7).

Esta particular intensidad del principio participativo en la enseñanza puede justificarse por tratarse de una *“función que afecta directamente a la calidad de la vida o al bienestar general”*, y debido a que los sujetos de la comunidad educativa cuentan con un estatuto de libertades singularmente garantizado que se refuerza con las diversas facultades de participación (Cotino-Hueso, 2012, p. 345)¹⁵.

La participación en la programación general de la enseñanza (Artículo 27. 5º CE) en el ámbito no universitario está regulada básicamente en la LODE (Título II, Artículos 27-35), sin perjuicio de un ámbito de regulación autonómico muy amplio. Por su parte, en lo referente a la participación social, se opta por una participación más orgánica que funcional.

Al respecto, se destaca el hecho de reconocer a nivel constitucional el derecho a participar en la educación ya que la Norma Fundamental proporciona la ordenación esencial de la participación de los diversos agentes para la consecución del objeto de la educación que no es otro que el desarrollo de la personalidad humana en un marco democrático, el respeto a los derechos y libertades fundamentales.

En dicho sentido, ha advertido el Tribunal Constitucional, la enseñanza es *“una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores”* (STC 5/1981). Por ello, a la hora de analizar la regulación de la participación ha de conectarse, obligatoriamente, con la educación en valores para que aquélla pueda calificarse de auténticamente democrática. De esta forma, la visión de la participación en la educación como derecho constitucional requiere un análisis global del Artículo

¹³ “Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural”.

¹⁴ La utilización de la expresión “en su caso” permite al legislador valorar y determinar las edades en las que los alumnos puedan comenzar a ejercer ese derecho (Fernández y Sánchez, 1999, p. 247).

¹⁵ La LOE, Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en general afirma que *“la participación es un valor básico para la formación de ciudadanos autónomos, libres, responsables y comprometidos con los principios y valores de la Constitución”* (Artículo 118.1º LOE) y que las Administraciones la han de fomentar efectivamente (Artículo 118.2º LOE) y la *“garantizarán”* (Artículo 119.1º LOE) y *“favorecerán”* respecto de los alumnos (Artículo 119.4º LOE).

27, el cual fue fruto de un pacto escolar de difícil concreción. El Artículo 27 de la Constitución vino a ser así, en palabras de Puelles-Benítez (2010):

Un texto fundamental ya que alberga la orientación política del sistema educativo, los grandes principios ideológicos que se aceptan por todos como valores básicos a aplicar, aun cuando después las políticas educativas de los distintos grupos políticos tiendan a acentuar más unas líneas ideológicas que otras. (p. 376)

El pacto escolar se consiguió en virtud de mutuas cesiones entre los dos principales partidos, UCD y PSOE. Estas cesiones no eran solo eran de carácter político e ideológico, sino que entraban plenamente en el campo de los intereses representados por cada uno de los dos grupos políticos (Foces-Gil, 2017, p. 41). En el Artículo 27 de la Constitución española quedó especialmente grabado el esfuerzo aunador y conciliador de los constituyentes en favor de la libertad, la igualdad y la democracia (Cotino-Hueso, 2012, p. 7).

Para Nicolás-Muñiz (1983) el partido centrista cedió en los apartados 5º y 7º, (participación), mientras que el partido socialista transigió en los apartados 1º (reconocimiento de la libertad de enseñanza), 6º (libertad de creación de centros) y 9º (ayudas a los centros privados). De este modo, desde la izquierda se renunciaba a la escuela pública unificada y a la escuela laica excluyente (Nicolás-Muñiz, 1983, p. 337).

A juicio del profesor Cotino-Hueso (1998), la compatibilidad de los principios configuradores del modelo educativo español reconocidos en el Artículo 27 CE lleva a afirmar que la Constitución impuso un modelo peculiar, si cabe, por su propia hibridez.

3.2. El deber de la comunidad de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación y el derecho de las familias a participar en el contexto escolar

En la Constitución chilena, a diferencia de la Constitución española de 1978, no existe una norma específica que declare ni garantice el derecho a que los padres o las familias puedan colaborar y participar en el contexto escolar.

La norma que más pudiera vincular a los padres y las familias con la escuela es la consagrada en el Artículo 19 N°10 *“Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación”*. Respecto a los instrumentos internacionales que contienen mandatos similares, el Artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que *“Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”*, se refiere a los deberes de la persona con la comunidad y no de la comunidad con alguna finalidad específica.

Una situación similar es la que ocurre en los Preámbulos idénticos del PIDCP y del PIDESC que señalan: *“Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto”*. Otro tanto ocurre con la CDFUE, que puntualiza en su preámbulo: *“El disfrute de tales derechos conlleva responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las generaciones futuras”*. En el mismo sentido, la CADH en el Artículo 32.1 expone que *“Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad”*.

También, el Artículo XII de la DADH: *“El derecho de educación comprende el de igualdad de oportunidades en todos los casos, de acuerdo con las dotes naturales, los méritos y el deseo de aprovechar los recursos que puedan proporcionar la comunidad y el Estado”* hace referencia al aprovechamiento de los recursos que pudiera aportar la comunidad, sin establecer eso si una obligación de esta.

Algo distinta es la situación del Artículo 5º de la CDN dispone que *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*. Esto, aun cuando señala que el deber de los Estados parte de respetar los deberes, entre otros de la comunidad, y que estaría dirigido a que sea el niño **o niña** quien pueda ejercer sus derechos, pudiera entenderse consonante con el mandato de contribuir al desarrollo de la educación toda vez que sin ella y como hemos señalado malamente pueden ser adecuadamente ejercidos dichos derechos.

Respecto del inciso final del Artículo 19 N° 10 de la Constitución Política se sostiene en doctrina que este deber constitucional está dirigido *“a todos los miembros de la sociedad civil, a todas las personas y cuerpos intermedios de la sociedad”* (Nogueira, 2008, p. 240), esto incluye, por cierto, a las familias.

Para el profesor Molina-Guaita (1998) lo que existe es una *“obligación de solidaridad”* (p. 472), la cual recae sobre toda la sociedad en orden a contribuir a la satisfacción de este derecho.

Así, ambos autores coinciden en que la comunidad es coincidente de la sociedad. Autores como Cea-Engaña (2012), Flores-Rivas (2014), Fernández-González (2014) y Poyanco (2017) también señalan que este deber contributivo corresponde a la comunidad en su conjunto; de manera que incumbe al Estado actuando de forma subsidiaria, de tal forma que se privilegia a las personas y grupos intermedios sobre el Estado y las unidades locales sobre las centralizadas.

Al respecto, cabe recordar que uno de los principios inspiradores de la Constitución chilena es el principio de subsidiariedad que consiste, en palabras de Mansuy (2016), en que “la competencia de una acción o tarea social debe ser atribuida a la agrupación o entidad que mejor pueda cumplir dicha tarea, que suele ser aquella más cercana al tipo de acción requerido” (p. 508).

Siguiendo a Tomás Jordán (2009), en el Artículo 19 numerales 10 y 11 existirían dos niveles de interconexiones: entre el Estado y la persona y entre los privados. Respecto a la primera, encontramos las interacciones entre el Estado y “los padres”, es decir la familia, donde instituiría el principio de contribución. Este principio constituiría un imperativo constitucional tanto a los órganos públicos como a las personas para cooperar y colaborar en el logro de ciertas finalidades definidas por la constitución. Entre los destinatarios de este imperativo Jordán (2009) señala que la Constitución establece al “Estado, la comunidad, las personas individual o colectivamente consideradas y el legislador democrático” (pp.194-195).

Por su parte, Vivanco también refrenda el que se trata de un precepto programático que, no obstante, refuerza el rol del Estado en la educación como titular jurídico de la comunidad, entendiendo esta como la “agrupación o conjunto de familias” (Vivanco, 2006, p. 426).

Coincidimos con dicho análisis ya que la comunidad no se trata de un sujeto difuso, sino de la reunión de los referidos núcleos fundamentales: las familias, estas entendidas en una concepción amplia.

4. Conclusiones sobre participación de la familia en el contexto educativo, sus fundamentos constitucionales y lecciones desde el sistema español

Como se ha argumentado, la cooperación nos permite llegar a soluciones más eficientes y duraderas. Así las cosas: familia y escuela, además de ser los principales actores responsables de la educación, constituyen, por un lado, el núcleo fundamental de la sociedad, y por otra, la puerta de acceso a la vida dentro de una comunidad más grande. Por lo que la colaboración entre ambas instancias es fundamental; no solo para el éxito que puedan alcanzar los estudiantes en distintos ámbitos para el logro de su desarrollo integral, sino para prevenir y actuar contra algunas de las principales amenazas que pueden afectar a los niños, niñas y adolescentes.

Más allá del derecho/deber de los padres de escoger el establecimiento educacional que de mejor manera represente sus valores (de acuerdo claro está a la oferta y sus posibilidades económicas), sostenemos que las familias tienen también el derecho a participar.

Los padres deben implicarse en mayor medida en los procesos educativos de sus hijos. Esto no solo es deseable, sino que también —como señalamos— eficiente. Ya no es sostenible el entender la educación como una *blackbox* en la cual dejamos a nuestros hijos esperando que nos los entreguen formados.

A nuestro entender, este derecho/deber de los padres de educar a sus hijos, queda trunco si no se les asegura su participación más allá de poder escoger el tipo de establecimiento en que aquellos se eduquen. De esta manera, se plantea que el deber de la comunidad de contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación se hace efectivo permitiendo a las familias su participación en el contexto escolar.

Como hemos analizado, la constitución española a diferencia de la chilena, garantiza de modo explícito la participación de la familia en la programación general de la enseñanza (Artículo 27.5) y en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos (Artículo 27.7). Ello sin perjuicio de lo que señalan sus estatutos autónomos¹⁶. El Tribunal Constitucional ha definido este principio como un «derecho fundamental», «un derecho sustantivo y no [...] la garantía de una situación jurídica» (STC 47/1990, de 20 de marzo). Impedirle a los participantes su posibilidad de vincularse, usurpando así las competencias de los órganos de participación, puede suponer la lesión de este derecho (STS de 26 de mayo de 1992, RJ 1922/5366).

La legislación subraya el carácter de derecho subjetivo de este tipo de participación, tanto para padres como alumnos y alumnas. Así, los alumnos y alumnas tienen reconocido como derecho «básico» la participación en el funcionamiento y en la vida del centro [Artículo 6.3ºg) LODE¹⁷]. Pero, además de derecho, la participación se afirma también como deber para el alumno, especialmente en materia de convivencia. Así en el Artículo 6. 4º e) LODE se afirma el deber de: «Participar y colaborar en la mejora de la convivencia escolar y en la consecución de un adecuado clima de estudio en el centro, respetando el derecho de sus compañeros a la educación y la autoridad y orientaciones del profesorado».

La legislación española, sabedora de la importancia capital de los padres en la instrucción de sus hijos, también reconoce los derechos de los padres a participar en el proceso de enseñanza y aprendizaje de sus hijos, en la organización, funcionamiento, gobierno y evaluación del centro educativo, y a ser oídos en aquellas decisiones que afecten a la orientación académica y profesional de sus hijos (Artículo 4.1º LODE). Este derecho a la participación se torna deber tanto

¹⁶ Al respecto y a modo ejemplar ver Artículo 21.8 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; y Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las Illes Balears Artículo 26.2.

¹⁷ Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación.

para mejorar el rendimiento de los hijos en las actividades educativas como para la evolución del proceso educativo (Artículo 4.2 LODE). Las Asociaciones de padres y de alumnos tienen la finalidad de promover la participación de padres en la gestión del centro (Artículos 5.2º y 7.2º LODE) y materialmente tienen gran relevancia en la práctica.

Por su parte, el deber del Artículo 19 N° 10 inciso final contiene un mandato implícito para la comunidad, dentro de la cual se encuentran las familias. Este llama a contribuir en el desarrollo y perfeccionamiento de la educación, aun cuando la desconfianza en la participación se ha manifestado, desde la misma génesis de dicha disposición, como consta en las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (Tomo IV, p. 449):

«Corresponde, evidentemente, a la comunidad organizada que aporta ideología, capital y la organización general de la idea de educar, trazar la línea ideológica del establecimiento educacional, la que debe estar relacionada con todo el resto de las garantías constitucionales sobre libertad de pensamiento, de culto, de opinión, etcétera. Sin embargo, esta comunidad no puede inmiscuirse en los aspectos técnico docentes, sino en la línea general que el establecimiento tenga, porque carece de la capacidad necesaria para hacerlo... No considera, sin embargo, que los padres de familia tengan derecho a inmiscuirse, así como no lo tenía tampoco el primer elemento, ni en la administración propiamente tal ni tampoco en el aspecto técnico-docente del establecimiento».

En todo caso el Artículo 39.3 de la Constitución española plantea un escenario en el que traza similitudes, tanto con el precepto chileno del Artículo 19 N° 10 inciso 2º como con el del inciso final, en la medida en que *“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos...”*. Ese “todo orden” incluye, por coherencia, la educación de los hijos, siendo así una prescripción que implica tanto el derecho como el deber de educarlos, para lo cual también deben contribuir al desarrollo de la educación.

Esa relación analógica que esbozamos tiene una naturaleza básica clara: por una parte, los padres —las familias— forman parte integral de la comunidad que como se ha señalado la entendemos como la reunión de todas las familias; por otra, la atención de los padres comprende la educación global de los hijos, reconociendo sus derechos y deberes sobre ella y, en consecuencia, extrayendo de tal tarea una noción básica que es la participación en esa educación.

Si bien la formación directa es clara, al ser propia del día a día, la relativa al Artículo 27 de la Constitución española conlleva al control y gestión de aquel ámbito que se pretende dejar fuera, equivocadamente, del alcance familiar. Debido a esto, los padres y madres que quieren proporcionar a sus hijos una educación integral y lo más completa posible no pueden alcanzar su objetivo si se encuentran a

espaldas del sistema educativo que forma un porcentaje considerable del intelecto y construcción personal de su hijo.

Por ello trazamos esa línea de conexión de los preceptos estudiados, vía Artículo 39.3 CE, a su vez que hacemos el ejercicio de proyectarla en la normativa chilena.

Esta concepción más participativa de las familias en el contexto educativo debe fomentarse de manera que la formación global de los niños en las escuelas se vea desde una perspectiva transversal y no compartimentada. Razón por la que concluimos que la participación de las familias en el control y gestión de la educación deviene básica y esencial.

Referencias bibliográficas

- Alcalay, L., Milicic, N. y Torretti, A. (2005). Alianza Efectiva Familia-Escuela: Un Programa Audiovisual Para Padres. *Psyche*, 14 (2), 149-161.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (1975). *Actas de la Comisión de estudios de la Nueva Constitución. Tomo IV*. Recuperado de https://www.bcn.cl/lc/politica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_IV_Comision_Ortuzar.pdf
- Castillo, L. y Morales, S. (2017). Derechos humanos en la Universidad de La Frontera: Un diagnóstico sobre el conocimiento insuficiente de estudiantes de primer año. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 4(2), 5-39. doi: 10.5354/0719-5885.2017.47969.
- Cea-Egaña, J. L. (2012). *Derecho constitucional chileno. Tomo II*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Celador-Angón, O. (2016). Derecho a la educación y libertad de enseñanza en la LOMCE. *Derechos y Libertades, Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, II (35), 185-214. doi: 10.14679/1032.
- Christianakis, M. (2011). Parents as "Help Labor": Inner-City Teachers' Narratives of Parent Involvement. *Teacher Education Quarterly*, 38 (4) 157-178.
- Cotino-Hueso, L. (1998). Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, (22/23), 89-136.
- Cotino-Hueso, L. (Coord.). (2000). *Derechos, deberes y responsabilidades de la enseñanza: Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales*. Valencia, España: Conselleria de Cultura, Educació i Ciencia de la Generalitat Valenciana.
- Cotino-Hueso, L. (2012). *El derecho a la educación como derecho fundamental: Especial atención a su dimensión social prestacional*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Del Picó-Rubio, J. (2011). Evolución y actualidad de la concepción de familia. Una apreciación de la incidencia positiva de las tendencias dominantes a partir de la Reforma del Derecho Matrimonial chileno. *Revista Ius et Praxis*, 17(1), 31- 56.
- Díaz-Revorio, F. J. (1998). El derecho a la educación. *Parlamento y Constitución*. Anuario, (2), 267-305
- Epstein, J. L. y Sander, M. G. (2000). Connecting Home, school, and Community. New directions for social research. In M. T. Hallinan. (Ed.) *Handbook of the Sociology of Education*. (pp. 285-306). New York: Ed. Springer.
- Esparza-Reyes, E. (2017). Apuntes sobre la compleja relación entre el derecho a la igualdad y la diferencia. *Revista Jurídicas*, 14(1), 71-86.
- Eyzaguirre, B. (2004). Claves para la educación en pobreza. *Estudios Públicos*, (93), 249-277.

Leonardo Castillo-Cárdenas, Mahia Saracostti-Schwartzman, Jorge, Castellanos-Claramunt, Soledad Morales-Trapp

- Fernández-González, M.A. (2014). La libertad de enseñanza en la Constitución. *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, 2(1).
- Fernández, A. y Sánchez, A. J. (1996). Comentario al art. 27 CE. En O. Alzaga Villaamil. (Ed), *Comentarios a la Constitución española de 1978.Tomo III*. (pp. 159-272). Madrid, España: Cortes Generales y Editorial EDERSA.
- Flores-Rivas, J. C. (2014). Derecho a la educación: su contenido esencial en el derecho chileno. *Estudios constitucionales*, 12(2), 109-136.
- Foces-Gil, J.A. (2017). *Política y educación en el estado autonómico: Desigualdades regionales y cohesión del sistema educativo: Un estudio de caso, Castilla y León*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Fullan, M.G. (2002). El significado del cambio educativo: un cuarto de siglo de aprendizaje. *Profesorado: Revista de curriculum y formación del profesorado*, 6(1-2),1-14
- Fullan, M. y Stiegelbauer, S. (2003). El cambio educativo. Guía de planeación para maestros. Ciudad de México, México: Trillas.
- Groccke, P., Rossano, F. y Tomasello, M. (2018). Young children are more willing to accept group decisions in which they have had a voice. *Journal of Experimental Child Psychology*, 166, 67-78. doi: 10.1016/j.jecp.2017.08.003.
- Jordán, T. (2009). Elementos configuradores de la tutela jurisprudencial de los derechos educacionales en Chile. *Estudios constitucionales*, 7(1), 177-207.
- Lawson, M. A. (2003). School-Family Relations in context: Parent and Teacher Perceptions of Parent Involvement. *Urban Education*, 38(1), 77-133.
- Lapton, R. (2005). Social justice and school improvement: improving the quality of schooling in the poorest neighborhoods. *British Educational Research Journal*, 31(5), 589-604.
- Mansuy, D. (2016). Notas sobre política y subsidiariedad en el pensamiento de Jaime Guzmán. *Revista de ciencia política (Santiago)*, 36(2), 503-521. Recuperado de <http://sci-hub.tw/10.4067/S0718-090X2016000200005>
- Maturana, H. (1995). *Emociones y lenguaje en educación y política*. Santiago, Chile: Dolmen Ediciones.
- Molina-Guaita, H. (1998). *Derecho Constitucional*. Concepción, Chile: Editorial Universidad de Concepción-Ministerio de Educación.
- Morales-Trapp, S. (2016). Participación ciudadana y accountability: reflexiones sobre la experiencia comparada en Chile y Colombia. *Revista Jurídicas*, 13 (2), 100-113.
- Muñoz, F. (2013). El núcleo fundamental de la sociedad: los argumentos contra la crianza homoparental en los casos Atala y Peralta. *Ius et Praxis*, 19(1),7-34.
- Nicolás-Muñiz, J. (1983) Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución española. *Revista española de derecho constitucional*, 3(7), 335-356.
- Nogueira, H. (2008). El derecho a la educación y sus regulaciones básicas en el Derecho constitucional chileno e internacional de los Derechos humanos. *Ius et Praxis*,14(2), 209-269.
- Nowak, M. A. (2006). Five Rules for the Evolution of Cooperation. *Science*, 314 (5805), 1560-1563
- Ostrom, E. (1990). *Governing the commons: the evolution of Institutions for Collective action*. Cambridge: Cambridge University Press
- Page, S. E. (2008). *The Difference: How the power of Diversity creates better groups, firms, schools, and societies*. Princeton: Princeton University Press.
- Poyanco, R. A. (2017). El derecho a la educación y la libertad de enseñanza. La importancia del principio de subsidiariedad. En I. Portela., F. Da Silva-Veiga., R. Miranda-Gonçalves. (Eds), *Paradigmas do Direito Constitucional Atual*. (541-551). Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave.
- Puelles-Benítez, M. (2010). *Educación e ideología en la España contemporánea*. Madrid, España: Editorial Tecnos.

- Rifkin, J. (2014). *La sociedad de coste marginal cero. El internet de las cosas, los bienes comunes y el eclipse del capitalismo*. Barcelona, España: Paidós.
- Roca, E. (2017). Derechos fundamentales en el ámbito del derecho de familia. En L. Ruano-Espina. y J. L. Sánchez-Gijón. (Eds), *Novedades de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado. A un año de la reforma del proceso matrimonial*. (pp. 21-53). Madrid, España: Dyckinson.
- Saracostti, M. y Villalobos, C. (2013). *Familia, Escuela y Comunidad II: Herramientas para un trabajo colaborativo*. Santiago, Chile: Editorial Universitaria.
- Saracostti, M. y Villalobos, C. (2015). *Familia, Escuela y Comunidad III: Implementando el modelo de intervención biopsicosocial*. Santiago, Chile: Editorial Universitaria.
- Scott-Jones, D. (1995). Parent-Child Interactions and School Achievement. En B. Ryan., G. Adams., T. Gullotta., R. Weissberg. y R. Hampton. (Eds). *The Family - School Connection*. (pp. 75-107). London: SAGE Publications.
- Tapia, P., Saracostti, M. y Castillo, L. (2016). Balance entre familia y trabajo: Un análisis comparativo de Chile y España desde una Normativa Internacional hacia Regulaciones Laborales. *Revista Ius Et Praxis*, 22(1), 493 - 524.
- Tomasevski, K. (2004). Indicadores del derecho a la educación. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH*, 40, 341-388.
- Valpuesta-Fernández, R. (2012). El Derecho de familia. En G. Diez-Picazo. (coord.), *Derecho de familia* (pp. 105-132). Cizur Menor, España: Thomson Reuters Civitas.
- Vélez, R. (2009). La relación familia-escuela como alianza. Aproximaciones a su comprensión e indagación. *Revista Educación, Innovación, Tecnología*, 3 (6), 1-15.
- Vivanco, A. (2006). *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Ward, H., Anderson-Butcher, D. y Kwiatkowski, A. (2006). Effective strategies for involving parents in schools. En C. Franklin., M. B. Harris. y P. Allen-Meares. (Eds), *The school services sourcebook: A guide for school-based professionals* (pp. 641-649). New York: Oxford University Press.
- Yoder, J. R. y López, A. (2013). Parent`s Perceptions of involvement in Children`s Education: Findings from a Qualitative Study of Public Housing Residents. *Child Adolescent Social Work journal*, 30(5), 415-433.



COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Pérez-Cázares, M.E (2020). El levantamiento del velo corporativo de las sociedades mercantiles en México, una acción procesal. *Revista Jurídicas*, 17 (1), 142-164.
DOI: 10.17151/jurid.2020.17.1.8.

Recibido el 23 de enero de 2019
Aprobado el 6 de junio de 2019

El levantamiento del velo corporativo de las sociedades mercantiles en México, una acción procesal*

MARTÍN EDUARDO PÉREZ-CÁZARES** |

RESUMEN

La separación de la personalidad de las sociedades mercantiles es usada en muchas ocasiones para provecho de los socios y en perjuicio de terceros realizando actos contrarios a la buena fe y en perjuicio de la sociedad. El objeto de esta investigación es hallar soluciones a la problemática proteccionista que esta figura jurídica otorga. Como resultado se encontró que el levantamiento del velo corporativo no ha sido legislado en México, pues aún persiste su abrigo y ha sido la doctrina con base en dos criterios: el abuso del derecho y el fraude de la Ley quienes han alzado la voz para evitar el abuso frecuente de este privilegio. Como conclusión se tiene la necesidad de dar seguridad a los acreedores de estas sociedades mediante acciones procesales debidamente legisladas al vincular el patrimonio persona física – persona jurídica.

PALABRAS CLAVES: privilegio; abuso; ilícitos; legislación.

* Abogado, Maestro en Derecho Privado, Doctor en Ciencias Políticas y Sociales. Doctor en Derecho, Profesor Investigador de Tiempo Completo Universidad de Guadalajara. Miembro de la Academia jalisciense de Ciencias. Guadalajara, México.
E-mail: mperezcazares@yahoo.com.mx.
Google Scholar. ORCID: 0000-0003-1427-278X.



The raising of the corporate veil of mercantile societies in Mexico, a procedural action

ABSTRACT

The separation of the personality of mercantile societies is used in many occasions for the benefit of the partners and to the detriment of third parties, performing acts contrary to good faith and to the detriment of the company. The purpose of this research is to find solutions to the protectionist problem that this legal figure grants through the analytical and exegetical method. As a result it was found that the hoisting of the corporate veil has not been legislated in Mexico since its shelter still persists and it has been the doctrine based on two criteria: the abuse of the law and the fraud to the law, who have raised their voices to avoid frequent abuse of this privilege. In conclusion, there is a need to provide security to the creditors of these companies through duly legislated procedural actions by linking the natural person-legal person assets.

KEY WORDS: privilege; abuse; illicit; legislation.

Introducción

Si bien el tema del levantamiento del velo corporativo ya ha sido estudiado en otros países, en México no ha sido tratado desde el punto de vista de la garantía que deben tener los acreedores de una sociedad mercantil cuando han sido defraudados, pues persiste en las decisiones judiciales la intangibilidad al patrimonio de los socios sin que exista una legislación que proteja al acreedor a fin de privilegiar el amparo del socio.

La victimización de fraudes en México a través de empresas fantasmas ha sido una constante, puesto que generan en su mayoría un incumplimiento de obligación adquiridas a través de la persona moral creada que, a su vez, produce el daño, valiéndose de una figura doctrinal que ha provocado el abuso.

Lo que nos lleva a la necesidad de crear una acción procesal que tienda al levantamiento del velo corporativo para frenar este abuso que afecta inclusive al propio Estado, sin trabas procesales o probatorias.

Por lo que en el presente se hace un estudio de esta institución a partir de su explicación y el tratamiento legislativo que se da en México, con un análisis apoyado por la doctrina para su aplicación práctica en la jurisprudencia.

Concepto de velo corporativo

Como concepto el velo corporativo es la separación del patrimonio, la responsabilidad de los socios del patrimonio y la responsabilidad de una sociedad (idconline, 2017).

Una vez creada la sociedad mercantil la misma se convierte en una persona jurídica propia, por lo tanto, es una persona jurídica distinta y separada de las personas que la formaron, quien responderá en caso de responsabilidad en nombre propio y no los socios que la crearon, protegiendo los bienes personales de estos, en otras palabras, el accionista no incurre en la responsabilidad que la empresa adquiere (Busch, 2017).

El artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado (1987) establece una definición sobre persona jurídica y sobre el velo corporativo, al señalar:

La presente Convención se aplicará a las personas jurídicas constituidas en cualquiera de los Estados Partes, entendiéndose por persona jurídica toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propias, distintas a las de sus miembros o fundadores, y que sea calificada como persona jurídica según la ley del lugar de su constitución. (Convención Interamericana, 1987, art. 1).

Al respecto hay que señalar que, si bien es cierto que la persona moral actúa en nombre propio, también lo es que en la persona moral se decide su actuar por personas físicas, esto es, la actuación de una persona moral al no tener el aspecto volitivo o la voluntad propia, esta (la voluntad) tiene que darse a través de los órganos de administración que actúan por personas físicas.

El velo corporativo es la garantía que una sociedad mercantil da a sus accionistas por la separación jurídica de su persona para con la sociedad, protegiendo así los bienes personales de estos frente a responsabilidades adicionales originadas en el riesgo del desarrollo de su objeto social (Calderón Olaya, 2015).

Es así que por velo corporativo podemos entender la protección de la cual gozan los socios de una sociedad mercantil para el caso de una sentencia de pago; por lo tanto, los socios quedan inmunes ante cualquier embargo de sus bienes, es decir que no responderán al pago de lo debido con sus bienes sino con los de las empresas y, en caso de no tener la misma liquidez de solvencia, los socios solo responderán hasta la aportación del capital que hicieron.

La idea del velo corporativo descansa en la autonomía patrimonial como una consecuencia más importante de la personalidad moral, lo que se traduce en que la persona moral es titular de un patrimonio enteramente distinto al de las personas físicas o las morales que como socios han formado esta nueva persona (Lozano, 2000, pp. 333-334).

Los Tribunales Colegiados de Circuito en México conceptualizan el velo corporativo de la siguiente manera:

Su acepción jurídica

Conforme a las múltiples acepciones que proporciona el Diccionario de la Real Academia Española, el velo como expresión general es una tela que permite ocultar alguna cosa en concreto con el fin de resguardar la identidad, característica y calidad de lo ocultado, o bien, el pretexto con que se intenta ocultar la verdad, o también, cosa que encubre o disimula el conocimiento expreso de otra. En el lenguaje metafórico la expresión “velo” ha servido para calificar o adjetivar una situación en que la realidad o la verdad tiende a ser ocultada o disimulada con fines de preservaciones interesadas o convenientes. Con el velo se tapa o se oculta aquello que no se quiere mostrar en forma general. Como toda institución jurídica, el velo corporativo debe tratarse en forma ponderada y equilibrada, pues esa protección a la personalidad jurídica empresarial, cuando se hace excesiva, puede derivar en un control abusivo de la sociedad en detrimento de la justicia, la verdad, los accionistas, los trabajadores o el Estado y hasta de la propia empresa. El velo corporativo es considerado un instrumento generado en la costumbre mercantil

para proteger el corazón societario de una empresa y para evitar la comercialización accionaria en fraude a la verdad y en detrimento de otras empresas. Es un escudo contra las pretensiones de minimizar la potencialidad intrínseca de la sociedad, pero a la vez también es una fórmula que estimula el abuso hasta llegar, a veces, a situaciones de fraude colectivo. Esta protección o garantía de la corporación se da tanto en lo interno como en lo externo y puede afectar a accionistas y terceros (Semanao Judicial de la Federación, 2013, p. 1749).

El velo corporativo es un instrumento para proteger el núcleo societario de una empresa que debe levantarse cuando se atenta contra el principio de buena fe

El velo corporativo implica una protección o coraza generada en la costumbre mercantil para proteger el corazón societario de una empresa. Se trata de un escudo contra las pretensiones de minimizar la potencialidad intrínseca de la sociedad, pero a la vez es también una manera de estimular el abuso cuando se infringe el principio de la buena fe hasta llegar, a veces, a situaciones de fraude colectivo. Esta protección o garantía de la corporación se da tanto en lo interno como en lo externo, y afecta tanto a los accionistas como a los terceros. En lo interno hay quienes definen esa apariencia o coraza corporativa como la separación del patrimonio y de la responsabilidad de los socios de los de la persona moral. Con ella el mundo interno de la empresa se resguarda solo para quienes, por los estatutos o por decisión de las asambleas societarias, lo determinan. Sin duda es una necesidad y una garantía para el desarrollo empresarial y comercial que, de esta manera, protege aquello que le permite potenciarse y desarrollarse sin interferencias permanentes que afecten los elementos sustanciales y particulares del proceso y de su inversión; cuando todo ello se estima de acuerdo con el principio de la buena fe, pero que al incumplirse su proceder es susceptible de generar la responsabilidad de indemnizar, pues todo actuar contrario a la buena fe que exista en materia contractual se traduce en un hecho ilícito civil, de conformidad con lo que se establece en los artículos 1796 y 1910 del Código Civil Federal (Semanao Judicial de la Federación y su Gaceta, 2013, p. 1746).

De los anteriores conceptos se puede evidenciar que no obstante el señalamiento de una situación proteccionista para el socio y el reconocimiento de la existencia de fraudes a través del ocultamiento de situaciones que pueden afectar a terceros que actúan de buena fe frente a la sociedad, mantienen ese refugio con el pretexto de favorecer el desarrollo empresarial y comercial, no obstante que pueda afectar al propio Estado, lo que evidencia ver el aspecto económico del derecho.

Al respecto García Velasco (2015) señala que la incomunicabilidad patrimonial se refiere a la distinción clara de responsabilidades pecuniarias entre el patrimonio de propiedad de la persona jurídica constituida y el patrimonio individual de cada uno de los socios integrantes.

Lo que se traduce en la protección jurídica del patrimonio de los socios respecto a cualquier adeudo que la persona moral tuviera, esto constituye un escudo que impide a los socios ser atacados por obligaciones de la sociedad.

Breves antecedentes

La idea era conocida por los romanos quienes invocaban:

El adagio *summum jus summa injuria*, lo que quiere decir “mientras más derecho tiene una persona más posibilidad tiene de causar daños”. Pero al mismo tiempo establecían un principio, que no es responsable quien causa un daño a otro mientras ejerce su derecho (adlfcpd, 2012, párr.1)

En la fase más incipiente del desarrollo comercial solamente se concibe el agrupamiento de personas físicas o naturales que unían recursos económicos para trasladar a su riesgo mercaderías de un lugar a otro sorteando toda suerte de peligros terrestres y marítimos con la connotación que, de fracasar la expedición, la consecuencia inmediata era la ruina de los emprendedores. Ante esta innegable realidad surge la necesidad de crear alguna figura que permitiera a dichas personas físicas o naturales participar de la empresa sin arriesgar todo su capital, surgiendo de esta manera la responsabilidad limitada de aporte de capital, precisante (*sic.*) que, de salir mal la operación, las pérdidas estarían limitadas únicamente al capital cooperado para el desarrollo de esta (Calderón Olaya, 2015).

Para una fase más evolucionada, y en auge la responsabilidad limitada al monto del capital agrupado, en un comienzo la misma operaba restrictivamente con personas naturales o físicas; ya con el devenir de complejas formas de comercio transnacional consolidadas con el auge de la Revolución Industrial (1760), al tornarse extremadamente dificultoso el control de la agrupación de capitales aportados por personas naturales o físicas de este o aquel lado del Canal de la Mancha, las personas naturales aportantes de capital terminaron agrupándose en cofradías con designaciones llamativas arraigadas inicialmente al lugar donde ejercían su actividad y luego a nivel continental, de tal forma que, poco a poco se fueron desvaneciendo en el frenesí del comercio las personas naturales o físicas como tales ante el reconocimiento de la agrupaciones así conformadas como una nueva realidad económica, de tal suerte que los aportantes de capital individualmente considerados fueron quedando tras un “velo comercial” que impedía su conocimiento general emulando al velo o mantilla que usaban las mujeres al asistir a los servicios religiosos de entonces (Calderón Olaya, 2015).

Ha sido en las decisiones judiciales en los Estados Unidos de América en donde se encontró de manera práctica la aplicación del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, denominada como “*disregard of legal entity doctrine*”

(González-Meza, 2016 p. 79) y que, por tanto, ha servido de ejemplo a seguir para la práctica jurídica en esta materia, aunque no vinculante en México para servir de antecedente, ni pueda tomarse como doctrina o parte de la doctrina, pues esta viene de una decisión emanada de un tribunal y no de una opinión de juristas.

De manera prácticamente unánime, la doctrina en esta materia consideran (sic) que el primer estudio formal y profundo de la materia se realiza en el artículo de I. Maurice Wormser “Piercing the Viel of Corporate Entity”, publicado por el Columbia Law Review de junio de 1912, y cuyo contenido se puede consultar en la página www.jstor.org/stable/1110931. (González-Meza, 2016, p. 79).

En dicho estudio se alude, entre varios, al caso “Booth vs Bunce”, en el cual, a efecto de evadir sus responsabilidades crediticias, la defensa alegó el “sagrado concepto de la entidad corporativa”, sin embargo, la Corte de Apelación del estado de Nueva York estableció que “no se deben tolerar los intentos de esconder, retrasar o defraudar a los acreedores a partir del velo de la entidad corporativa”. (González-Meza, 2016, p. 79)

Una decisión que puede considerarse como una acción procesal para proteger al acreedor de los actos ilícitos que los socios realizan utilizando a la persona moral, pero en México al no existir ninguna legislación al respecto tiene que utilizarse la doctrina como fuente del derecho, y si bien los antecedentes señalados puedan servir de argumento, las decisiones tomadas allá no son válidas para nuestro país.

A partir de la Primera Guerra Mundial, el volumen de litigios relativos al abuso de la forma social aumentó de tal modo que dio lugar a una numerosa literatura jurídica al respecto y a un tipo de jurisprudencia propia: *the piercing the veil jurisprudence*, término que *Wormser* acuñó en 1912 (Boldo, 2000, p, 56). En el derecho norteamericano la mayoría de los estudiosos conocen a esta doctrina como levantamiento del velo corporativo (Pinto, 2013, p. 36) la cual es frecuentemente invocada por los litigantes de aquel país.

Así, los tribunales norteamericanos nos ofrecen un material rico en términos de casuística jurídica que no puede hallarse en ningún otro ordenamiento; de ahí que este país se encuentre a la vanguardia de la experiencia jurídica sobre el tema (Pinto, 2013, p. 144) en cuanto a resoluciones judiciales, mas no como doctrina.

Si bien en México ha habido intentos por demandar el levantamiento del velo corporativo de las sociedades mercantiles, las decisiones judiciales han sido adversas, por lo que los antecedentes judiciales de otros países pueden servir de argumentos para lograrlo. Respecto al abuso del derecho, podemos encontrar cierto criterio en los tribunales franceses que establecen una manera de poner fin a dicho abuso.

Existe una sentencia del tribunal de *Compiègne* en Francia de 19 de febrero de 1913, en el caso conocido por *Clement Bayard*, resuelto por la Corte de Casación francesa. Se trataba de un propietario de una finca quien para obligar a su vecino, que poseía un campo donde aterrizaban dirigibles, a comprarle su finca por un precio irrisorio, construyó empalizadas gigantescas con las puntas de hierro con la intención de destruir los dirigibles. La Corte de Apelación decidió que estas empalizadas no aportaban ninguna utilidad para él, y estaba en curso de un abuso de derecho inaceptable. En dicha sentencia se dice que el titular de un derecho no puede ejercerlo para un fin distinto de aquel para el que le ha sido reconocido por el legislador (Atienza y Ruiz, 2006, p. 35).

El levantamiento del velo corporativo una acción procesal

La idea del levantamiento del velo corporativo es que, mediante esta figura jurídica, se pueda dar solución a algunos acreedores que han sido víctimas de fraudes derivados del abuso de la protección jurídica que da esta figura legal a los socios de las personas morales otorgando responsabilidad limitada a ellos.

Esta teoría, también conocida como la desestimación jurídica de la sociedad, ha sido utilizada como un instrumento útil para proteger a los afectados del abuso de la separación de la personalidad jurídica en las sociedades mercantiles, lamentablemente en México no ha sido legislada en algún cuerpo normativo para dar mayor certeza y seguridad a quienes la puedan necesitar para resolver un conflicto de esta naturaleza y, por tanto, tienen que acudir a la doctrina.

En el levantamiento del velo corporativo para apreciar el abuso de la personificación jurídica de la persona moral, o de la separación de personalidad socio-persona jurídica, deben concurrir tres elementos: la antijuricidad del acto, la imputabilidad y el daño causado.

A decir de Bello (2010) el primer requisito legal que debe existir para aplicar la doctrina del levantamiento del velo corporativo será la constitución de la sociedad con la cual se crea un nuevo sujeto jurídico: la persona social, que al mismo tiempo engendra derechos y obligaciones, de los que son titulares las partes que en dicha constitución intervienen derechos y obligaciones cuyo conjunto forma el estado o calidad de socio.

El segundo requisito para aplicar la doctrina del levantamiento del velo corporativo en las sociedades viene dado por "la existencia de una obligación" por parte de estas, y por el cumplimiento o incumplimiento de la misma (Bello, 2010, p. 125).

De lo anterior debemos de considerar que el cumplimiento de una obligación no generaría el levantamiento del velo corporativo, puesto que al estar cumpliendo con su obligación por parte de la sociedad sería innecesario el levantamiento, pues

no hay materia para hacerlo, si lo que se busca en una obligación es precisamente su cumplimiento, solo en caso de no cumplir la obligación si sería factible su levantamiento, en este caso estamos ante la presencia de un solo requisito, el incumplimiento de la obligación de pago suficiente para iniciar la acción procesal de levantamiento.

Siguiendo los requisitos para aplicar la doctrina del levantamiento del velo corporativo a las sociedades mercantiles, el tercer requisito viene dado por el daño ocasionado a los terceros. El daño ha de ser entendido como la pérdida o disminución sufrida en el patrimonio jurídico del acreedor y, como tal, es configurador de responsabilidad civil por parte de la sociedad (Bello, 2010, p. 126).

Es común que, ante la falta de un incumplimiento de una obligación por parte de una persona jurídica económica, se vea precedida de un daño, esto es, el incumplimiento conlleva al daño.

Doctrinalmente se propone una regla para su procedencia: cuando el concepto de persona jurídica se emplea para defraudar a los acreedores, eludir una obligación existente, burlar una norma, conseguir o perpetuar un monopolio, proteger la bellaquería y el crimen, los tribunales podrán dejar a un lado el velo de la entidad y contemplar a la sociedad como una agrupación de socios, hombres y mujeres vivos, y hacer justicia entre personas reales (Pinto, 2013, p. 36).

Esto equivale a ver a la sociedad mercantil no como una persona moral, sino como un grupo de personas físicas que utiliza a la persona moral para fines ilícitos y será entonces a quienes hay que juzgar y, en tal caso castigar, pues son los responsables del actuar de la sociedad y si bien podríamos estar ante un escenario donde los socios sean personas jurídicas, estas, (las personas jurídicas) tendrán que tener en algún momento como socios a personas físicas.

La extralimitación a esta figura jurídica corporativa ha sido utilizada en muchas ocasiones con la sola intención de defraudar a terceros o burlar la aplicación de la ley, cuando una sociedad es utilizada para este fin se estará ante un caso común de abuso de la persona jurídica, y habrá necesidad de acudir a remedios específicos para resolver ese problema, y encontrar una solución justa al conflicto; por ello el descubrimiento de una apariencia que simula o ha simulado rasgos jurídicos aparentes, abusando del derecho que otorga la figura jurídica del velo corporativo, puede y debe ser corregida, puesto que conduce a evidenciar la coraza corporativa en la que se oculta el verdadero autor material de hechos que atentan contra la buena fe en el comercio y, por ende, la realización de actos ilícitos, en perjuicio de una o más personas actuando a la sombra de la persona moral.

Por lo tanto se debe dar una acción procesal o un derecho adjetivo a quien actuó de buena fe e investigar la realidad que existe en el interior del manejo de un

sociedad mercantil, buscando la verdad que es el fin de la justicia y extrovertir los secretos medulares, financieros y de procesos internos que generan la acción empresarial ilícita escudándose en una figura jurídica doctrinal pero realizando actos contrarios a la buena fe en el comercio, puesto que ha sido la doctrina quien se ha manifestado al respecto, dando nombre a este fenómeno, mas no la legislación; por ende, se hace vital el conocimiento de esa parte resguardada o protegida de la sociedad mercantil para aclarar o decantar situaciones producidas por los socios de la empresa que han afectado el normal desenvolvimiento de las relaciones corporativas, castigando su conducta y que respondan con sus bienes con el fin de evitar el fraude y la utilización de la personalidad jurídica en perjuicio de intereses públicos o privados, lo que se logra con la figura jurídica del levantamiento del velo corporativo, figura que no se encuentra legislada en algún cuerpo normativo de México.

En este caso, el Juez debe de poner límites a este abuso con solo comprobarle que se ha rebasado el límite, abusando del derecho de esta figura jurídica, causando un ilícito jurídico a terceras personas con base en la utilización de un resguardo de los bienes propios de los socios, empleando solo el límite de sus acciones sociales, esto es, probar que existió un abuso económico muy por encima de la responsabilidad que los socios tenían de sus acciones para obtener un lucro o perjudicar a un tercero con el firme propósito de no cumplir con una obligación.

Con base en lo anterior podemos decir que podríamos vincular el patrimonio socio-empresa como una solución al abuso del velo corporativo que deberá darse cuando la persona moral es utilizada para fines ilícitos, esto es, la vinculación patrimonial de quienes crearon la persona jurídica (socios) con la propia persona jurídica, una fusión patrimonial de ambas personas, la física con la moral, para poder afectar bienes de los socios en caso de incumplimiento de la sociedad mercantil.

Ahora bien, parte importante en materia procesal es ¿de qué manera probar ante un juez la necesidad de levantar el velo corporativo?, si bien los elementos subjetivos son difíciles de acreditar, ello conlleva a que será necesario otro tipo de elementos probatorios para poder pedir el levantamiento de esa protección que otorga el derecho. Así, será necesario demostrar que el patrimonio con que cuenta la persona moral, no es suficiente para cubrir las obligaciones adquiridas, o en su caso que la sociedad adquirió obligaciones patrimoniales muy por encima de su capacidad de pago.

Cabe señalar que aquí encontramos una situación que pueda manejarse como un supuesto fraude también a la sociedad mercantil, la cual como persona moral resultó afectada por los socios que la crearon, o en otras palabras, fue utilizada de manera ilícita y en tal caso cabría preguntarse si el administrador general único

puede en nombre de la sociedad demandar el levantamiento del velo corporativo, o alguno de los socios que actuó de manera lícita e inclusive el comisario vigilante de la sociedad y no solo los acreedores afectados y entrar al apartado de los derechos humanos de las personas morales que en México es reconocido en su artículo 1 constitucional al señalar en su primer párrafo lo siguiente:

En los Estados Unidos Mexicanos *todas las personas* gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 1, 1917)

Es de señalarse que en el mundo societario se les conoce como empresas fantasmas o empresas de papel, aquellas que solo existen en un acta constitutiva de una escritura pública, pero sin activos o actividad alguna, y esto, en tal caso es demostrable en juicio al probar la falta de activos de la sociedad.

Para algunos doctrinistas hay un elemento adicional en esta figura jurídica que se debe considerar para levantar el velo corporativo, y es el conocido como "*affectio societatis*", en el cual "ha de entenderse como la existencia de una igualdad tal entre las partes, que las constituya en verdaderos socios" (Mantilla, 2015, p. 185).

Otro concepto al respecto es:

La intención que debe animar a los asociados o socios de colaborar en un pie de igualdad, que implica no solo un espíritu de colaboración, sino también el derecho de cada socio de ejercer control sobre los actos de las personas encargadas de administrar la sociedad. (Enciclopedia Jurídica, *Affectio societatis*, s.f., párr. 1)

La doctrina actual exige como un requisito para la celebración del llamado contrato de sociedad la *affectio societatis* o también el llamado *animus contrahendae societatis*. La *affectio societatis* se expresa en la convergencia de intereses, en oposición a los contratos conmutativos en donde existe una oposición de intereses. La *affectio societatis* es una voluntad de unión junto con la voluntad de acrecencia. Riesgos en común tanto en la pérdida como en la ganancia. Díez Picazo define a la *affectio societatis* como la representación subjetiva de los elementos objetivos y económicos que constituyen la finalidad y la esencia del contrato de sociedad. "En la *affectio societatis* se distinguen dos elementos: el criterio subjetivo que se tiene a la intención de asociación o de someterse al contrato de sociedad y el criterio objetivo que destaca el elemento económico de cooperación activa" (Sánchez-Cordero, 2015, párr. 1).

Elemento por tanto subjetivo, difícil de probar en un juicio, sobre todo para un acreedor ajeno a los acuerdos internos de la sociedad.

La *affectio societatis* sería aplicable para el levantamiento del velo corporativo entre los socios, cuando uno de ellos haya actuado sin la intención de someterse al contrato social, sin respetar las reglas de la propia sociedad violando la intención de la cooperación entre los socios.

Ante este aspecto, el levantamiento del velo corporativo sería solo para aquel socio que actuó de manera ilícita y contraria a la voluntad de los demás socios, figura que no entraría a aplicarse en las sociedades unipersonales o de acciones simplificadas, pues en este caso solo existe un solo socio, pero si cabría la posibilidad de que en este tipo de sociedades exista un abuso del velo corporativo en perjuicio de terceros.

En relación al levantamiento del velo corporativo los Tribunales Colegiados de Circuito en México han señalado lo siguiente:

Velo corporativo. Su levantamiento es de aplicación restrictiva y subsidiaria

Debe partirse siempre del hermetismo de la personalidad jurídica como presupuesto fundamental para requerir la decisión de levantar el velo corporativo, sobre la base de existir causa suficiente, necesaria y demostrada. La causa primaria es la existencia de un fraude para legitimar la enervación de la personalidad jurídica. Cuando un grupo de personas actuando de buena fe constituyen una sociedad mercantil y cumplen al respecto todas las disposiciones legales del caso, el reconocimiento de la diferencia, autonomía e independencia de las personas jurídicas es invulnerable. La razón es sencilla: la ley permite a los ciudadanos, y éstos tienen la expectativa legítima plausible de ello, que en un Estado de derecho los órganos encargados de la aplicación de la ley (administrativos y jurisdiccionales) observen y respeten los efectos que la constitución de tales sociedades sea conforme a lo estipulado en un sistema jurídico. Si bien es cierto que la figura de la personalidad jurídica societaria independiente es uno de los ejes de cualquier sistema económico pues ofrece a los individuos la seguridad jurídica de que en condiciones de normalidad los actos de la persona moral no trascenderán a la esfera jurídica de quienes la integran, también lo es que situaciones de abuso tienen lugar cuando otra persona jurídica es utilizada para evadir la aplicación de la ley, incumplir obligaciones y, en general, instrumentar actos para conseguir propósitos ilícitos, aunque no necesariamente sean de naturaleza delictiva. La doctrina de “la desestimación de la personalidad jurídica societaria”, conocida también como “levantamiento del velo corporativo” ha sido diseñada precisamente con el propósito de facultar a la judicatura a prescindir de esta ficción del derecho, cuando la persona jurídica es una simple

pantalla de protección de quienes, a través de ella, realizan actos de fraude civil en perjuicio de acreedores, o incumplimiento de obligaciones derivadas de otra persona moral (Semanario Judicial de la Federación, 2013).

El análisis de este criterio implica dejar el sistema de limitación de responsabilidades de los socios y pasar a un sistema ilimitado de responsabilidad de los socios de una sociedad mercantil, cuya respuesta puede ser encontrada en el artículo 24 de la ley general de sociedades mercantiles en México que establece:

La sentencia que se pronuncie contra la sociedad condenándola al cumplimiento de obligaciones respecto de tercero, tendrá fuerza de cosa juzgada contra los socios, cuando éstos hayan sido demandados conjuntamente con la sociedad. En este caso la sentencia se ejecutará primero en los bienes de la sociedad y sólo a falta o insuficiencia de éstos, en los bienes de los socios demandados.

Cuando la obligación de los socios se limite al pago de sus aportaciones, la ejecución de la sentencia se reducirá al monto insoluto exigible. (Ley General de Sociedades Mercantiles, art. 24, como se citó en Corrión Torres, 2014)

En referencia a este artículo, existe gran controversia sobre su interpretación; de una interpretación literal bastaría que se demandara también a los socios de la persona moral demandada para que en caso de obtener una sentencia favorable afecte también el patrimonio de los socios, en caso de que la persona moral no alcanzare a cubrir el pago con su patrimonio.

A decir de García (2015) la interpretación correcta se puede encontrar en el segundo párrafo del citado artículo y en la exposición de motivos de dicha Ley. El segundo párrafo establece que la obligación de los socios se limita al pago de sus aportaciones, o sea solo responderán por lo aportado en el caso de que el capital estuviera totalmente pagado. Si el capital no estuviere totalmente pagado, por ley se debe hallar totalmente suscrito. Si se diere este supuesto los socios estarían obligados a responder con parte de su patrimonio, por la parte del capital suscrito no pagado.

A diferencia de lo señalado por este autor, habría que aplicar el principio interpretativo *in dubo pro actione*, esto es, la interpretación más favorable para la procedencia de la acción, pues saber si uno o más socios pagó sus aportaciones o están suscritas es tratar de probar hechos negativos, puesto que tales hechos corresponden a la vida privada de la persona moral y sus socios, cuestiones que no son públicas sino privadas, cuyo conocimiento transita solo entre los socios y no a nivel público, lo que implica que deberá beneficiarse en la interpretación al afectado o acreedor.

El autor citado continúa diciendo que existe la posibilidad de que las obligaciones sociales se hagan efectivas subsidiariamente en bienes de los socios siempre que sean llamados a juicio. Con esto no se quebranta ninguno de los principios de responsabilidad de los socios en las diversas sociedades, pues la obligación de los socios quedará al límite de sus aportaciones y a ello se ejecutará la sentencia a la vez que establece una protección para los intereses de los terceros acreedores (García, 2015, p. 63).

Pero el problema existe en que la mayoría de las empresas o personas morales se constituyen con un capital mínimo y comúnmente durante su vigencia no realizan ningún aumento de capital, no obstante que su facturación sea mucho mayor que su capital constitutivo y en ese tenor quedarían los acreedores o el acreedor en desventaja para poder afectar el patrimonio de los socios, pues si la deuda fuera mucho mayor que los bienes de la empresa y del capital social o de las aportaciones de los socios, quedaría un capital insoluto difícil de cobrar.

Si bien el segundo párrafo del citado ordenamiento, habla de la limitante en la ejecución de la sentencia en cuanto a solo las aportaciones de los socios, y cuya limitación se encuentra en la exposición de motivos del 16 de diciembre de 1993 de la ley general de sociedades mercantiles al señalarse que:

Responsabilidad de los socios. Los socios serán responsables solo por el pago de sus aportaciones, dando carta de regla general al principio de la limitación de la responsabilidad de los socios que, siendo la norma de excepción en la vigente ley de sociedades mercantiles, resulta la regla general en la práctica por el uso exclusivo de la sociedad anónima. Sin embargo, en supuestos expresos de ilicitud se extiende la responsabilidad de los socios a todas las deudas de la sociedad. Se prevé, de modo expreso, la acción de responsabilidad en contra de los socios. (Crónica Parlamentaria, Cámara de diputados, 1993)

Luego entonces, en la exposición de motivos se puede encontrar salvedades a la responsabilidad limitada cuando se dé la ilicitud de los actos de la sociedad, movida por el o los socios, pero que no se expresa tal circunstancia en el citado artículo, pues el legislador debería de haber aclarado tal supuesto en la norma, misma que resulta vaga por lo que con base en lo anterior deberá reformarse dicho artículo y delimitar perfectamente la limitación o ilimitación de la responsabilidad de los socios, puesto que no se señala en la norma de manera expresa la acción de responsabilidad en contra de los socios, dado que no podemos ir más allá de lo que el propio legislador quiso decir en la norma.

Por consiguiente entraríamos a lo que señala Guastini (2002), interpretación que se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación: un texto se

dice requiere de interpretación (solo) cuando su significado es oscuro o discutible, cuando se duda sobre si es aplicable o no a un determinado supuesto de hecho.

En el artículo 24 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México no se encuentra lo que el legislador manifiesta en la exposición de motivos, por lo tanto, estamos ante la presencia de una norma vaga o una norma con laguna jurídica que no resuelve el problema para los afectados en estas situaciones.

Por lo tanto, se puede afirmar que es necesario generar una reforma a la ley general de sociedades mercantiles en México en la que se establezca la acción procesal del levantamiento del velo corporativo.

Situación normativa del velo corporativo en México

Si bien en México no está legislada esta figura jurídica como tal, al respecto los artículos 16, 840 y 1912 del Código Civil Federal dan un tratamiento al abuso del derecho al señalar lo siguiente:

Artículo 16. Los habitantes del Distrito Federal tienen obligación de ejercer sus actividades y de usar y disponer de sus bienes en forma que no perjudique a la colectividad bajo las sanciones establecidas en este Código y en las leyes relativas. (Artículo reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 diciembre 1974).

Artículo 840. No es lícito ejercitar el derecho de propiedad de manera que su ejercicio no dé otro resultado que causar perjuicios a un tercero, sin utilidad para el propietario.

Artículo 1912. Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho solo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho (González-Meza, 2016, p. 81)

Bajo esta tesis, las legislaciones distinguen tres tipos de tratamientos y criterios acerca de la figura del abuso de derecho:

a) Criterio individualista, que parte del supuesto de que el ejercicio de un derecho siempre es legítimo, independientemente de que con el mismo se causen perjuicios a otros.

b) Criterio intencional, siendo aquél que sanciona el ejercicio de un derecho, cuando el mismo tiene por única finalidad el causar un perjuicio a otro. (Es el criterio seguido por el artículo 1912 del Código Civil Federal).

c) Criterio funcional que parte del supuesto de considerar ilícito el ejercicio de un derecho, si al emplear el mismo, se aparta del fin para el que fue concebida la norma o institución jurídica. (González-Meza, 2016 p. 81)

Ahora bien, de un análisis literal de estos artículos se desprende la obligación de todo ciudadano de actuar conforme a la Ley y de buena fe sin causar daño a un tercero aun y cuando se ejerza un derecho, más sin embargo, los citados artículos no aplican a las sociedades mercantiles ya que el primero de ellos se refiere solo a los habitantes del Distrito Federal hoy Ciudad de México, el segundo de ellos habla del derecho de propiedad y el tercero que bien podría ser aplicable, establece ciertos elementos subjetivos que deben de probarse como la intención dañina en el ejercicio del derecho, lo que se convierte en un martirio para probar, puesto que resulta difícil acreditar cuestiones subjetivas, solución que podría darse si se tuviera una norma clara que no quepa la interpretación de la misma.

Concepto de abuso del derecho y fraude a la Ley

Hemos señalado que la figura del velo corporativo es utilizada en muchas ocasiones en abuso del derecho en detrimento de terceros que han actuado de buena fe en un acto mercantil o de comercio, por ello la importancia de señalar su concepto como del fraude a la ley, que también ha sido utilizado para el mismo fin en apariencia de actos o conductas basados en normas legales, especificando sus diferencias.

Bonnecase (como se citó en Borja Soriano, 2001) considera el criterio intencional para señalar que la fórmula del abuso de derecho consiste en: "Ejercicio de un derecho sin utilidad para su titular, con un fin exclusivamente nocivo" (p. 379); de la que desprende como elementos constitutivos los siguientes: "1º, ejercicio de un derecho; 2º, ausencia de utilidad para el titular de ese derecho; 3º, intención nociva; 4º, perjuicio efectivamente ocasionado a otro"¹.

Acción cometida por el titular de un derecho pero al margen de su finalidad. Se dice del ejercicio de un derecho excediendo los límites fijados por la buena fe o por el fin en vista del cual ese derecho se ha conferido. En el derecho moderno ha terminado por imponerse la teoría del abuso del derecho no solo en la doctrina sino también en la jurisprudencia y en algunas leyes. "En otras palabras, se ha impuesto definitivamente una concepción relativa de los derechos subjetivos (ya no son potestades absolutas, incausadas, de los particulares)" (Enciclopedia Jurídica, Abuso del derecho, s.f. párr. 3).

La voz abuso del derecho no tiene una raíz etimológica propia. Sin embargo, algunas frases del derecho romano recogen la idea: *súmmum ius summa injuria*: la aplicación ciega de la regla de derecho conduce a consecuencias injustas.

¹ El artículo 1912 del Código Civil recoge los cuatro elementos a que se refiere Bonnecase.

La teoría del abuso del derecho tiene como problema central considerar que el ejercicio sin control del derecho representa una amenaza para la justicia, que es el fin esencial del sistema jurídico (Sánchez-Cordero y Castillo-Freyre, 2006, p. 55).

El abuso del derecho es la institución jurídica que surge como freno a la extralimitación no legítima en el ejercicio de los derechos de las personas de derecho privado (Sánchez-Cordero y Castillo-Freyre, 2006, p. 55).

El abuso de derecho consiste en un acto lícito, pero contrario al espíritu o principios del derecho en el transcurso de su ejecución. De allí que se distinga del ejercicio regular de un derecho mediante el cual se causa algún daño a terceros (Sánchez-Cordero y Castillo-Freyre, 2006, p. 56).

Las diferencias doctrinarias sobre el abuso del derecho no han sido esclarecidas porque en el fondo se observa el conflicto entre la concepción moderna del Derecho en sentido social y la concepción ortodoxa del Derecho como noción individualista. Para la concepción individualista u ortodoxa, la persona titular de un derecho es como si estuviera el poder absoluto de ejercer ese derecho, un poder ilimitado que no se puede ni debe coartar, y el titular puede ejercerlo cuando quiera e independientemente de todos los demás y de las circunstancias que los rodean. (adlfcpd, 2012, párr. 8)

Para la concepción moderna, no constituye un derecho-poder, sino que el ejercicio del derecho, tiene estrictas condiciones y limitaciones en cierta forma por una serie de circunstancias las cuales pueden ser la razón por las cuales fueron conferidos esos derechos, los intereses y bienestar de la comunidad.(adlfcpd, 2012, párr. 9)

Para determinar la aplicación se crearon 2 grupos, los Derechos definidos y los Derechos indefinidos o indeterminados. Los Indefinidos son aquellos que regulan la conducta del hombre, como el derecho a la libertad de pensamiento, libertad de expresión, el derecho a la vida, entre otros. Son derechos sometidos a normas, y no son susceptibles de ejercicio abusivo.

Los Derechos definidos, son aquellos los que están tipificados y delimitados expresamente por el ordenamiento jurídico, como lo son el de la propiedad, el usufructo, etc. (adlfcpd, 2012, párr. 10)

Con base en lo anterior, el abuso del derecho tiene su base en varios criterios que son atribuibles a la persona física y no a la persona moral.

Entre ellos vemos la intencionalidad del sujeto al ejercer sus derechos con el firme propósito de perjudicar a otro, dándose la presencia del dolo, mismo que se demuestra con tener en la sociedad mercantil más pasivos que activos, o más obligaciones de pago que los haberes económicos y materiales que pueda tener la persona moral de la cual la persona física es socia.

El factor de daño con culpa y dolo, el cual se manifiesta cuando una persona causa un daño a otro ejerciendo un derecho no solo con culpa, negligencia e imprudencia, sino con la intención de realizar actos mal intencionados. Si el titular del derecho no lo ejerció prudentemente o lo hizo a sabiendas de que iba a perjudicar a otro, incurriendo así en abuso de derecho.

El beneficio económico al ejercer su derecho o un derecho dentro de los límites naturales del mismo, cause un daño a otra persona habiendo obtenido su titular un beneficio económico, si el acto abusivo le ha causado un crecimiento de tipo patrimonial o económico estaríamos en presencia de abuso de derecho.

Por tanto, el abuso del derecho conduce a reparar el daño causado por quien abusa del derecho en perjuicio de otro, sin poder escudarse en ninguna figura jurídica que le dé u otorgue algún beneficio como lo es el velo corporativo.

Este abuso del derecho cae en un fraude a la ley, si el velo corporativo estuviera legislado en alguna norma jurídica, pretendiendo ocultar algún negocio jurídico u obtener un lucro basándose en beneficios que otorga la norma jurídica para ocultar un mal manejo y obtener un beneficio bien sea económico o de otra índole, como ventajas en contratos.

El fraude a la Ley conforme a la doctrina se señala como “la realización de uno o varios actos ilícitos para la consecución de un resultado antijurídico”. El fraude a la Ley es realizar conductas que son aparentemente legales, aprovechándose de normas jurídicas que sirven para los fines deseados (Sánchez-Cordero, 2015).

La figura del fraude a la ley guarda analogías evidentes con la del abuso del derecho: el fraude (la prohibición del fraude de la ley y la anulación o evitación de los efectos logrados en esa forma) es un mecanismo para combatir el formalismo jurídico; fraude o fraude de ley es una expresión que designa una propiedad valorativa; los supuestos de fraude de ley son supuestos de laguna axiológica en el nivel de regla; y el análisis adecuado de la figura exige partir de que la dimensión regulativa del derecho está compuesta por dos niveles: el de las reglas y el de los principios: los actos en fraude de la Ley están permitidos *prima facie* por una regla pero resulta consideradas todas las circunstancias, prohibidos como consecuencia de la acción de los principios que delimitan el alcance justificativo de la regla en cuestión (Atienza y Ruiz, 2006, p. 67).

La idea de fraude de ley no es el engaño sino la posibilidad de servirse de normas jurídicas para lograr con ellas finalidades que no son las previstas por el derecho (Atienza y Ruiz, 2006, p. 68).

El fraude a la Ley de acuerdo con lo señalado en líneas anteriores consiste en burlar la aplicación de una norma, o de una figura jurídica con el propósito de obtener un

fin ilícito a través de un medio lícito, es decir, manejar la legislación o el derecho a conveniencia de una manera obscura que en apariencia sea un acto permisible, pero que en muchas ocasiones deja sin defensa al afectado e inclusive con una interpretación mal hecha de la norma.

El fraude a la ley requiere la concurrencia de dos requisitos: la realización de un acto al amparo de una norma y la persecución de un resultado contrario a la ley defraudada; constituye una infracción encubierta de la ley, realizada bajo la apariencia de licitud donde quien la realiza busca una forma de burlar la norma mediante otras que puedan prestarle apoyo aparente de legalidad. (Dossier, 2000, p. 187)

En cuanto al tema del velo corporativo al no estar legislado, es decir, al no existir una figura jurídica en alguna norma en México, podríamos decir que no existe fraude a la Ley ya que no existe en la normatividad y, por lo tanto, entraríamos al supuesto de que puede violarse y no existir en tal caso fraude a la ley.

En este sentido para que exista fraude a La ley debe existir una norma que prohíba algo o permita algo y en este caso al no existir tal situación entraríamos al abuso del derecho, puesto que el velo corporativo es una figura del derecho, esto es, un derecho que permite la separación de los bienes de los socios de la persona jurídica creada, cuyo abuso estriba en utilizar a la persona jurídica para actos ilícitos en perjuicio de terceros que actúan de buena fe.

Pero lamentablemente al no encontrarse legislado el levantamiento del velo corporativo como una acción procesal en beneficio de los afectados, nos lleva a dejarlos en desventaja jurídica ante la ventaja de las sociedades de capital de la limitación de la responsabilidad de los socios, por lo que se deben de establecer circunstancias para responder por las obligaciones contraídas por la sociedad.

El abuso del derecho en la normatividad española

Confrontar las semejanzas y/o diferencias en un diverso sistema jurídico nos sirve para comprender y mejorar el existente en nuestro país, es así como el señalamiento de la normatividad española para el presente tema nos ayuda para que, en tal caso, tomar como base en una supuesta futura legislación en México sobre el tema a tratar.

Es así como el artículo 7 en su punto 2 del Código Civil Español señala un concepto respecto al abuso del derecho al señalar:

2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con

daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. (Real Decreto, 1889, art. 7)

En dicho artículo no solo se da el concepto de abuso del derecho, sino que otorga la acción de indemnizar al afectado por dicho abuso, como la paralización de acciones tendientes a continuar abusando del derecho, situación que pretendemos pueda darse en México.

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (2006) señalan que quien es dañado por la acción abusiva tiene el poder de acudir a los tribunales y, a su vez, estos el deber de imponer la correspondiente sanción y adoptar las medidas necesarias para continuar con el abuso como una consecuencia normativa que sigue a la violación por el abuso del derecho.

Para estos autores la regulación del abuso del derecho debe darse en todo sistema jurídico, cuando por la intensión de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho (Atienza y Ruiz 2006, p. 39).

Los derechos humanos de las personas morales

Como hemos señalado, en cierto momento se ve afectada por el actuar de los socios a la persona jurídica creada violándosele derechos humanos que conforme al primer párrafo del artículo primero de la Constitución de México deben ser protegidas, puesto que las mismas son utilizadas para fines ilícitos y en tal caso se quedan desprotegidas de quienes las crearon.

En este caso en particular cabría hacerse varias preguntas, ¿quién protege a la sociedad mercantil utilizada?, ¿puede actuar ella en contra de quienes la crearon y la utilizaron para fines ilícitos?, ¿tiene derecho a ser indemnizada?, o ¿a expulsar a los socios o socio que mal la utilizaron?

En una publicación he propuesto que el comisario de las sociedades mercantiles sea el representante legal de la misma, puesto que a él incumbe la vigilancia y el actuar de la sociedad y que mejor que el comisario sea quien pueda velar por los derechos humanos de la persona moral, dándole el derecho de accionar en contra de los socios que actuaron de mala fe y en perjuicio de la sociedad.

Con base en lo anterior, las personas morales tienen el derecho de la protección a los derechos humanos que la constitución reconozca al no distinguir dicho artículo de las personas humanas y la persona moral. Se debe, por tanto, que normas jurídicas establezcan la protección de la persona moral de sus creadores o socios, inclusive cuando estos sean también otras personas morales.

Conclusiones

PRIMERA. El velo corporativo debe levantarse cuando la persona moral es utilizada para defraudar acreedores, a los socios de la misma, evadir obligaciones existentes o mantener un monopolio. Para aplicar este levantamiento ante los tribunales basta probar el incumplimiento de obligaciones adquiridas por encima de sus activos.

Lamentablemente este hecho en México se da de manera frecuente, no solo en detrimento del principio de buena fe que debe prevalecer en el comercio sino del propio Estado, puesto que implica un abuso del derecho en el que se realizan actos simulados y emulativos.

El abuso del velo corporativo es, por tanto, un abuso del derecho y no fraude a la Ley, lo que implica la necesidad de develar ese velo corporativo derivado de la conducta ilícita, en aras de evitar que se time a terceros y poder sancionar dicho abuso.

SEGUNDA. Se deben buscar figuras jurídicas procesales que tiendan a proteger a los terceros afectados por las personas morales, manejadas inadecuadamente por las personas físicas que, aprovechando la separación de la personalidad de la persona moral a la de los socios, cometen abusos en contra de acreedores o bien utilizan el velo corporativo para eludir obligaciones impuestas.

TERCERA. El legislador no solo debe prohibir las acciones abusivas del derecho, o que sobrepasan los límites normales del ejercicio de un derecho, sino que debe otorgar acciones a quien es afectado o víctima del abuso de un derecho cobijado por el ejercicio de un derecho aparente, sin vaguedad legislativa y con reglas claras para que no den lugar a la interpretación.

CUARTA. Para que exista o se de fraude a la Ley en el velo corporativo, este debe prevalecer en una norma jurídica que permita su sanción al actuar en contraversión a dicha norma, por lo que se hace necesario legislar esta figura jurídica nacida de la doctrina, pues una de las fuentes del derecho es la doctrina y tendrá que ser el legislador quien materialice en un norma procesal el levantamiento del velo corporativo.

QUINTA. Establecer una conexión para vincular el patrimonio persona física-persona jurídica es una solución al abuso del velo corporativo para poder afectar el patrimonio del socio en caso de que haya sido utilizada para fines ilícitos en detrimento de terceras personas. Inclusive, establecer un registro de socios de personas morales a fin de identificar los actos jurídicos realizados mal intencionados.

Referencias bibliográficas

- Adlfcpd. (21 de julio de 2012). Abuso de derecho [Mensaje en un blog]. *Adolfo Cepeda's Blog*. Recuperado de <https://adolfcpd.wordpress.com/2012/07/21/abuso-de-derecho/>
- Atienza, M. y Ruiz, J. (2006). *Ilícitos Atípicos*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Bello, A.M. (2010). El levantamiento del velo corporativo de las cooperativas de Venezuela. *Revista Jurídicas*, 7(1), 117-134.
- Boldo, C. (2000). *Levantamiento del velo y persona en el derecho privado*. España: Editorial Aranzadi.
- Borja Soriano, M. (2001). *Teoría general de las obligaciones*. Ciudad de México: Porrúa.
- Busch, J. (2017). ¿Qué es el velo corporativo?. *eHow*. Recuperado de http://www.ehowenespanol.com/velo-corporativo-sobre_175036/
- Calderón Olaya, F. (19 de marzo de 2015). El velo corporativo. *Gerencie.com*. Recuperado de <https://www.gerencie.com/el-velo-corporativo.html>
- Corrión Torres, M. (abril de 2014). Alcances de la responsabilidad solidaria de los socios o accionistas. *Asesores y Soluciones, AS*. Recuperado de <http://asesoresoluciones.com/index.php/alcances-de-la-responsabilidad-solidaria-de-los-socios-o-accionistas>
- Enciclopedia Jurídica. (s.f.). *Affectio societatis*. Recuperado de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/affectio-societatis/affectio-societatis.htm>
- Enciclopedia Jurídica. (s.f.). *Abuso del derecho*. Recuperado de <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/abuso-del-derecho/abuso-del-derecho.htm>
- España, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid. Recuperado de www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763
- García Velasco, G. (2015). *Persona Jurídica*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa.
- González-Meza, H. (2016). El Levantamiento del Velo Corporativo. *Revista Mexicana de Derecho*, 18, 73-91. Recuperado de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-mexicana-derecho/article/view/31328>
- Guastini, R. (2002). *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa.
- Levantamiento del velo corporativo. (20 de septiembre de 2017). *Idconline.mx*. Recuperado de <https://idconline.mx/corporativo/2017/09/20/levantamiento-del-velo-corporativo>
- Lefebvre, F. (2000). *Dossier práctico. Levantamiento del velo*. Madrid.
- Lozano, F. (2000). *Cuarto curso de Derecho Civil Contratos*. Ciudad de México, México: Editorial Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C.
- Mantilla, R. L. (2015). *Derecho Mercantil*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa.
- México, Crónica Parlamentaria, Cámara de diputados (16 de diciembre de 1993), *De Ley General de Sociedades y Asociaciones Mercantiles, presentada por el diputado Daniel de la Garza Gutiérrez, del grupo parlamentario del PAN*. Recuperado de <http://cronica.diputados.gob.mx/Iniciativas/55/196.html>
- México, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1 de mayo de 1917). *Legislación ordenamiento ley general de sociedades mercantiles, Publicada en el Diario Oficial el 5 de febrero de 1917*. Recuperado de www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/ley-general-de-sociedades-mercantiles#38809
- México, Convención Interamericana sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el derecho internacional privado. (19 de agosto de 1987), *Convención publicada en el Diario Oficial de la Federación*. Recuperado de <https://poderjudicialyucatan.gob.mx/digestum/marcoLegal/08/2013/DIGESTUM08071.pdf>
- Pinto, R. (2013). *Comprensión del Derecho Corporativo* (Understanding Corporate Law). Editorial Lexis Nexis.

Martín Eduardo Pérez-Cázares

Sánchez-Cordero, J. (2015). *Affectio Societatis*. *mexico.leyderecho.org*. Recuperado de <http://mexico.leyderecho.org/affectio-societatis/>

Sánchez-Cordero, J. y Castillo-Freyre, M. (2006). *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. (agosto de 2013). *Libro XXIII*. Registro: 2004357.

Suárez, V. (s.f.). Recuperado de <http://www.e-consulta.com.mx/opinion/2013-10-14/el-velo-corporativo-interpretaciones-delicadas>



COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Ortega, L. (2020). Facebook: derechos afectados y aspectos jurídicos de la red social. *Revista Jurídicas*, 17 (1), 165-186.
DOI: 10.17151/jurid.2020.17.1.9.

Facebook: derechos afectados y aspectos jurídicos de la red social

LUIS GERMÁN ORTEGA-RUIZ* |

Recibido el 10 de febrero de 2019
Aprobado el 6 de junio de 2019

RESUMEN

Las redes sociales se han constituido en una de las creaciones con mayor incidencia en el diario vivir de las personas, convirtiéndose en un medio de interacción social. Una de las redes sociales más conocida y con mayor número de usuarios es Facebook, la cual es objeto de investigación en el presente trabajo con el fin de establecer y determinar su incidencia en el desarrollo jurídico de derechos, deberes y libertades. Específicamente se pretende describir los derechos que se ven amparados y vulnerados con su uso y manejo como elementos para la generación de políticas públicas, teniendo presente, igualmente, sus propias políticas. Para lo anterior se interroga: ¿Cuál ha sido la regulación jurídica que se ha desarrollado frente al uso de la red social Facebook? La respuesta a dicho interrogante tiene como hipótesis que la red social Facebook materializa derechos y libertades a través del acceso a la internet como derecho fundamental. Por lo anterior, se busca determinar la viabilidad de plantear una política pública de autorregulación para el uso de redes sociales bajo el esquema de principios jurídicos descartando el sistema de regulación reglada.

PALABRAS CLAVE: Facebook, red social, incidencia jurídica, política pública, derecho a la intimidad.

* Estudiante de doctorado. Profesor de la Universidad Católica de Bogotá, Bogotá, Colombia. E-mail: Correo electrónico: lgortega@ucatolica.edu.co. [Google Scholar](#). ORCID: 0000-0003-2957-5839.



Facebook: affected rights and legal aspects of the social network

ABSTRACT

Social networks have become one of the creations with greater incidence in the daily life of people, becoming a tool of social interaction. One of the most well-known social networks with the greatest number of users is Facebook, which is the subject of this research in order to establish and determine its impact on the legal development of rights, duties and liberties. Specifically, it is intended to describe the rights that are protected and violated with its use and management as elements for the generation of public policies, also bearing in mind its terms and conditions of use. To reach that goal, the following question is asked: What is the legal regulation that has been developed dealing with the use of the social network Facebook? The answer to this question has the hypothesis that the social network Facebook materializes rights and liberties through access to the internet as a fundamental right. Therefore, it seeks to determine the feasibility of proposing a self-regulatory public policy for the use of social networks under the framework of legal principles, discarding the normed regulated system.

KEY WORDS: Facebook, social network, legal implication, public policy, right to privacy.

I. Introducción

I.1. Historia

Previo al análisis histórico de Facebook debe determinarse su connotación de red social. Diferentes nociones y características se le han dado a este término. Para Madarriaga y Sierra (2000) las redes sociales surgen a partir del proceso de «interacción social» “mediante el cual un grupo de personas se orientan hacia otras y actúan en consecuencia a los comportamientos de unos y otros” (como se citó en González-Builes, 2014), buscando así desarrollarse y complementarse gracias al espíritu gregario de los seres humanos.

Facebook, como red social, fue creada por el estadounidense Mark Elliot Zuckerberg basado en un proyecto denominado Facemash (Kirkpatrick, 2011), por medio del cual se recopilaban fotos y datos de los estudiantes de la Universidad de Harvard. Por este proyecto Zuckerberg fue sancionado y suspendido de la Universidad. Seguidamente, realizó un proyecto de directorio en línea que incluía información impresa de las fraternidades universitarias al que denominó Thefacebook, y que fue lanzado el 4 de febrero de 2004 (Bigas, 2016).

Para 2016 se reportan 1590 millones de usuarios de Facebook (Moreno, 2016), de los cuales Colombia aporta 20 millones, ubicándose en el puesto 15 a nivel mundial, según reporte del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones (MinTic, s.f.).

Si bien es cierto que muchos países del mundo permiten el uso de Facebook, otros como la República Popular de China, Irán, Pakistán, Turquía y Corea del Norte lo han limitado o prohibido (Núñez, 2015). Al analizar las causas por las cuales se ha prohibido el uso de Facebook e incluso de YouTube, se encuentra que esto ocurre generalmente en países con regímenes totalitarios en los que se vulneran todo tipo de libertades y derechos.

I.2. Características de las cuentas

Una vez revisada la primera imagen que arroja la página web de Facebook, se evidencia la promesa de «es gratis y lo será siempre», acompañada de campos en blanco para el registro, cuyos requisitos son: nombre, apellido, número de celular o correo electrónico, contraseña, fecha de nacimiento, selección de sexo masculino o femenino y finalmente el ícono «Registrarte» al cual le antecede la frase: «Al hacer clic en “Registrarte” aceptas las condiciones y confirmas que leíste nuestra política de datos, incluido el uso de cookies.»

En las condiciones se evidencia la última versión que data del 3 de enero de 2015, en la cual se plantean las siguientes 18 secciones:

1. Privacidad.
2. Compartir el contenido y la información.
3. Seguridad.
4. Seguridad de la cuenta y registro.
5. Protección de los derechos de otras personas.
6. Dispositivos móviles y de otros tipos.
7. Pagos.
8. Disposiciones especiales aplicables a desarrolladores u operadores de aplicaciones y sitios web.
9. Acerca de los anuncios u otro contenido comercial publicado u optimizado por Facebook.
10. Disposiciones especiales aplicables a anunciantes.
11. Disposiciones especiales aplicables a páginas.
12. Disposiciones especiales aplicables al software.
13. Enmiendas.
14. Terminación.
15. Conflictos.
16. Disposiciones especiales aplicables a usuarios que no residen en los Estados Unidos.
17. Definiciones.
18. Otras disposiciones.

Entre los puntos con más importancia para el objeto de investigación se señalan: la prevalencia del inglés en el texto de las condiciones, lo cual incide para efectos de interpretación jurídica, y la declaración de derechos y responsabilidades soportados en los Principios de Facebook. Llama la atención su categoría de principios dada su importancia en el mundo jurídico bajo el criterio de abstracción normativa. Por ello se considera relevante hacer mención de estos:

1. Libertad para compartir y conectarse.
2. Propiedad y control de la información.
3. Flujo libre de información.
4. Igualdad fundamental.
5. Valor social.
6. Plataformas y estándares abiertos.
7. Servicio fundamental.
8. Bienestar común.
9. Proceso transparente.
10. Un mundo.

De todas las secciones señaladas resulta relevante ahondar sobre aquellas que determinan y regulan los asuntos relacionados con la privacidad, en atención a su componente jurídico. Para ello debe señalarse que Facebook cuenta con una *política de datos* en la cual determina qué información es recopilada por la red social. Dicha información corresponde a la que proporciona el usuario sobre sí mismo, sus actividades, el contenido que ve cuando utiliza los servicios de la plataforma; la que proporcionan otras personas cuando incluyen información sobre el usuario a través de mensajes, fotos, etc., la de personas y grupos con los que se conecta o interactúa el usuario; la de los dispositivos (computadoras, teléfonos, etc.) en los que se instalan o por los que se accede a los servicios de la red; la de compras, transacciones y medios de pago cuando se utilizan los servicios de la red; la de sitios web y aplicaciones que visita el usuario o cuando visita sitios web y aplicaciones de terceros; y la que ofrecen los socios y empresas de Facebook (Facebook, 2015). Respecto de la información anterior Facebook advierte al usuario sobre cómo la utiliza y cómo la comparte, aspecto último sobre el que claramente señala: “La información pública es cualquier información que compartes con el público en general” la cual, por consiguiente, puede ser vista por cualquier persona “dentro o fuera de nuestros servicios” (Facebook, 2015, párr. 4).

Como disposición especial para los usuarios que se encuentran fuera de los Estados Unidos se plantea otorgar su consentimiento para que los datos “se transfieran y se procesen en los Estados Unidos” (Facebook, 2015, núm. 16,1)

En relación con la seguridad, la Política de datos advierte sobre una serie de compromisos entre los que se destacan: la no recopilación de información o

contenido de otros usuarios; la no participación en *marketing* multinivel; la restricción de actos que molesten, intimiden o acosen a usuarios; y la limitación de publicaciones con lenguaje que incite al odio, la violencia y aquellas de carácter pornográfico (Facebook, 2015).

El aparte titulado *Seguridad de la cuenta y registro* incluye reglas pertinentes al tema de este estudio y que para algunos son desconocidas: por ejemplo, aquella en la cual se limita el uso de Facebook a usuarios menores de 13 años, y la que restringe el uso a quienes han sido declarados culpables de delitos sexuales (Facebook, 2015).

En relación con los derechos de otras personas, las políticas de Facebook determinan la prohibición de publicar contenido que atente contra terceros, como es el caso específico de información financiera confidencial, al igual que el etiquetamiento de quienes no sean usuarios sin su consentimiento (Facebook, 2015).

Para efectos de reclamaciones o *conflictos* de los usuarios, en la *Declaración de derechos y responsabilidades* señala que serán resueltos “exclusivamente en el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito del Norte de California o en un tribunal estatal ubicado en el condado de San Mateo”. Adicionalmente, advierte que en caso de acciones jurídicas contra Facebook relacionadas con acciones de los usuarios, estos deberán librar de cualquier responsabilidad a la red social (Facebook, 2015).

El punto 2 del numeral 15 (Disputas) contiene una cláusula que exonera de responsabilidad a Facebook. En él señala: “No somos responsables de ningún contenido que se considere ofensivo, inapropiado, obsceno, ilegal o inaceptable que puedas encontrar en Facebook. No somos responsables de la conducta de ningún usuario de Facebook, tanto dentro como fuera de Facebook” (Facebook, 2015).

Si bien la anterior cláusula plantea la exoneración de responsabilidad por parte de Facebook frente al contenido que pueda ser catalogado como inapropiado, la misma red es explícita en plantear una serie de derechos y responsabilidades frente a terceros:

Respetamos los derechos de otras personas y esperamos que tú hagas lo mismo.

1. No publicarás contenido ni realizarás ninguna acción en Facebook que infrinja o vulnere los derechos de terceros o que vulnere la ley de algún modo.
2. Podemos retirar cualquier contenido o información que publiques en Facebook si consideramos que infringe esta Declaración o nuestras políticas.

3. Te proporcionamos las herramientas necesarias para ayudarte a proteger tus derechos de propiedad intelectual. Para obtener más información visita nuestra página [Cómo reportar vulneraciones de derechos de propiedad intelectual](#).
4. Si retiramos tu contenido debido a una infracción de los derechos de autor de otra persona y consideras que cometimos un error, tendrás la posibilidad de apelar la decisión.
5. Si infringes repetidamente los derechos de propiedad intelectual de otras personas, inhabilitaremos tu cuenta cuando lo estimemos oportuno.
6. No utilizarás nuestros derechos de autor, nuestras marcas comerciales ni ninguna marca que se parezca a las nuestras, excepto si lo permiten nuestras Normas de uso de las marcas de forma expresa o si recibes un consentimiento previo por escrito de Facebook.
7. Si obtienes información de los usuarios deberás obtener su consentimiento previo, indicar claramente que eres tú (y no Facebook) quien recopila la información y publicar una política de privacidad que explique qué datos recopilas y cómo los usarás.
8. No publicarás los documentos de identidad ni la información financiera confidencial de nadie en Facebook.

No etiquetarás a los usuarios ni enviarás invitaciones por correo electrónico a quienes no sean usuarios sin su consentimiento. Facebook ofrece herramientas de reporte social para que los usuarios puedan hacernos llegar sus comentarios sobre el etiquetado. (Facebook, 2015).

Consideración para el numeral 1. Al hacer un análisis de los anteriores deberes de los usuarios de Facebook debe plantearse que el desarrollo de estos varía de acuerdo con el Estado en el cual se apliquen dichas disposiciones. Si bien es cierto que establece como prohibición la afectación de derechos de terceros conforme lo establezca la ley, no determina si es la aceptada por Facebook (jurisdicción de EE. UU.) o si es la ley que se vulnere conforme el domicilio de los afectados.

Consideración para el numeral 2. Este plantea la posibilidad de retirar información por considerar que infringe las políticas de Facebook. Esta disposición llama la atención por ubicar al usuario en un estado indefensión, al no permitirle ejercer el derecho de contradicción y de defensa con el fin de evitar el retiro de la información. Esta consideración resulta de comparar el numeral 2 con el 4, los cuales hacen evidente que en este último si es viable el derecho de defensa del usuario a través del recurso de apelación frente a la decisión adoptada, pero únicamente en aquellos asuntos relacionados con derechos de autor. Por lo anterior, es válido

afirmar que el debido proceso frente a las decisiones de Facebook, conforme su declaración de derechos y responsabilidades, está enmarcado para asuntos de propiedad intelectual.

Consideración para el numeral 5. Este numeral llama la atención porque está soportado en una conducta reiterativa, lo que significa que no podrá inhabilitarse una cuenta por una actuación violatoria de los derechos de propiedad intelectual de terceros. Véase, además, que la sanción de inhabilitación recae sobre la cuenta no sobre la persona, lo cual permite evidentemente que pueda ser eludida, ya que la persona puede abrir otra cuenta en Facebook e incurrir en nuevos actos de violación de la propiedad intelectual.

Consideración para los numerales 7 y 8. Estas disposiciones se enmarcan en el derecho a la intimidad y el uso de información, los cuales quedan en primera medida en la órbita del usuario quien será el responsable de manifestar qué recopila, el propósito de su recolección y las reglas para su uso. El numeral 8 maneja la categoría de información financiera confidencial, lo que de manera anticipada se presta para posibles conflictos entre la reserva de documentos y la reserva de información como dos escenarios divergentes. En el caso colombiano, dicha disposición debe ser concordada con el artículo 74 de la Constitución Política que establece: “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”. Así las cosas, la reserva de que trata Facebook solamente tendría aplicabilidad haciendo el análisis jurídico de lo que es reserva en el correspondiente Estado en el que se aplique dicho escenario.

Los principios Facebook, así como las condiciones y reglas establecidas por la red social, plantean una política de protección frente a la guarda de la información y el respeto por el derecho de los usuarios; no obstante, en el mundo se han hecho conocer diferentes acciones judiciales que demandan el presunto uso indebido de datos personales por parte de Facebook y que dan cuenta de la efectividad en la implementación de las políticas de la red social frente al amparo de la libertad de expresión, propiedad intelectual, protección del derecho a la intimidad y manejo de documentos e información reservada.

Dicha efectividad se evalúa frente a las demandas que se han presentado contra Facebook, en las cuales se evidencian diferentes causas que van desde la posible violación de derechos intelectuales hasta la vulneración de datos entregados a la red social. Para efectos de corroborar lo anterior en la tabla 1 se presentan algunas decisiones judiciales en tal sentido.

Tabla 1. Relación de decisiones judiciales que comprometen a Facebook.

Demandante	Juez	Causa	Hechos
Max Schrems	Tribunal Comercial de Viena – Tribunal de Justicia Europeo.	Violaciones de la red social a la privacidad de sus usuarios.	Presunta violación de datos por ayudar a la Agencia Nacional de Seguridad (NSA) estadounidense en el programa PRISM que implicó el uso de datos personales de usuarios de la red social (Reuters, 2014).
Stéphane Cottineau (Apoderado)	Tribunal de Apelación de París.	Violación a la libertad de expresión.	Cerrar la cuenta en la que se publicó una pintura de Gustave Courbet llamada <i>El origen del mundo</i> , que data de 1866, por exhibir el genital femenino (Reynaud, 2016).
Matthew Campbell y Michael Hurley	Tribunal de Distrito del Norte de California.	Violación de la privacidad.	Presuntamente escanea mensajes privados sin consentimiento y hace negocios con los datos (Brandom, 2016).
Carlo Licata (representante)	Tribunal de Illinois.	Violación a la privacidad de información biométrica.	Uso de tecnología de reconocimiento facial que hace lectura de la geometría facial sin consentimiento, lo que permite el etiquetamiento de personas en fotos (DiarioTi, 2015).
Meryem Ali	Tribunal de Distrito en Houston.	Omisión en la solicitud de retiro del perfil creado para pornografía de venganza.	Creación de un perfil falso con fotografías pornográficas de una usuaria, en la que se expone su rostro con el cuerpo de otras mujeres (Dirigida, 2014).
Centro Jurídico Shurat Hadin Law Center	Tribunal de Estados Unidos.	Incitación al terrorismo.	Difusión e incitación de terrorismo (Schnessel y Gelber, 2015).
Reinaldo González	Tribunal de Distrito de Estados Unidos en el norte de California.	Difusión de propaganda extremista.	Asegura que las redes sociales han permitido el crecimiento de grupos extremistas. (Europapress, 2016)
Vincent Gallo	Tribunal de California.	Suplantación de identidad.	Por suplantación de identidad que llevó a engaños de terceros permitiendo que su ex pareja terminara enviando fotos desnuda (Gardner, 2016).
GS (letras de identificación de la menor de edad)	Tribunal Superior de Irlanda del Norte.	Negligencia deber de cuidado al no contar Facebook con un sistema que evite que los menores de edad manipulen su edad para tener acceso a la red social.	Por uso de cuenta de Facebook por parte de menor de 13 años. (Munson, 2015).
Anas Modamani	Wurzburgo - Alemania	Calumnias por <i>selfie</i> con la canciller Angela Merkel en la cual se le generaron <i>fake news</i> (noticias falsas).	Publicación de una <i>selfie</i> que fue utilizada para calumnias. En este caso el tribunal falló en contra del demandante aduciendo que él mismo debe notificar la existencia de posts que señalan el objeto de la calumnia (DW, 2017).

Sobre el caso *Max Schrems* debe señalarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo declaró inválido como consecuencia de la demanda presentada en contra de Facebook, el acuerdo entre Bruselas y Washington, conocido como Safe Harbour, por medio del cual se establecieron entre la Unión Europea y Estados Unidos una serie de principios para la protección de datos que garantizaban el respeto por parte de las empresas estadounidenses a la legislación europea (Cvria, 2015).

El caso de *Stéphane Cottineau* es relevante frente a la cláusula de conflictos judiciales, por cuanto Facebook establece como tribunal competente para las demandas contra la red el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito del Norte de California. Sin embargo, el Tribunal de Apelaciones de París se encontró competente para conocer el proceso por considerar que es una cláusula abusiva impedir que el demandante pueda acudir a la justicia de su propio Estado y deba, obligatoriamente, asistir a una jurisdicción extranjera, lo cual le dificulta el acceso a la administración de justicia. Véase que la anterior situación aplica cuando el legitimado en la causa por activa es el usuario y no cuando es Facebook, puesto que la red social acude a las jurisdicciones de cualquier Estado para ventilar sus propias demandas, por lo que se afirma que cuenta con los medios de defensa internacional (Reynaud, 2016) como se desprende de la tabla 2.

Tabla 2. Demandas presentadas por Facebook en tribunales internacionales.

Demandante	Juez	Causa	Hechos de investigación
Facebook	Tribunal Superior de Pekín.	Copia de marca.	La empresa Zhongshang Pearl River de China registró la marca "Face Book" (LaVoz, 2016).
Facebook	Juzgado Civil y Comercial Federal 8 de Buenos Aires.	Dominios que crean confusión con la marca Facebook.	Acusa a Celia Teresa Saravecio y Leonardo Ariel Chavarini por los dominios www.feisbok.com.ar , www.facebookj.com.ar , www.face-book.com.ar , www.fasebok.com.ar , www.feizbok.com.ar , www.facebookwtwitter.com.ar , que pueden ser confundibles con la red social Facebook. (Juzgado Civil y Comercial Federal 8 de Buenos Aires, 2013).
Facebook	Juzgado de San José – California.	Fraude y abuso informático.	Demanda a Steven Richter, Jason Swan y a la firma Max Bounty por envío de spam a usuarios, recolección de información para suscripción de servicios inexistentes (Bardera, 2010)

En este punto es llamativo constatar cómo Facebook desconoce la cláusula de solución de conflictos cuando se trata de resolver sus propias controversias judiciales, lo cual implica un condicionamiento que genera en el usuario una débil posibilidad de acceso a la administración de justicia y, por ende, una limitante a la tutela judicial efectiva.

2. De los derechos que se materializan a través de Facebook

Corresponde establecer en esta parte del documento qué derechos se han establecido a través de pronunciamientos jurídicos en relación con el uso de redes sociales, en especial en lo que corresponde a Facebook.

2.1. Regulación normativa

El primer avance en materia de regulación no planteaba una red social en especial. La normatividad regulaba, a manera general, el manejo y uso de los contenidos del internet. Es el caso de la Decisión 276/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la seguridad en la utilización de la red y la limitación de contenidos ilícitos y nocivos.

En 1998 Estados Unidos sancionó la Children Online Protection Act con la cual se crearon mecanismos de protección de menores frente a contenidos, en especial de carácter pornográfico.

Argentina, con la Ley 25690 de 2002 establece que las empresas que proveen el servicio de internet igualmente deben brindar un software que blinde el ingreso de contenidos especiales.

Colombia, si bien es cierto no tiene una regulación legal frente al contenido y uso de redes sociales, sí cuenta con reglamentación consistente en cuanto a la prohibición de pornografía infantil, el uso de la información, el acceso a sistemas informáticos, la interceptación y violación de datos personales.

Adicionalmente, es preciso señalar que la Constitución Política se ocupó de la protección a la intimidad, buen nombre, manejo de la información y la inviolabilidad de las comunicaciones privadas en el artículo 15 que señala:

Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. (Artículo 15 Constitución Política)

En consecuencia, en la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Carta Fundamental.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca

la ley. [...] Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la Ley. (Artículo 15 de 1991)

Así las cosas, la falta de regulación especial sobre el uso de redes sociales en Colombia no ha sido obstáculo para preservar los derechos de los usuarios y exigir las responsabilidades que se enmarcan en el uso de perfiles, conforme se evidencia seguidamente en el análisis de decisiones judiciales que han acudido al precitado artículo constitucional en busca de amparo y protección.

Adicionalmente, en la Constitución Política se consagra el derecho de libertad de expresión, el cual encuentra en las redes sociales un amplio margen de complementación al ser un medio para la materialización de esta libertad, dentro de la responsabilidad social que señala el artículo 20:

Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura. (Artículo 20 de la Constitución Política)

Esta libertad de expresión a través de redes sociales, facilitada por la internet, llevó a que el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en la Resolución A/HRC/32/L.20 del 17 de junio de 2016 declarara el acceso a la red un derecho fundamental, y en el numeral 15 expresara su decisión de

Seguir examinando la promoción, la protección y el disfrute de los derechos humanos, incluido el derecho a la libertad de expresión, en Internet y en otras tecnologías, así como la forma en que Internet puede ser un importante instrumento para el desarrollo y para el ejercicio de los derechos humanos, de conformidad con su programa de trabajo.

Dicha consideración resulta del amparo de que trata el Pacto de Derechos Civiles y Políticos que en el numeral 2 del artículo 19 determina:

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Precisados los anteriores cánones normativos internos y de derecho internacional es pertinente analizar el desarrollo que les ha dado la Corte Constitucional colombiana frente al uso de las redes sociales, en especial Facebook.

2.2. Grupos de Facebook

Sobre la posibilidad de unirse a grupos de Facebook con fines de difamación es oportuno el pronunciamiento de la Corte Constitucional en donde se plantea la siguiente pregunta jurídica:

¿Violó una institución educativa el derecho al debido proceso, a la educación y a la igualdad de un estudiante, al habersele adelantado un proceso en el que se le habría impuesto una sanción [matrícula condicional] por haber ingresado a un grupo en una red social que tenía por objeto atacar y difamar a la Rectora del Colegio donde él estudiaba, a pesar de que el Colegio afirma no haber impuesto tal sanción? (C.C, Sentencia T-713/2010)

Aunque la citada sentencia trata el uso de las redes sociales, llama de manera esencial la atención el nexo que establece con planteamientos de carácter político donde se resalta la participación democrática:

Las tensiones y cuestiones se potencian a propósito de las nuevas tecnologías en múltiples sentidos. Por ejemplo, los casos de participaciones estudiantiles en debates sobre la conformación y estado del gobierno escolar que incurren en excesos y en abusos pueden ser mayores, por cuanto los nuevos medios tecnológicos permiten amplificar el auditorio, llevando el mensaje a un número mayor de destinatarios y haciendo más daño del que normalmente se producía en tales circunstancias. Pero a su vez, el control que los medios tecnológicos ofrece, abre la puerta para imponer sobre las personas restricciones y limitaciones que no son razonables ni compatibles con una sociedad democrática. (C.C, Sentencia T-713/2010)

Otro de los casos que reviste interés para la presente investigación es el presentado y fallado por la Corte Constitucional relacionado con la creación de un grupo de Facebook con propósitos de denigrar e intimidar a un estudiante por parte de compañeros del colegio. El punto relevante es el señalamiento de los denominados actos de cibermatoneo, ciberacoso o *cyberbullying* que implican el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Lo llamativo del fallo es la declaración de “CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO- Fue desmontado el grupo en Facebook creado para realizar cibermatoneo o *cyberbullying* a estudiante” (C.C, Sentencia T-365/2014).

Este caso es llamativo por cuanto la declaratoria de *carencia actual de objeto por hecho superado* se soporta en el desmonte del grupo en Facebook, lo cual en palabras de la Corte no impide un “pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y futuras violaciones”. Es claro que con el desmonte del grupo en la red desaparece a futuro la violación de los derechos fundamentales atacados, pero esta ya se había materializado y de cara al pasado quedó sin mayor intervención proteccionista o de reparación. Por ello, una medida

que se considera apropiada para la reparación de los derechos violentados es la utilización del mismo grupo social de Facebook para evidenciar el reconocimiento del daño causado.

Un caso muy parecido al anterior es el de un estudiante que a través de Facebook comentó la inconformidad sobre decisiones adoptadas por su universidad sobre un hecho de plagio. Dichos comentarios fueron conocidos por las instancias universitarias y generaron la apertura de un proceso disciplinario en su contra que terminó con decisión de expulsión. Este caso, a diferencia del anterior, plantea como punto esencial la autonomía universitaria como potestad constitucional de autodeterminación que, para el caso concreto, se enmarcó en la regulación disciplinaria del ente académico.

La Corte en este caso constató que se había cumplido con los requisitos del procedimiento disciplinario de la Universidad, y estableció que los comentarios del estudiante estaban por fuera del ámbito de protección de la libertad de expresión

Por exteriorizar su sentimiento de manera ostensiblemente descomedida, irrespetuosa e injusta sobre la Universidad que le había capacitado y contra las autoridades académicas que cumplían con sus deberes. Él bien podía expresar objeciones y críticas, si hubiere razón para hacerlo, pero sin incurrir en ilegítimo desdoro, mucho menos utilizando términos soeces, en pretendida conculcación de la dignidad humana. (C.C, Sentencia T-550/2012, N. Pinilla)

Así las cosas, puede deducirse que los comentarios de carácter irrespetuoso fueron asumidos por la Corte como carentes de protección, calificación que imperó frente al derecho a la libertad de expresión e incidió en el fallo que negó el amparo.

2.3. Afectación a la imagen en Facebook

Este aparte se soporta específicamente en el caso de una mujer que instaura acción de tutela contra una empresa de masajes, con el objeto de que se amparen sus derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar, al buen nombre, a la honra y a la dignidad humana, por cuanto esta se ha negado a retirar de Facebook unas imágenes previamente autorizadas por ella.

En esta situación la Corte Constitucional consideró que la viabilidad de materializar derechos fundamentales a través de la red social Facebook puede verse afectada “con la publicación de contenidos e información en la plataforma —fotos, videos, mensajes, estados, comentarios a publicaciones de amigos—” (C.C, Sentencia, T-634/2013).

El argumento más reiterado de la sentencia corresponde al amparo del derecho a la imagen, el cual es enmarcado como un derecho autónomo que tiene unos alcances irrenunciables cuando se afectan derechos fundamentales, a pesar de la autorización de publicación. Por ello, señala que la publicación de imágenes con el consentimiento de la persona puede generar su uso en asuntos indeterminados e indeterminables, en cuyo caso es procedente el retiro de las fotografías. De tal manera, y en palabras de la Corte Constitucional, “se puede solicitar y obtener el cese de publicación de su propia imagen, incluso existiendo autorización o consentimiento previo cuando amenace derechos fundamentales” (C.C, Sentencia T-634/2013).

Un caso interesante es el que se presentó con Anas Modamani, refugiado sirio residente en Alemania, quien se tomó una selfi con la canciller alemana Ángela Merkel y decidió publicarla en Facebook, propiciando que fuera utilizada en noticias falsas que lo relacionaban con el terrorismo. El hecho llevó a Modamani a demandar a la red social buscando frenar la reproducción de la imagen o la versión modificada de esta.

Este caso fue fallado advirtiendo que Facebook no puede responder por ello, puesto que el acto de calumnia fue generado por terceros, de allí que sea el demandante quien deba ubicar dichos montajes para efectos de su control jurídico (DW, 2017).

2.4. Perfiles de menores de edad

Uno de los más importantes interrogantes que ha generado el presente trabajo es si la limitación en el acceso a las redes sociales por parte de menores de edad, a través de perfiles, debe estar bajo la responsabilidad del Estado, de la red social o de la familia. Como se vio antes, Facebook en el aparte *Seguridad de la cuenta y registro* establece que el uso de la red está restringido para menores de 13 años, lo cual es difícil de controlar puesto que se confía en los datos que el usuario ingresa.

Esta problemática lleva a recordar el caso en el que una madre solicita el amparo de los derechos al buen nombre y el libre desarrollo de la personalidad de su hija de cuatro años, quien aparece con un perfil en Facebook por el registro que hiciera su padre.

La Corte encontró vulneración del hábeas data, honra e interés superior de la menor y como consecuencia ordenó la cancelación de la cuenta de Facebook y advirtió la imposibilidad de utilizar otra red social con datos personales y sensibles de esta. La parte motiva de la sentencia señaló el deber de atender las recomendaciones del Memorándum sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en Internet, especialmente de niños, niñas y adolescentes —Memorándum de Montevideo— en cuanto a algunas recomendaciones:

Se reitera, en este caso se protegen los derechos fundamentales de la menor XX, en el contexto de la creación de una cuenta en una red social de la que ella no es consciente y que se ha utilizado para ventilar una disputa familiar. Lo expuesto no implica que los menores no puedan acceder a la Sociedad del Conocimiento y la Tecnología, pero para ello se deben atender las recomendaciones del Memorandum de Montevideo, en lo referente a que tal acceso debe ser paulatino, acompañado de las personas encargadas de su cuidado y acorde a la madurez y desarrollo psicológico que presenten. (C.C, Sentencia T-260/2012)

El Memorándum de Montevideo, que en principio es utilizado por la Corte como “criterio de orientación doctrinal” y después es señalado como objeto de deber, ofrece una serie de recomendaciones: 1. Para los Estados y entidades educativas para la prevención y educación de niñas, niños y adolescentes. 2. Para los Estados sobre el marco legal. 3. Para la aplicación de las leyes por parte de los Estados. 4. En materia de políticas públicas y 5. Para la industria, entre otras.

2.5. Estado de indefensión

La Corte Constitucional ha relacionado el estado de indefensión con el manejo de las redes sociales. Al efecto ha señalado que cuando una persona no tiene la posibilidad de controlar la información que se transmite en redes sociales:

Las modalidades de divulgación utilizadas colocaron a los demandantes en una situación fáctica de indefensión frente a las demandadas, como quiera que se trataba de medios de gran impacto y con un amplio espectro de difusión, respecto de los cuales las demandantes carecían de todo control. En efecto los demandantes no podían activar ningún mecanismo directo para que los objetos comunicativos que cuestionaban, por considerarlos una injerencia indebida en su vida privada, fuesen retirados de la red o de los espacios físicos en que fueron expuestos. Esta Corporación ha reconocido como una expresión de debilidad manifiesta constitutiva de estado de indefensión, la circunstancia fáctica de inferioridad que produce la divulgación de información u otras expresiones comunicativas, por medios que producen un amplio impacto social y que trascienden al entorno social en el que se desenvuelven los concernidos. Específicamente ha considerado que la divulgación de fotografías y otros objetos comunicativos a través de la red social Facebook configura una situación fáctica de indefensión por cuanto la parte demandada tiene un poder amplio de disposición sobre estos objetos, así como el control de los medios de publicidad en que aparecen los mismos, en cuanto detenta el poder de acceso y el manejo del sitio en el que se realiza la publicación. (C.C, Sentencia T-015/2015).

Otro caso de importancia sobre el estado de indefensión es el de una acreedora que publicó en Facebook la obligación de su deudora. En este la Corte Constitucional determinó que había un estado de indefensión:

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha señalado que divulgar o publicar información a través de medios de comunicación de alto impacto social, que trascienden la esfera privada, como es el caso de las redes sociales, genera una situación de inferioridad que se enmarca en la hipótesis de un estado de indefensión. (C.C, Sentencia T-050/2016, G. Mendoza)

3. Política pública sobre redes sociales

Explicadas las diferentes situaciones jurídicas que resultan del desarrollo de Facebook frente a casos particulares, no puede desconocerse la participación del Estado como ente con capacidad de regulación o de autorregulación. De allí que sea procedente analizar la posibilidad de establecer una política pública para estos efectos.

La política pública tiene como causa la necesidad de atender una necesidad pública con diferentes actores. Lahera (2004) desarrolla el concepto de política pública de manera integral, atendiendo a las causas, los medios y los resultados:

Una política pública de excelencia corresponde a aquellos cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo político definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado. Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales, y la previsión de sus resultados. (p. 8)

Desde un aspecto más especializado sobre la materia, González Builes (2014) hace un interesante estudio sobre políticas públicas frente a las redes sociales, en el cual señala que “la posibilidad de relacionar el concepto de redes sociales con el de políticas públicas significa, eventualmente, que el concepto de red social debe ser teorizado y sistematizado con el fin de intervenir una determinada realidad social” (p. 92).

El evidente desarrollo de las redes sociales plantea la necesidad de definir una política pública en esta materia, en aras de mitigar los diferentes riesgos que genera el uso de los medios propios de este entorno. La misma Corte Constitucional ha declarado en sus sentencias el riesgo objetivo que significan las redes sociales por la amplia influencia en el flujo de información personal. Al respecto señaló:

RIESGOS PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RED SOCIAL FACEBOOK [Así en la sentencia]

La vulneración más clara que se puede presentar a través de Facebook deriva de la publicación de videos, mensajes, fotos, estados y la posibilidad de realizar y recibir comentarios de la importante cantidad de usuarios de la plataforma, lo que trae consigo la eventualidad de que terceros tengan acceso a la propia información. (C.C, Sentencia T-050/2016, G. Mendoza)

Así las cosas, y ante la existencia de una necesidad soportada en el riesgo social, es preciso plantear una política pública fundamentada en principios jurídicos que atienda los siguientes puntos:

- a. Libertad en la red.
- b. Capacidad jurídica en las redes sociales.
- c. Libertades digitales en las redes sociales.
- d. Deberes y obligaciones en las redes sociales.
- e. Educación digital en las redes sociales.
- f. Mecanismos de solución de conflictos en redes sociales.
- g. Código de buen uso de redes sociales.
- h. Facultades jurídicas de las redes sociales para preservar y proteger los derechos y libertades de los usuarios.

La responsabilidad social debe ser un requisito esencial en el desarrollo de las redes sociales, la cual debe igualmente proyectarse en sus integrantes. La neutralidad del internet se constituye en un avance de la humanidad, pero al mismo tiempo debe adoptar unos criterios de convivencia que permitan desarrollar la evolución de los derechos y deberes de especial protección constitucional. Esta es la diferencia entre las propuestas de regulación de las redes sociales frente a las iniciativas de regular su uso.

En esta última no se limitan las actuaciones de las redes sociales por cuanto están amparadas por la libertad digital, lo que se regula es el uso que de ellas hacen los usuarios frente a la convivencia digital, en aras de preservar derechos de protección constitucional especial.

Diferentes documentos de la Comunidad Europea han desarrollado directivas que se soportan en aspectos de mercado, suministro de servicios de telecomunicaciones, tratamiento de datos personales, transmisión y radiodifusión, licencias y otros más que tienen como protagonista a la red social y de antagonistas a sus usuarios. A manera de ejemplo se citan: la Directiva 2002/77/CE de la Comisión (16 de septiembre de 2002), sobre competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (7 de marzo de 2002), sobre el marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; y la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (7 de marzo de 2002), sobre el servicio universal y derechos de los usuarios con relación a redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

Considerar el uso de las redes sociales —mas no las redes sociales— como parte de una sociedad responsable consigo misma es entender que la Internet, bajo la neutralidad, es un nuevo Estado informático que igualmente debe ser parametrizado en su uso a efectos de evitar daño en los derechos humanos. Por ello la regulación en este escenario tiene como protagonista al usuario y de antagonista a la red social.

Para el desarrollo de la *responsabilidad social digital* deben adelantarse procesos de transformación cultural y jurídica con asidero en el *soft law*, como el primer escenario en el cual puedan desarrollarse como regla la libertad de las redes sociales pero reglamentadas en su uso. Un ejemplo de lo anterior podría ser la limitación en la edad exigida para tener acceso a las redes sociales. Véase que con este ejemplo se está verificando por parte de la sociedad la capacidad de ejercicio de la persona frente a las redes sociales y, a su vez, por la red social, la responsabilidad de quien hace uso de ella para eventuales vulneraciones frente a terceros.

La Corte Constitucional de Colombia ha considerado el *soft law* en los siguientes términos:

Además de los tratados, pactos y convenciones existen los instrumentos internacionales de derechos humanos que hacen parte del así denominado en la doctrina anglosajona *soft law*. Se trata de declaraciones o principios elaborados por expertos, relatores o cuerpos especializados que tienen un valor importante en la medida en que constituyen un desarrollo doctrinal sobre el alcance de determinados tratados de derechos humanos, sin embargo no tiene un carácter vinculante, a diferencia de los tratados. Esta Corporación ha sostenido que ciertos documentos que hacen parte del *soft law* tienen utilidad interpretativa de los tratados internacionales de derechos humanos y han sido empleados para establecer el alcance de las obligaciones del Estado colombiano en la materia. (C-257/2008, C. I. Vargas)

El efecto no vinculante del *soft law* pero de autoridad debe desarrollar en una primera etapa el uso de las redes sociales en cabeza de quienes las administran, sus usuarios, y finalmente los Estados a través de la generación de una política pública en la que reglas jurídicas, así como las decisiones judiciales y administrativas atiendan la libertad de la neutralidad de la internet. Un claro ejemplo de lo anterior es la declaratoria que hizo el Gobierno colombiano de la neutralidad de la internet en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, adoptado por la Ley 1450.56 como primera manifestación de una libertad digital.

Así las cosas, la fórmula para plantear una política pública frente al uso de las redes sociales, con un sistema que se soporte en el *soft law*, estaría desarrollada en la categoría de principios —no de reglas— de autorregulación, para que de esta manera se preserve la libertad en la internet. Por tal razón, la política pública regularía el uso de las redes sociales las cuales, y bajo autorregulación por parte

de estas, aplicarían una mínima injerencia en libertades digitales, pero igualmente procurarían la protección de derechos fundamentales.

El sistema de autorregulación se ha entendido como aquel que “constituye una alternativa de regulación flexible, cuyas reglas finalmente surgen del consenso entre agentes sociales y de mercado, como también de organizaciones encargadas de crear mecanismos, recomendaciones y códigos de conducta” (Arévalo Mutiz, Navarro Hoyos, García Leguizamón y Casas Gómez, 2011, p. 129).

La protección de derechos debe tener un equilibrio frente a las libertades. Es claro que la prevalencia de las libertades es una conquista de la humanidad que, sin embargo, debe también plantear las limitaciones de puntos mínimos en aras de mantener esa libertad en un nivel de equilibrio que no la constituya en libertinaje. Afirmar que se puede hacer a través de las redes sociales cualquier manifestación de las libertades significa contradecir la coexistencia de derechos y libertades. Ejemplos como los señalados anteriormente, en donde se vulneraron derechos fundamentales a través de redes sociales, son una muestra que evidencia la necesidad de adoptar políticas que garanticen una convivencia digital.

La convivencia digital es una realidad que debe advertir la humanidad, dado que ha generado espacios no presenciales para interactuar con fines personales, académicos, profesionales y económicos a través del internet y por medio de las redes sociales. Por ello la convivencia digital, al igual que la convivencia terrenal, debe desarrollar aspectos esenciales como la preservación de la honra, el buen nombre, la libertad de expresión, la protección especial de la niñez y de aquellas personas en estado de indefensión.

En la actualidad hay una vivencia digital que carece de convivencia digital en este entorno, lo que conlleva el deber de desarrollar políticas *públicas* equilibradas entre libertades, derechos, deberes y prohibiciones digitales.

Conclusiones

No puede confundirse la *regulación de redes sociales* con la *regulación del uso de redes sociales*.

En el caso colombiano no se evidencia una orden judicial que directamente le ordene a Facebook la adopción de medidas que tengan como objeto el amparo de derechos, en cuanto las que existen van dirigidas a los usuarios de la red social.

El uso indebido de la red social Facebook ha generado afectación de derechos fundamentales tanto de quienes hacen parte de esta como de quienes no lo son. En este último caso, bajo el fundamento de *estado de indefensión*.

Las reglas de Facebook frente a dirimir los conflictos judiciales en tribunales de los Estados Unidos han sido inaplicadas y, por ende, las controversias jurídicas han sido avocadas por el derecho interno al declararse el Estado como competente para conocer de demandas en contra de la red social.

La generación de una política pública debe estar soportada en una responsabilidad social digital, como primera etapa de protección de derechos fundamentales bajo el sistema de *soft law* e implementada a través de principios de autorregulación.

Las redes sociales deben desarrollar una responsabilidad social que regule su responsabilidad colectiva e individual frente a la afectación de derechos humanos.

Referencias bibliográficas

- Arévalo Mutiz, P. L., Navarro Hoyos, J. A., García Leguizamón, F. y Casas Gómez, C. (2011). Modelos de regulación jurídica de las redes sociales virtuales. *Via Juris*, (11), 109-135.
- Argentina, Ley 25690 de 2002. (28 de noviembre), Establécese que las empresas ISP (Internet Service Provider) tendrán la obligación de ofrecer software de protección que impida al acceso a sitios específicos. — Registrada bajo el N° 25.690 —
- Bardera, P. (2010). *Facebook presenta una demanda contra supuestos spammers*. Recuperado de <http://www.pcworld.com.mx/Articulos/10447.htm>
- Brandom, R. (2016). *Lawsuit claims Facebook illegally scanned private messages*. Recuperado de <http://www.theverge.com/2016/5/19/11712804/facebook-private-message-scanning-privacy-lawsuit>
- Corte Constitucional de Colombia (12 de marzo de 2008). Sentencia C 257. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia (8 de septiembre de 2010). Sentencia T 713. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional de Colombia (13 de julio de 2012). Sentencia T 550. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional de Colombia (29 de marzo de 2012). Sentencia T 260. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional de Colombia (11 de junio de 2014). Sentencia T 365. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional de Colombia (13 de septiembre de 2014). Sentencia T 634. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional de Colombia (19 de enero de 2015). Sentencia T 015. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de Colombia (10 de febrero de 2016). Sentencia T 050. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Cvria. (2015). *Tribunal de justicia de la Unión Europea. Comunicado de prensa n° 117/15*. Recuperado de <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117es.pdf>
- DiarioTi. (2015). *Demandan a Facebook por su gigantesca base datos con biometría facial*. Recuperado de <http://diarioti.com/demandan-a-facebook-por-su-gigantesca-base-datos-con-biometria-facial/87007>
- Bigas, N. (2016). *Facebook se hace mayor*. Recuperado de <http://www.uoc.edu/portal/es/uoc-news/actualitat/2016/017-facebook-aniversario.html>

- Dirigida. (2014). *Por 'daño moral', exige a Facebook 123 mdd*. Recuperado de http://www.dirigida.com.br/news/es_ar/por_dano_moral_exige_a_facebook_123_mdd_diario_digital_juarez/redirect_41910318.html
- DW. (2017). *Alemania: refugiado sirio pierde batalla judicial contra Facebook*. Recuperado de <http://www.dw.com/es/alemania-refugiado-sirio-pierde-batalla-judicial-contra-facebook/a-37845518>
- Europapress. (2016). *Padre de una víctima de los atentados de París demanda a Google, Twitter y Facebook por "ayudar" al EI*. Recuperado de <http://www.europapress.es/portaltic/socialmedia/noticia-padre-victima-atentados-paris-demanda-google-twitter-facebook-ayuda-isis-20160616144109.html>
- Facebook. (2015a). *Facebook*. Recuperado de <https://www.facebook.com/about/privacy/>
- Facebook. (2015b). *Qué información recopilamos*. Recuperado de <https://es-la.facebook.com/policy.php>
- Gardner, E. (2016). *Vincent Gallo Sues Facebook After Ex-Girlfriend Sends Nude Photos to "Fake" Vincent Gallo*. Recuperado de <http://www.hollywoodreporter.com/thr-esq/vincent-gallo-sues-facebook-girlfriend-894806>
- González Builes, N. (2014). La teoría de redes sociales y las políticas públicas. *Forum*, (6), 81-97. Recuperado de www.revistas.unal.edu.co/index.php/forum/article/download/52968/52592
- Juzgado Civil y Comercial Federal 8 de Buenos Aires. (2013). *Pablo A. Palazzi*. Recuperado de <http://palazzi.co/wp-content/uploads/2015/04/Argentina-Facebook-v.-Chavarini-final-decision.pdf>
- Kirkpatrick, D. (2011). *El efecto Facebook. La verdadera historia de la empresa que está conectando el mundo*. Barcelona, España: Gestión.
- Lahera, P. E. (2004). *Política y políticas públicas*. Recuperado de http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6085/S047600_es.pdf
- LaVoz. (2016). *Un fallo que estaba cantado: Facebook ganó la demanda contra "Face Book"*. Recuperado de <http://www.lavoz.com.ar/tecnologia/un-fallo-que-estaba-cantado-facebook-gano-la-demanda-contra-face-book>
- Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. (sf). *Usuarios de redes sociales en el mundo*. Recuperado de <http://www.mintic.gov.co/portal/604/w3-article-4425.html>
- Moreno, M. (2016). *Facebook ya tiene 1.500 millones de usuarios*. Recuperado de <http://www.trecebits.com/2016/01/28/facebook-ya-tiene-1-590-millones-de-usuarios/>
- Munson, L. (2015). *Papá demanda a Facebook después de 11 años de edad, las fotos compartidas y los mensajes con hombres*. Recuperado de <https://nakedsecurity.sophos.com/es/2015/09/14/dad-sues-facebook-after-11-year-old-shared-photos-and-messages-with-men/>
- Naciones Unidas. Asamblea General. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Núñez, J. (2015). *Los países que bloquean el acceso a redes sociales (y por qué)*. Recuperado de <https://applaus.com/los-paises-que-bloquean-el-acceso-a-redes-sociales-y-por-que/>
- República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Recuperado de <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>
- Reuters. (2014). *Miles de personas se suman a demanda contra Facebook*. Recuperado de <http://www.eluniverso.com/vida-estilo/2014/08/05/nota/3324806/miles-personas-se-suman-demanda-contra-facebook-austria>
- Reynaud, F. (2016). *La justice confirme que les tribunaux français peuvent juger Facebook*. Recuperado de http://www.lemonde.fr/pixels/article/2016/02/12/la-justice-francaise-est-competente-pour-juger-facebook_4864381_4408996.html?xtmc=gustave_courbet&xtcr=6
- Schnessel, S. y Gelber, M. (2015). *Israel Law Center demanda a Facebook por convertirse en 'paraíso' para sembrar el terror palestino*. Recuperado de <http://www.enlacejudio.com/2015/10/16/israel-law-center-demanda-a-facebook-por-convertirse-en-paraíso-para-sembrar-el-terror-palestino/>



COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Munita, R. (2020). Sobre la integración positiva del riesgo como fundamento de la responsabilidad civil y algunas de sus consecuencias desde la experiencia jurídica chilena y francesa. *Revista Jurídicas*, 17 (1), 187-202.
DOI: 10.17151/jurid.2020.17.1.10.

Recibido el 13 de marzo de 2019
Aprobado el 6 de junio de 2019

Sobre la integración positiva del riesgo como fundamento de la responsabilidad civil y algunas de sus consecuencias desde la experiencia jurídica chilena y francesa*

RENZO ESTEBAN MUNITA MARAMBIO** |

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto abordar la integración del riesgo en esquemas de responsabilidad civil vigentes en algunas latitudes. En el ejercicio se han revisado con especial interés fuentes normativas y de doctrina propias del derecho chileno como francés de la responsabilidad civil. Se concluye en que la consecuencia inmediata del riesgo, en cuanto fundamento del instituto resarcitorio, obedece a la formación de modelos de responsabilidad sin culpa, llegando en Francia a sentar las bases de un principio general de responsabilidad estricta por el hecho de las cosas. Nos manifestamos por suscribir el planteamiento en el que subyace el indicado principio; lo entendemos como una alternativa efectiva en aras de armonizar las alteraciones que provoca la multiplicación de esquemas sectoriales. Si bien en Chile el fenómeno aún no se presenta con fuerza, consideramos pertinente postular prospectivamente la herramienta, adoptando como parámetro la experiencia francesa.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad estricta, riesgo, daño, innovación, víctima

* Este artículo se enmarca en el Proyecto Fondecyt iniciación n.º 11190188: "La creación de riesgo no permitido como solución normativa causal en la causalidad difusa y alternativa en el ámbito sanitario: una propuesta para el sistema chileno".

** Doctor en Derecho por la Universidad Grenoble Alpes (UGA). Profesor Investigador en Universidad del Desarrollo, Chile. E-mail: renzomunita@udd.cl.
Google Scholar. ORCID: 0000-0003-2156-1416.



On the positive integration of risk as a foundation of civil liability and some of its consequences from the Chilean and French legal experience

ABSTRACT

This work aims to address the integration of risk in civil liability schemes in some latitudes. Normative and doctrinal sources of Chilean and French civil liability have been reviewed with special interest. It is concluded that the immediate consequence of the risk, as the foundation of the compensatory institute, obeys to the formation of no guilt liability models, arriving in France to lay the foundations of a general principle of strict liability for the fact of things. It is agreed to adhere to the approach underlying the indicated principle. It is understood as an effective alternative in order to harmonize the changes caused by the multiplication of sector schemes. Although in Chile the phenomenon does not yet appear strongly, it is pertinent to prospectively postulate the tool, adopting the French experience as a parameter.

KEY WORDS: ststrict liability, risk, damage, innovation, victim.

Introducción

Desde una perspectiva tradicional podemos indicar que la noción de riesgo ha dado lugar a una responsabilidad objetiva o sin culpa, también denominada responsabilidad estricta. Se ha postulado, como parte de la esencia de este tipo de responsabilidad, su escisión del paradigma subjetivo anclado en la negligencia, vinculando la acción que persigue el resarcimiento, exclusivamente, a la prueba del daño padecido y de la causalidad, con independencia de la demostración de comportamientos defectuosos (Rodríguez, 1992). No siendo necesaria la prueba de la culpa, el corazón del esquema que nos proponemos comentar se ancla en considerar como responsable a quien ha creado un riesgo (teoría del riesgo creado), o aquel que obtiene un beneficio de una actividad riesgosa en sí misma y que causa un daño (teoría del riesgo beneficio).

Con todo, y a decir verdad, no debería pensarse que un marco de responsabilidad por culpa no es también en parte objetivo, de aquí que se haya afirmado que la apreciación de la negligencia requiere de la valoración abstracta u objetiva del comportamiento en cuestión según un determinado y exigible estándar de conducta (Barros, 2006). Esto justifica, en definitiva, que sea la expresión *responsabilidad estricta* la que refleje de una manera más coherente la idea que hay detrás de la figura, y no la ya vetusta distinción entre responsabilidad objetiva y subjetiva.

Tampoco debería entenderse que un marco de responsabilidad estricta en nada se vincula con la culpa. Aquello es posible entenderlo desde la perspectiva de concebir a la culpa como una herramienta de distribución de riesgos, en este sentido, asumir que no existe mayor diferencia cualitativa entre ambos modelos, por cuanto la distinción entre ellos reposa —y esto es lo determinante— en lo cuantitativo. En otras palabras, la responsabilidad estricta se impregna de justificación cuando no es aceptable, en atención al riesgo representativo de la actividad, exigir de parte de la víctima la adopción de medidas de cuidado (Aedo, 2018). Es por lo anterior que, si la responsabilidad por culpa se focaliza en el comportamiento del agente, la sin culpa o estricta lo hace en el marco de la actividad.

La obra dogmática de la teoría del riesgo es atribuida a ilustres juristas: Sauzet (como se citó en Mazeau, 2010, p.109), Saleilles (1897) y Josserand (1897), entre otros. Su fundamento son los de la justicia distributiva y la solidaridad. Sin ser exenta de críticas (Planiol y Ripert, 1930), detectamos que el modelo de responsabilidad estricta que desarrollamos ha sido acogido no sólo en Francia, sino también en otras latitudes tributarias tanto del modelo latino continental (en Alemania puede verse Mataja como se citó en Kubica, 2015, p. 95; en Italia puede verse Orlando como se citó en Calabró, 2010, p. 188), como dependientes del sistema anglosajón (en particular, Estados Unidos, país que ha formulado la regla de la *strict liability*,

inspiradora de importantes normativas que han sido redactadas con independencia de la culpa más allá de sus fronteras. Sobre este punto, puede verse: Corral, 2011¹).

En fin, cabe destacar, que la pluma con la que se ha insertado y articulado jurídicamente el indicado fundamento se identifica, por regla general, en marcos sectoriales de responsabilidad civil. Ellos, normalmente, no pueden ser aplicados sin mediar una ley que lo establezca expresamente (el contexto chileno puede ser revisado en: Díaz, 2007). Esquemas que constituyen, en definitiva, verdaderos cuadros derogatorios del derecho común sostenido en la culpa. La excepción a la afirmación antes expuesta obedece al derecho francés. Toda vez que además de disponer de una abundante legislación sectorial sin recurso a la culpa, ha forjado un criterio general de responsabilidad estricta (u objetiva, como comúnmente la denominan los autores) por el hecho de las cosas.

Plan

Nos parece pertinente abordar este trabajo, ocupándonos en primer lugar, de una aproximación general al tratamiento positivo del sistema de responsabilidad inspirado en el riesgo, a sus fundamentos, y a una de sus manifestaciones más particulares: el principio general de la responsabilidad por el hecho de las cosas, destacada herramienta jurídica francesa (I). En un segundo lugar, pronunciarnos respecto de la actividad legislativa traducida en la adopción o en la omisión de esquemas sectoriales de responsabilidad estricta, punto en el que nos referiremos a la experiencia del derecho francés y la contrastaremos con la que se percibe en el chileno (II).

I. Aproximación general a la integración de la responsabilidad objetiva

La permanente percepción del riesgo en materias vinculadas al avance de las ciencias (Schamps, 1998) ha conducido al legislador de diversas latitudes a pronunciarse en virtud de la creación de cuerpos normativos sin culpa; configurándose así en un abanico de eventos cuyos presupuestos, una vez demostrados, confieren a la víctima un derecho indemnizatorio de difícil cuestionamiento. El criterio estricto al cual nos referimos se identifica con el propósito de advertir a un sujeto que, de configurarse un daño a consecuencia de la actividad riesgosa que realiza, su responsabilidad será ordenada sin necesidad de examen relativo al reproche de su conducta (Barros, 2006). La justificación de esquemas de responsabilidad sin culpa puede proyectarse a la luz argumentos de importancia. En Chile, el profesor Barros (2006) explora este punto y considera dentro de ellos razones de justicia correctiva y distributiva, de eficacia preventiva y de disminución de los costos

¹ En este sentido, la manifestación de la *strict liability* en materia del tratamiento de los daños derivados del hecho de los productos defectuosos ha iluminado al legislador europeo en la adopción de una tendencia similar a la del derecho estadounidense. Así lo apreciamos en los alcances de la Directiva de 1985 sobre productos defectuosos, y en consecuencia en legislaciones particulares de los países miembros de la Unión Europea.

administrativos del sistema de responsabilidad. A su turno, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, se desprende también lo analizado por el citado autor: la cuestión puede ser abordada desde el escenario de los incentivos. De aquí que se establezca que el eventual responsable, estando en condiciones razonables y previsibles de representarse el daño que potencialmente está en condiciones de provocar, podría abstenerse de correr el riesgo. El citado tratadista se apoya en autores exponentes del sistema anglosajón (Shavell, Epstein, Abraham, Posner, Coase) para reconocer que, desde el prisma del análisis económico de la responsabilidad civil,

se procura discernir la regla que otorga los incentivos adecuados para obtener un resultado óptimo desde el punto de vista del bienestar general. Asumido este supuesto, en general se coincide en que la estructura de incentivos de la responsabilidad por negligencia y estricta son equivalentes respecto a este fin. (Barros, 2006)

Más adelante, refiriéndose específicamente a la responsabilidad estricta sostiene el autor que se obtiene el mismo resultado. Así,

quien desarrolla la actividad va a tener que indemnizar a todas las víctimas de accidentes, de modo que tendrá incentivos para invertir en precauciones hasta el punto en que el gasto marginal en prevención deje de estar compensado por un ahorro en el pago de indemnizaciones. (Barros, 2006)

Por otra parte, el profesor Le Tourneau (2010) expone que el espíritu normativo en referencia favorecería la indemnización de las víctimas, mientras que la sujeción irrestricta a las normas del Código Civil, la dificultaría. De hecho, su objetivo principal correspondería a corregir los defectos del derecho común de la responsabilidad, garantizando a las víctimas una justa retribución en variados ámbitos (Le Tourneau, 2010). Esto la liberaría, por cierto, de la difícil prueba de la culpa (en cuanto a la dificultad que significa para las víctimas la demostración de la negligencia) (Abeliuk, 2014). El espíritu antes justificado ha sido objeto de análisis en el derecho comparado. La responsabilidad fundada en el riesgo, aunque ha impactado en mayor o menor medida a los países que la cobijan, a ninguno deja indiferente. El caso del derecho de la responsabilidad civil español es uno de ellos. El profesor L. Díez-Picazo afirma que la corriente relativa a la objetivación legislativa obedece a uno de los elementos de un proceso indemnizatorio favorable a las víctimas que ha tenido como punto de partida los años sesenta (Díez-Picazo, 1999). En el caso chileno ha sido la Corte Suprema la que ha establecido que “esta clase de responsabilidad (la estricta) requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que pueden generarla” (Corte Suprema, 15 de mayo de 2002, *Gaceta Jurídica*, n.º 263, p. 29. Puede verse en este sentido: Corral, 2013, p. 218). Por su parte, el profesor Barros hace referencia al derecho alemán y al inglés, indicando que en los respectivos ordenamientos jurídicos “parece

consolidada la práctica jurisprudencial de que los casos de responsabilidad estricta establecidos por la ley no pueden extenderse analógicamente a otras materias” (Barros, 2006). Por nuestra parte, nos parece interesante el caso del derecho portugués y del derecho brasilero pues en sus respectivos Códigos Civiles formulan legalmente el principio antes señalado². El ordenamiento jurídico francés, en cambio, es un tanto más complejo en este punto. El derecho común en el indicado país, presenta, en nuestro entender, un carácter binario. En efecto, además del recurso a la culpa del artículo 1240³ y 1241⁴ del Código Civil, se ha forjado por la jurisprudencia francesa una interpretación objetiva del inciso primero del artículo 1242⁵ del mismo Código, conformándose además, un marco de responsabilidad general denominado *por el hecho de las cosas*.

Cabe agregar que en el derecho francés de la responsabilidad moderno, aun cuando la culpa continua detentando una relevancia más que considerable (argumentando en favor de la culpa, puede verse Mazeaud, 1985; así como Le Tourneau, 2010, este último profesor enseña: “La noción de culpa es tan consustancial a nuestra civilización que es difícil de evacuarla: si se le pretende cazar por la puerta, ella entrará por la ventana”), su campo de acción ha sido objeto de una reducción no menos importante. La denunciada limitación deriva en gran medida del impacto del desarrollo científico y de la innovación en el esquema galo de responsabilidad. Este ha elevado al riesgo coexistente con dicho desarrollo a significar un fundamento de su responsabilidad civil. En efecto, importantes consecuencias del modelo de reparación vigente hoy en Francia, se deben a la denominada teoría del riesgo (como cuestionamiento a la teoría, puede verse: Brun, 2009).

El criterio jurisprudencial antes mencionado fue fruto de dos sentencias que constituyen un verdadero cambio de paradigma en el derecho galo. Así, en un fallo relativo a un litigio sobre accidente laboral, por la denominada sentencia *Teffain* (Casación, civil, 16 de junio de 1896, *Recueil périodique et critique mensuel Dalloz*, 1897, I, p. 433, nota R. Saleilles), fue condenado civilmente un empresario en atención a la explosión de una máquina a vapor que originó la muerte de un mecánico y que tuvo por causa un vicio en su construcción. Años más tarde, otra importante decisión, la sentencia *Jand'heur* (Casación, Cámaras reunidas, 13 de febrero de 1930, *Dalloz*, 1930, I, p. 57; *Sirey*, 1930, I, p. 121, nota P. Esmein), consagró definitivamente la figura, declarándose la responsabilidad objetiva de un

² Así, en el art. 483 inc. 2º del CC portugués se ordena: Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei; mientras que en el 927 del CC brasilero es establecido: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

³ Art. 1240: Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

⁴ Art. 1241: Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

⁵ Art. 1242: On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

conductor de un automóvil por los daños derivados del atropello a un peatón. La síntesis de ambas sentencias obedece a atribuir a quien tiene un poder de uso, control o dirección de una cosa, la responsabilidad por los daños que esta ha provocado, pudiendo solo la demostración de una causa extraña como caso fortuito, hecha de la víctima o hecha de un tercero, exonerarlo de su responsabilidad.

La figura indicada representa, en el derecho francés, un signo distintivo de su sistema jurídico que lo transforma en único. Dicha originalidad se aprecia en el ámbito de las soluciones que, en materia de responsabilidad, jueces franceses asignan al contencioso relativo a los accidentes vinculados al desarrollo. Tal es la importancia que se le atribuye a la aproximación que ha llegado a ser considerada como "irreemplazable" (Durry, 1999) y ha permitido a la jurisprudencia fundar satisfactoriamente indemnizaciones por daños en que la prueba de la culpa era imposible de producir.

Es del caso indicar, que la lectura alcanzada por la jurisprudencia francesa en esta materia, no se detecta al menos en la extensión defendida por el derecho francés, en otras latitudes. Así lo estima el profesor J.-S. Borghetti, luego de analizar el derecho italiano y el belga, respecto de los cuales su respectiva jurisprudencia ha formulado criterios cercanos (Borghetti, 2009).

Por otra parte, el recurso a las cosas u objetos peligrosos ha sido también un elemento considerado por otros sistemas indemnizatorios con el propósito de fundar una responsabilidad sin culpa (Büyüksagis y Van Boom, 2013). Aquello es apreciado en el Código Civil holandés, en materia del tratamiento de una responsabilidad estricta en el campo de cosas peligrosas. A primera vista, estas disposiciones dan la impresión de que el legislador holandés quería extender el alcance de una responsabilidad de pleno derecho a todos los objetos peligrosos que no estén cubiertos por normas especiales. Sin perjuicio de lo anterior, el ámbito de aplicación de los artículos 6:173⁶ (el cual resulta aplicable a bienes muebles peligrosos) y del artículo 6:174⁷ (el que se aplica a los bienes inmuebles peligrosos) no es tan amplio como pudiera parecer, toda vez que su aplicación debe circunscribirse respecto de aquellos objetos que no cumplen con los estándares de seguridad razonable. De aquí que la víctima deba argumentar que el objeto era defectuoso.

Tal como puede desprenderse, apreciamos que ambos modelos, francés y holandés, se distancian. Lo indicado, pues, mientras la legislación holandesa requiere la prueba de la peligrosidad de la cosa, vía demostración de su imperfección; para el derecho francés no es necesaria otra prueba más que la identificación de quien ejerce las facultades de uso, control o dirección. En este sentido, el demandado es responsable, no a causa de la naturaleza de la cosa, sino porque él ejerce las

6 Art. 6:173. Liability for dangerous equipment.

7 Article 6:174. Liability for dangerous constructed immovable things.

facultades de uso, control o dirección de la misma. Por otro lado, respecto de la práctica holandesa, se ha argumentado que el hecho de que la víctima tiene la carga de probar el incumplimiento en los estándares, no disminuiría el carácter estricto de la responsabilidad. Mientras que la aplicación de la máxima *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas) habría aliviado las dificultades relativas de esta carga (Büyüksagis y Van Boom, 2013). Dicha afirmación nos parece incorrecta, pues la máxima apuntada debe ser entendida como una herramienta necesaria para configurar la culpa del agente. La cual no tendría razón de existir si el marco jurídico en el cual se desarrolla el modelo de responsabilidad fuera estricto.

Volviendo al cuadro francés, si bien la interpretación normativa ha logrado impregnar de objetividad un apartado del Código Civil, que originariamente fue considerado como una transición entre la regla general de la culpa y especiales disposiciones aplicables a la responsabilidad por el hecho de las cosas (1243⁸ - aplicable a animales -, y 1244⁹ - aplicable a la ruina de edificios), una parte de la doctrina francesa desconoce el potencial de la figura y la reduce a “daños de la vida corriente y accidentes de transporte ferroviario” (Grynbaum, 2004). Lo anterior ha motivado al profesor Borghetti (2010) a cuestionar el interés por seguir empeñados en la defensa del principio, recibiendo en contra fundadas opiniones de parte del también destacado jurista Ph. Brun (2010).

Por nuestra parte, nos permitimos considerar que la responsabilidad general por el hecho de las cosas es necesaria. Prueba de ello es que los proyectos de reforma al derecho francés de la responsabilidad civil la incorporen en sus textos. En este sentido, el proyecto Catalá la formula en el art. 1354¹⁰, mientras que el proyecto de la cancillería presentado el 13 de marzo de 2017 hace lo propio en el inciso primero del art. 1243¹¹, agregando que su aplicación recae sobre los daños producidos por cosas corporales.

De conformidad a lo anterior, estimamos que el criterio es un instrumento eficaz en la protección de las víctimas y no sólo de contingencias cotidianas. De hecho, la protección alcanza incluso daños vinculados con la tecnología (Corte de Casación, 2da civil, 24 febrero 2000, n.º 98-17.861, sobre la responsabilidad de una empresa propietaria de una sustancia química que se vertió y generó contaminación), demostrando ello la extensión de su campo de aplicación.

⁸ Art. 1243: Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé.

⁹ Art. 1244: Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction.

¹⁰ Art. 1354: On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses que l'on a sous sa garde.

¹¹ Art. 1243: On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses corporelles que l'on a sous sa garde.

Sin perjuicio de lo expuesto, el desarrollo de las ciencias y la especificidad de sus riesgos, ha exigido también en Francia, la dictación de una abundante producción legislativa especial, la cual ha sido objeto de críticas, punto que abordaremos a continuación y la contrastaremos con la actividad legislativa que en este sentido es detectable en el derecho chileno.

II. Responsabilidad objetiva y fragmentación legislativa. Sus consecuencias

Como consecuencia del desarrollo de las técnicas, se constata en el derecho francés de la responsabilidad civil un fenómeno de fragmentación legislativa. En este sentido, el tratamiento de las contingencias vinculadas a la innovación ha impulsado una abundante producción de modelos de responsabilidad estricta o sin culpa, configurando un importante derecho sectorial **(A)**. En otros países, por su parte, se aprecia un menor interés en el legislador por abordar el problema de los riesgos, bajo una aproximación sectorizada. Tal es el caso del derecho chileno en el cual el fundamento de la responsabilidad no es otro que la culpa, en circunstancias que el riesgo es confinado a disposiciones particulares, sin haber sido jamás entendido como indispensable en el espíritu del instituto resarcitorio.

No estamos de acuerdo con la pasividad del legislador chileno. Creemos que existen materias que en atención a la magnitud de riesgos que representan, a nuestro juicio, requieren de una regulación jurídica diversa a la propia del derecho común **(B)**. Con todo, el exceso en la fragmentación tampoco es aconsejable. De aquí que el recurso a un modelo general de responsabilidad estricta por el hecho de las cosas constituya una herramienta recomendable, al menos respecto de daños vinculados con la innovación.

A. El Derecho francés de la responsabilidad y su abundante producción legislativa de corte objetivo

El Derecho francés representa una materialización de la tendencia a privilegiar la especialidad normativa, verificándose como efecto una multiplicación de una de las condiciones de la responsabilidad civil: el hecho generador. El primer pronunciamiento legislativo galo en esta línea correspondió a la ley sobre accidentes laborales del 9 de abril de 1898, en cuya virtud se permitió, por primera vez, el resarcimiento del daño sin necesidad de probar la culpa del responsable.

Posteriormente, el desarrollo normativo ha abarcado diversas materias vinculadas a la innovación. Entre otras, la legislación sobre: explotación de aeronaves, del 31 de mayo de 1924 (actualmente derogada en virtud de la versión consolidada del *Code d'aviation* civil del 5 de abril de 2015); vacunación obligatoria, Ley n.º 64-643 del 1 de julio de 1964; energía nuclear, Ley n.º 65-956 del 12 de

noviembre de 1965; contaminación por hidrocarburos, Ley n.º 77-530 del 26 de mayo de 1977; accidentes de circulación, Ley n.º 85-677 del 5 de julio de 1985; investigación biomédica, Ley 88-1138 del 20 de diciembre de 1988; productos defectuosos, Ley n.º 98-389 del 19 de mayo de 1998; responsabilidad médica, ley n.º 2002-1577 del 30 de diciembre de 2002; prevención de riesgos tecnológicos y naturales y prevención de estos daños, Ley n.º 2003-699 del 30 de julio de 2003; organismos genéticamente modificados, Ley n.º 2008-595 del 25 de junio de 2008; responsabilidad medioambiental, Ley n.º 2008-757 del 1 de agosto de 2008; y, ensayos nucleares, Ley n.º 2010-2 del 5 de enero de 2010.

Si bien una parte de la doctrina francesa ha explicado la actividad legislativa, enunciada como una herramienta tendiente al fortalecimiento en cuestiones relativas a la seguridad, frente a la existencia de amenazas reales y potenciales que traducidas en daños pueden afectar a un gran número de víctimas (Lagadec, 1982). Otro segmento de ella la ha criticado bajo el argumento de la falta de coherencia normativa en términos de conjunto. Desde este último criterio, la actual diversificación de los focos de responsabilidad en el derecho francés no colaboraría mayormente con la búsqueda de un esquema equilibrado de resarcimiento de los daños (Brun, 2001; Leduc, 2001) el cual sería objetable incluso desde la perspectiva de alterar el principio de igualdad ante la ley, según lo acusa la profesora Lambert-Faivre (2009). A su turno, el profesor Le Tourneau (2010), además de exponer que el derecho de la responsabilidad en Francia está compuesto por un derecho de “delitos especiales”, enseña que este es cada día más complicado e injusto (Le Tourneau, 2010). Incluso llega a afirmar que se trata de un esquema fragmentario, compuesto por trozos, el cual se caracteriza por la constatación de lagunas, y que está lejano a una organización armónica (Le Tourneau, 2010).

Las bondades de los cuerpos objetivos versus el cuestionamiento en una producción en gran escala de los mismos nos motivan a examinar el fenómeno en referencia, considerando que una intensa actividad legislativa implica posibilidades de pérdida del espíritu sistémico de un ordenamiento.

La alteración podría materializarse tanto en situaciones de incertidumbre en materia de estatuto de responsabilidad aplicable a un caso concreto (por existir varios eventualmente aplicables), como un desigual tratamiento jurídico del daño (limitaciones normativas en la reparación). Así, se constata como algunas leyes especiales tratan de manera más favorable que otras, o que el mismo Código Civil, el resarcimiento de determinados perjuicios. De aquí que sean completamente legales y ajustados a derecho escenarios de tratamiento desigual del daño que podrían ser catalogados de eventos que dan lugar a soluciones impregnadas de una forzada arbitrariedad. En este contexto, reconocemos la existencia de legislaciones que no reconocen límites en cuanto a la

indemnización del daño corporal¹², mientras que en aplicación de otras puede ser rechazada la indemnización, cuando los presupuestos fácticos del hecho que han dado lugar al daño no coinciden exactamente con las bases establecidas por el legislador para dar lugar al resarcimiento. A modo de ejemplo, se ha rechazado que una víctima de un accidente laboral pueda acogerse a un Fondo de Garantía, en circunstancias que lo que motivó el accidente fue una acción penalmente tipificada de un colega de trabajo (Corte de Casación, 2da. Civil, 7 de febrero de 2008, n.º 07-10.838, *La Semaine Juridique - Édition Générale*, 2008, II, p. 10056).

El fenómeno constatado en el derecho francés de la responsabilidad difiere del escenario legislativo chileno, según podremos apreciar.

B. El Derecho chileno de la responsabilidad y su escasa producción legislativa de corte objetivo

Es del caso hacer presente que el derecho chileno de la responsabilidad se sujeta en un principio general y abstracto que consiste en la prohibición de causar daño a otro. Dentro de las normas de las que se infiere esta aproximación destacan el artículo 2314¹³ y el encabezado del artículo 2329¹⁴, ambos del Código Civil. Por su parte, dicho principio exige, por regla general, la demostración en el actuar negligente del responsable. De aquí que nuestro esquema resarcitorio sea esencialmente subjetivo.

Es por lo anterior, es que “la responsabilidad en base de culpa, que es la de nuestro Código Civil, constituye la doctrina clásica o tradicional en materia de responsabilidad” (Alessandri, 1983). Así, para el derecho chileno, la culpa “resulta aplicable a todos los casos que no están regidos por una regla especial diversa” (Barros, 2006). Esto “no obsta a la perspectiva moderna del “Derecho de Daños” que busca alivianar el peso probatorio de la víctima mediante mecanismos objetivadores de la culpa; lo que vale para víctimas de los establecimientos públicos como privados de salud, por lo que es correcto hablar de “culpa objetivada” (Tocornal, 2014).

El fundamento subjetivo ha sido igualmente reconocido por la jurisprudencia. La Corte Suprema ha ordenado:

¹² Así, por ejemplo, la ley relativa al establecimiento de una servidumbre de sobrevuelo en beneficio de teleféricos, del 8 de julio de 1941, en su art. 6, ordena: “El constructor o la empresa a cargo de la explotación comercial de un teleférico es responsable de pleno derecho de los daños causados a las personas y a los bienes, por el paso de los cables y cabinas o por los objetos que se desprendan. Esta responsabilidad no puede ser atenuada o descartada que por la prueba de la culpa de la víctima”.

¹³ Art. 2314: El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

¹⁴ Art. 2329: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.

el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares o el Estado y que, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que puedan generarla. (Corte Suprema, 15 de mayo de 2002, ya citada)

No existe, entonces, en Chile un esquema binario, en cuanto a fundamentos de responsabilidad; tal como se aprecia en Francia. Así las cosas, no existe en el derecho chileno una norma similar al inciso primero del art. 1242 del Código Civil francés. De manera tal que no es posible, ni por principio, ni por interpretación acoger un planteamiento similar al de la responsabilidad por el hecho de las cosas, sobre el que nos pronunciamos más arriba.

Con todo, el Código Civil chileno consagra dos particulares disposiciones impregnadas de una cuestionada objetividad¹⁵. Ellas dicen relación con los daños cometidos por un animal fiero (art. 2323 del Código Civil)¹⁶ y por los ocasionados a consecuencia de la ruina de un edificio (art. 2323 del Código Civil)¹⁷, sobre las cuales no nos detendremos.

Saliendo de la órbita del Código Civil chileno constatamos la existencia de un grupo de leyes especiales que constituyen una excepción al modelo tradicional de responsabilidad fundado en la culpa, que para un autor constituyen una manifestación de la teoría del riesgo en su modalidad de beneficio o creado (Corral, 2013, p. 223). Sin perjuicio de lo anterior, en el contexto que nos interesa, más allá que normas relativas a la responsabilidad por daños nucleares (Ley 18.302 sobre seguridad nuclear de 2 de mayo de 1984), de aquellas que dicen relación con la responsabilidad por derrames de hidrocarburos (DL 2222 de 31 de mayo de 1978, que sustituye la ley de navegación), o relativas a daños derivados de productos sanitarios defectuosos (Ley n.º 20.850 de 06 de junio de 2005), la legislación nacional no ha abordado desde el prisma de la objetividad los problemas de daños vinculados a las nuevas tecnologías. En conformidad a lo anterior, la negligencia constituye el pilar central en el tratamiento indemnizatorio de contingencias vinculadas a la innovación.

En sentido de lo indicado, exponemos que incluso nuestro marco normativo en materia de responsabilidad medio ambiental no se concibe separado de

¹⁵ En efecto, se detectan autores que sostienen que se trata más bien de supuestos de culpa presunta. *Cf.* Corral, 2013, p. 329 y ss.

¹⁶ Art. 2327: "El daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio, será siempre imputable al que lo tenga, y si alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído.

¹⁷ Art. 2323: "El dueño de un edificio es responsable a terceros (que no se hallen en el caso del artículo 934), de los daños que ocasione su ruina acaecida por haber omitido las necesarias reparaciones, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia. / Si el edificio perteneciere a dos o más personas proindiviso, se dividirá entre ellas la indemnización a prorrata de sus cuotas de dominio".

la negligencia¹⁸, pudiendo el agente liberar su responsabilidad, en todo caso, mediante la demostración de su ausencia de culpa. Lo anterior nos separa de la tendencia extranjera en esta materia; por ejemplo, en atención al espíritu adoptado por la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental pronunciada en el seno de la Unión europea¹⁹.

Respecto de este punto, creemos que hay materias en las que el legislador chileno ha omitido su tratamiento en circunstancias que el derecho extranjero se ha ocupado de ellas con especial interés. Lo anterior, en atención a la magnitud de riesgos que dichas actividades representan sea potencial o efectivamente²⁰, y que en virtud de la doctrina del riesgo beneficio deberían ser asumidos por quien desarrolla la actividad lucrativamente²¹. En este sentido, en nuestro país no se ha abordado aún la contingencia de los daños derivados de la liberación de organismos genéticamente modificados (OGM)²². Creemos que una materia como la señalada²³ merece una normativa especial que salga de los marcos del derecho común aplicable, que no resuelva las eventuales contingencias mediante una remisión a los ya citados artículos 2314 y/o 2329 del Código Civil, o del referido artículo 51 de la ley de Bases del Medio Ambiente.

Es del caso indicar que varias normativas extranjeras (sobre este punto, puede verse: *Restrictions on Genetically Modified Organisms*, 2014), entre ellas en Francia (artículo L-663-4, Código Rural)²⁴ y Reino Unido (sobre este punto, puede verse: *The Environmental Damage (Prevention and Remediation Regulations*, 2015, p. 23), han seguido el criterio de la Unión Europea (Directiva 2004/35/CE, Directiva

¹⁸ En efecto, la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente establece un sistema sujetado en la culpa, al señalar en su artículo 51 inc. 1° que “todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo conforme a la presente ley”.

¹⁹ En este sentido, la Directiva 2004/35/CE. La citada normativa representa el primer texto legislativo comunitario en el que se expuso el principio de “quien contamina paga”, como uno de sus objetivos principales, estableciendo un marco común de responsabilidad objetiva con el fin de prevenir y reparar los daños y las amenazas inminentes de daños causados a los animales, las plantas, los hábitats naturales y los recursos hídricos, así como los daños que afectan a los suelos (art. 3 a). Sin perjuicio de lo anterior, la Directiva en referencia admite un régimen dual, esto es, contempla asimismo un recurso a la responsabilidad por culpa. Éste es invocable como mecanismo indemnizatorio por los daños causados a especies y hábitats naturales protegidos, a causa de actividades no señaladas en el Anexo 3, en dichas situaciones habrá que recurrir a la prueba de la negligencia.

²⁰ En cuanto a los riesgos representativos por OGM, puede verse: Corti, 2008, p. 45.

²¹ Sobre este punto, puede verse: Figueroa, 2005, p. 157.

²² La normativa chilena relativa a los organismos genéticamente modificados se limita a las disposiciones de la Ley 20.417 de 12 de enero de 2010, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental, y la Superintendencia del Medio Ambiente. El legislador no se pronuncia respecto de marcos de responsabilidad aplicable, sólo se refiere a cuestiones relativas a la gestión del riesgo.

²³ Sobre este punto puede verse Rebolledo, 2012, p. 191; Kemelmajer de Carlucci, 2005, p. 173 y

²⁴ Art. L. 663-4: Tout exploitant agricole mettant en culture un organisme génétiquement modifié dont la mise sur le marché est autorisée est responsable, de plein droit, du préjudice économique résultant de la présence accidentelle de cet organisme génétiquement modifié dans la production d'un autre exploitant agricole, lorsque sont réunies les conditions suivantes (...).

2001/18/CE)²⁵, en la línea de regular la cuestión de los riesgos potenciales y ciertos derivados de la explotación de OGM, desde una vereda separada a la de la culpa.

Conclusión

En estas breves líneas hemos pretendido referirnos a la integración, verificada en algunas latitudes, de la responsabilidad estricta fundada en el riesgo. Importante ha resultado para nosotros el análisis del derecho francés de la responsabilidad civil el cual, más allá de seguir una técnica legislativa de sectorización, ha sentado las bases de un principio general de responsabilidad estricta fundada en el hecho de las cosas. El indicado criterio ha justificado jurídicamente la prescindencia a la culpa como fundamento resarcitorio que normalmente es requerido por las legislaciones contemporáneas en el tratamiento de la acción indemnizatoria. La técnica es desde luego útil, debido a su amplitud y pertinencia. De aquí que permanezca en los proyectos de reforma al derecho galo de la responsabilidad civil.

Más allá de lo anterior, y ahora desde el análisis de la técnica de fragmentación en el tratamiento de eventos de riesgo, o de las contingencias vinculadas a la innovación, se constatan dos tendencias: una caracterizada por la actividad legislativa que aborda la cuestión mediante la creación de regímenes sectoriales de responsabilidad sin culpa; y otra que se caracteriza por la pasividad del normador, cobrando aplicación el régimen supletorio propio del derecho común sostenido en la negligencia.

Estimamos que el desarrollo exagerado de la técnica normativa sin culpa puede generar inconvenientes vinculados al estatuto jurídico aplicable a la contingencia, como respecto del tratamiento de los daños indemnizables. Aquello no puede servir de argumento para evitar la aproximación estricta, derivando la lectura de los riesgos concretizados según principios anclados en el derecho común y en la prueba de la culpa. Es por lo anterior que la reflexión moderada de especiales marcos legislativos sin culpa aplicables a materias particulares, como por ejemplo, las relativas a los OGM, las consideramos en sí mismas necesarias en el afán de proteger a las eventuales víctimas de daños provenientes de la innovación científica y tecnológica. La moderación antes evocada debe entenderse en consonancia con la incorporación de un modelo de responsabilidad general por el hecho de las cosas, toda vez que la ductilidad del mismo contribuye en auxiliar a la víctima frente a un daño, respecto del cual carezca de norma particular que lo libere de la prueba de la negligencia.

²⁵ Así, entre los eventos que podrían dar lugar a la responsabilidad sin culpa comprendida por la Directiva 2004/35/CE, se reconoce a "toda liberación intencional en el medio ambiente, transporte y comercialización de organismos modificados genéticamente de acuerdo con la definición de la Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo", tal como lo expresa el n° 11 de su Anexo 3.

El derecho debe evolucionar en la medida en que las vocaciones sociales se desarrollan, y uno de los requerimientos que se imponen es la creación de un moderno esquema resarcitorio, garantista y efectivo.

Desde luego que el análisis va de la mano con el estudio de otras herramientas jurídicas en la misma dirección, tales como: seguros y fondos de garantía, que tienen por objeto complementar el diseño resarcitorio que proyectamos, y sobre los cuales profundizaremos en posteriores estudios.

Referencias bibliográficas

- Abeliuk, R. (2014). *Las obligaciones*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- Aedo, C. (2018). *Culpa Aquiliana. Una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- Alessandri, A. (1983). *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*. Santiago, Chile: Ediar Editores Ltda.
- Barros, E. (2005). *La culpa en la responsabilidad civil, en serie Ensayos Jurídicos*. Santiago, Chile: Universidad Alberto Hurtado.
- Barros, E. (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
- Borghetti, J.S. (2009). *La responsabilité du fait des choses et / ou du fait des activités dangereuses, Synthèse comparative, GRERCA, Univ-Rennes 1*. Recuperado de http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/268/268671_jsborghetti.pdf
- Borghetti, J.S. (2010). *La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps*, Revue trimestrielle de droit civil. París, Francia: Dalloz.
- Brun, Ph. (2001). *Rapport introductif en La responsabilité à l'aube du XXIe siècle, Bilan prospectif, Responsabilité civile et assurances*. París, Francia: LexisNexis.
- Brun, Ph. (2009). *Responsabilité civile extracontractuelle*. París, Francia: LexisNexis.
- Brun, Ph. (2010). *De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses. Et de quelques autres considérations sur ses prétendues répercussions négatives en droit des obligations*, Revue trimestrielle de droit civil. París, Francia: Dalloz.
- Büyüksagis, E. y Van Boom, W. H. (2013). *Strict Liability in Contemporary European Codification: Torn between Objects, Activities, and Their Risks*. *Georgetown Journal of International Law*, 44 (2). Recuperado de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2257859#
- Calabró, G. (2010). *La nozione di responsabilità tra teoria e prassi*. Padua, Italia: CEDAM.
- Corral, H. (2011). *Responsabilidad por productos defectuosos*. Santiago, Chile: Abeledo-Perrot.
- Corral, H. (2013). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago, Chile: Legal Publishing.
- Corti, J. (2008). *Responsabilidad derivada de la utilización de organismos genéticamente modificados y la redistribución del riesgo a través del seguro*. Madrid, España: Fundación Mapfre.
- Díaz, R. (2007). *Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno*. *Revista de derecho*, 14(1), 79-112.
- Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid, España: Civitas.
- Durry, G. (1999). *L'irremplaçable responsabilité du fait des choses, en L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*. París, Francia: PUF.

- Figuerola, G. (2005). Las soluciones tradicionales de la responsabilidad civil frente al riesgo ecológico de los tiempos que corren. En M. Buxó. y M. Casado (coords.), *Riesgo y Precaución. Pasos hacia una bioética ambiental*. Barcelona, España: Residencia de Investigadores CSIC-Generalitat de Catalunya.
- Grynbaum, L. (2004). La Responsabilité du fait de choses inanimées. *Répertoire du Droit Civil*. París, Francia: Dalloz.
- Josserand, L. (1987). *De la responsabilité du fait des choses inanimées*. París, Francia: Arthur Rousseau.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2005). Responsabilidad Civil y Transgénicos. En M. Buxó. y M. Casado (coords.), *Riesgo y Precaución. Pasos hacia una bioética ambiental*. Barcelona, España: Residencia de Investigadores CSIC-Generalitat de Catalunya.
- Kubica, M. (2015). *El riesgo y la responsabilidad objetiva* (tesis de doctorado). Universitat de Girona, Girona, España.
- Le Tourneau, P. (2010). *Droit de la Responsabilité et des Contrats*. París, Francia: Dalloz.
- Lagadec, P. (1982). *La civilisation du risque, Catastrophes technologiques et responsabilité sociale*. París, Francia: Seuil.
- Lambert, Y. (2009). *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*. París, Francia: Dalloz.
- Leduc, F. (2001). *L'œuvre du législateur moderne: vices et vertus des régimes spéciaux en La responsabilité à l'aube du XXIe siècle, Bilan prospectif*, Responsabilité civile et assurances. París, Francia: LexisNexis.
- Mazeau, L. (2010). *La responsabilité des professionnels exploitants une activité à risque*. Toulouse, Francia.
- Mazeaud, H. (1985). *La faute objective et la responsabilité sans faute*. París, Francia: Dalloz, chronique.
- Planiol, M. y Ripert, G. (1930). *Traité pratique de Droit Civil Français*. París, Francia: Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Rebolledo, S. (2012). La relación entre los riesgos, la precaución y la responsabilidad, en los daños al medio ambiente por la liberación de organismos genéticamente modificados. *Revista de Derecho Ambiental de la Universidad de Palermo*, (1), 189-233.
- Rodríguez, P. (1992). *La obligación como deber de conducta típica (La teoría de la imprevisión en Chile)*. Santiago, Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Saleilles, R. (1897). *Les accidents de travail et la responsabilité civile*. París: Francia, Arthur Rousseau.
- Schamps, G. (1998). *La mise en danger: Un concept fondateur d'un principe général de responsabilité*. París, Francia: LGDJ.
- Tocornal, J. (2014). *La responsabilidad civil de clínicas y hospitales*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.



COMO CITAR ESTE ARTÍCULO:

Gómez-Mejía, J. (2020). Víctimas y victimarios: consideraciones sobre el caso de un asesino en serie. *Revista Jurídicas*, 17 (1), 203-217.
DOI: 10.17151/jurid.2020.17.1.11.

Recibido el 24 de enero de 2019
Aprobado el 6 de junio de 2019

Víctimas y victimarios: consideraciones sobre el caso de un asesino en serie

JULIANA GÓMEZ-MEJÍA* |

RESUMEN

Este artículo discute la relación entre víctimas y victimarios a partir de un contexto concreto: el caso del asesino en serie de niños, Luis Alfredo Garavito que conmovió a la sociedad en 1999 por la brutalidad de sus homicidios y que refleja la forma en la que las víctimas se pueden convertir en victimarios cuando el contexto socioeconómico y cultural genera ciertas condiciones a través del tiempo. Se analiza el caso desde el punto de vista criminológico y forense y se propone una reflexión desde una perspectiva sociocultural acudiendo a contextos explicativos y a relaciones entre cultura, conducta y violencia. Teniendo en cuenta la perspectiva de los eventos adversos en la infancia se reflexiona sobre la situación de vulnerabilidad de las víctimas, especialmente cuando se trata de niños y la forma en que las diferentes violencias a las que se enfrentan, los ubica en un espacio potencial de posibles victimarios.

PALABRAS CLAVE: violencia, maltrato infantil, antropología, Colombia.

* PhD en Ciencias Biológicas, Universidad de São Paulo, Brasil. Docente Departamento de Antropología y Sociología Universidad de Caldas. Miembro del Grupo de Investigación Comunicación, Cultura y Sociedad. E-mail: juliana.gomez@ucaldas.edu.co. [Google Scholar](#).
ORCID: 0000-0003-3620-1798..



Victims and victimizers: considerations on the case of a serial killer

ABSTRACT

This article discusses the relationship between victims and victimizers from a specific context: the case of the serial killer of children, Luis Alfredo Garavito, who shocked society in 1999 for the brutality of his murders and which reflects the way in which victims can become victimizers when the socio-economic and cultural context generate certain conditions over time. The case is analyzed from the criminological and forensic point of view and a reflection is proposed from a sociocultural perspective going to the explanatory contexts and relationships between culture, behavior and violence. Taking into account the perspective of adverse events in childhood, a reflection is made on the vulnerability of the victims, especially when it comes to children and the way in which the different types of violence they face place them in a potential space of possible victimizers.

KEY WORDS: violence, child abuse, anthropology, Colombia.

Introducción

Esta problemática se inscribe en el contexto de violencia que históricamente ha padecido Colombia, especialmente aquella con representación y expresión en el aspecto sexual. La mayoría de las víctimas son las mujeres y los niños, concretamente aquellos que viven en áreas rurales o de estratos socioeconómicos bajos. En este contexto aparece hace más de 15 años un hombre que atacaba niños como los descritos anteriormente, era Luís Alfredo Garavito Cubillos, quien enfocó su ruta asesina especialmente en el Valle del Cauca y el Eje Cafetero, sin dejar de lado otros ocho departamentos del país. Sus crímenes conmocionaron a la sociedad en 1999, cuando las autoridades lograron determinar que había relación entre los casos que se estaban presentando en varias ciudades del país desde 1992 y determinar que se trataba de un asesino en serie¹. Esta tardanza implicó que durante esos años murieran más de 140 niños los cuales aparecían años después en cañaduzales y sitios boscosos completamente esqueletizados, dificultando en gran medida el proceso de identificación y la entrega a sus familiares.

La trayectoria de los asesinatos inicia en octubre de 1992 y termina en abril de 1999, siendo las víctimas niños en edades comprendidas entre los 8 y 14 años. Finalmente, Garavito fue capturado en la ciudad de Villavicencio el 22 de abril de 1999, se le practicaron pruebas psicológicas y psiquiátricas con lo cual fue declarado imputable² y sentenciado a 52 años de cárcel por el delito de homicidio agravado y acceso carnal violento en el grado de tentativa, por el cual fue capturado.

Los aspectos por resaltar en este artículo se centran en tres ideas. La primera tiene que ver con que en la formación de un victimario no solo intervienen aspectos biológicos y psicológicos inherentes al individuo y a su historia particular de vida, sino que también inciden de manera sustancial factores históricos, sociales y culturales específicos del contexto en el que el individuo nace y crece. En segundo lugar, se debe resaltar que en el abordaje que hacemos como sociedad de un fenómeno criminal de esta magnitud, intervienen aspectos culturales

¹ Este concepto se le aplica a quienes matan en forma reiterada, con intervalos entre uno y otro crimen, sin motivación aparente, ejecutando al menos tres homicidios, sin tener en cuenta el número de víctimas implicadas en cada episodio. Se indica que pueden ser heterosexuales u homosexuales, los cuales cometen homicidios dentro de un mismo grupo étnico y en más del 60% de los casos dentro de una ciudad o territorios definidos. Los asesinos en serie planifican sus acciones, son metódicos y tienen una conducta ritualizada, donde el control, la dominación y el poder son las motivaciones más frecuentes. En la escena del crimen reproducen una fantasía con los elementos que intervienen. Hay claros indicios para señalar que la mayoría de asesinos seriales tienen experiencias infantiles de maltrato, generalmente provienen de familias inadecuadas en las que el castigo, la disciplina injusta y arbitraria y la hostilidad eran comunes. Los asesinos psicópatas presentan conductas irracionales y vacío emocional, buscan experiencias fuertes y no sienten miedo, no tienen conciencia sobre lo bueno y lo malo y no temen el castigo, por lo tanto, sus relaciones humanas carecen de significado, lo que los hace hábiles manipuladores y explotadores. Algunos presentan conducta social normal y nadie nota su psicopatía (Valencia, 2003).

² Según el artículo 33 del Código Penal colombiano, sería **inimputable** "quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. No será inimputable el agente que hubiera pre-ordenado su trastorno mental".

relacionados con la construcción de valores sobre lo permitido y lo prohibido que distancian y silencian la influencia que tiene la misma sociedad en su formación y permanencia. Finalmente, se considera que la violencia implícita en casos como estos no puede estudiarse como un defecto aislado, individual y a-histórico, sino que, por el contrario, se deben analizar los aspectos biológicos, sociales, políticos, geográficos, económicos y culturales que intervienen tanto en la formación del victimario como en la situación de vulnerabilidad que rodea a las víctimas.

El acercamiento a un fenómeno violento de tanto impacto puede hacerse teniendo en cuenta el contexto específico de los hechos. Franco (1999) define los contextos explicativos, como un conjunto específico de condiciones, situaciones culturales, económicas y político-sociales en las cuales se hace racionalmente posible entender la presentación y desarrollo de un fenómeno y caracteriza estos contextos en relación con su naturaleza: económicos, políticos, culturales, religiosos, etc.; aclarando que muchas veces estos contextos se encuentran y se entrecruzan unos con otros (Franco, 1999). La situación de víctimas y victimarios en el caso Garavito es precisamente una interacción entre diversos contextos que pueden explorarse para comprender cómo este fenómeno de violencia y conducta desviada está inmerso en prácticas, concepciones e ideas sociales, las cuales generalmente se invisibilizan, reforzando así sus condiciones de existencia.

La compleja relación entre víctimas y victimarios

Luis Alfredo Garavito nació el 25 de enero de 1957 en la zona rural del municipio de Génova (Quindío), región que desde principios de siglo fue afectada intensamente por la violencia (Duque y González, 1993). La guerra de los 1000 días y la guerra bipartidista de los años 50 dejaron grandes estragos a su paso por la región y marcas imborrables en la memoria colectiva de sus habitantes y descendientes. La sociedad en la que nació Garavito era producto de la colonización antioqueña, con una economía agrícola de montaña basada en el café y el plátano, católica, machista y con alta violencia de género e intrafamiliar, debido a los múltiples conflictos sociales que la habían engendrado.

La violencia, nombre dado a los hechos sangrientos de las décadas de 1940, 1950 y 1960, se caracterizó por asesinatos colectivos a campesinos en varias zonas del país, pero con especial fuerza en Tolima y Quindío. Las masacres fueron más abundantes y sangrientas durante el Frente Nacional (1958-1964), periodo en el que supuestamente los conflictos bipartidistas habían finalizado. Durante este periodo nace y vive su infancia Garavito, por lo que probablemente fue testigo de esta oleada de terror y violencia que llevaba años atacando la región y a sus familiares.

La mayoría de las víctimas, y buena parte de los victimarios, eran pequeños y medianos campesinos que vivían aislados en sus veredas inmersos en una economía de subsistencia en proceso de cambio hacia un capitalismo agrario. La cultura campesina, determinada por el bipartidismo, el analfabetismo y el aislamiento estaba impregnada de comportamientos violentos. Los espacios de sociabilidad de este campesino eran pocos. A ellos accedía los domingos y los días de fiesta cuando bajaba o subía al pueblo a comprar o vender sus productos. (Uribe, 1991, p. 27)

Las circunstancias históricas alrededor de este fenómeno de violencia política tomaron forma en 1946 cuando el partido conservador sube al poder, reforzando la polarización política. En 1949 la región del Tolima y el Eje Cafetero se posicionaban entre los lugares más violentos. Uribe (1991) afirma que: “Las masacres colectivas de civiles se sistematizan a partir de ese año y se presentarán de manera interrumpida hasta 1964” (p. 53). Posteriormente estas regiones se verán afectadas por grupos de bandoleros y antiguos combatientes unidos a nuevos actores sociales producto de la descomposición social. Estas cuadrillas se registran específicamente entre 1958 y 1963, con zona de operaciones en Cajamarca, Ibagué, Pijao, Génova y Calarcá. En 1963 llegan a su máxima descomposición y despolitización, llegando a existir más de 100 bandas dedicadas al pillaje, robo y asesinatos sin consideraciones políticas. En Cajamarca se realizaron 26 masacres entre 1955 y 1963, caracterizadas por el robo de café y alimentos, violaciones, torturas, decapitaciones y descuartizamientos (Uribe, 1991). Por otro lado, también se presentó el fenómeno de la continuidad familiar en las guerras (traspaso de armas de la guerra de los mil días, la de los años treinta y la de los cincuenta), seguido de fuertes oleadas de venganzas y retaliaciones. Todo este conflicto conllevó a que las comunidades se aislaran, se desarrolló una ausencia de relaciones amistosas y poca participación política campesina. En el período de 1958 a 1966, la violencia fue más severa en los departamentos de Tolima y Valle, seguidos por el Viejo Caldas y Antioquia (Otero, 2007). Sobre el perfil de los victimarios, Uribe (1991) señala que:

[...] Los actores sin embargo, no fueron todos los campesinos de estas regiones sino algunos individuos que a partir de la muerte violenta de sus familiares en manos de la policía chulavita y el posterior abandono de sus parcelas inducido por el terror, se vieron obligados a una vida trashumante que los llevó, sin abandonar del todo sus vínculos con la tierra, a esa doble vida de jornaleros diurnos y bandoleros nocturnos. (p. 103)

La investigación de Uribe (1991) señala que la violencia tiene objetivos precisos, se manifiesta por medio de códigos de comportamiento y se relaciona estrechamente con los valores fundamentales de una comunidad y su sentido de identidad. También aclara que las acciones violentas tienen fases diferenciables que involucran a víctimas y victimarios, por lo tanto, se debe hacer un análisis de las prácticas y técnicas de manipulación del cuerpo humano en la cultura campesina

teniendo en cuenta el sistema de clasificación corporal, el origen de las palabras para nombrar partes del cuerpo, entre otros aspectos simbólicos relacionados con la concepción del propio cuerpo y su tratamiento. En el análisis de las masacres también se deben tener en cuenta las motivaciones inconscientes de las víctimas y los victimarios teniendo en cuenta: “[...] los fantasmas introyectados por estos a raíz de experiencias familiares dolorosas y principalmente, con la experiencia que estos campesinos tienen del otro, de la alteridad” (Uribe, 1991, p. 33).

El comportamiento violento de un adulto que en su niñez sufrió diversos tipos y grados de agresión se puede analizar teniendo en cuenta el impacto de los eventos adversos en la infancia (Foege, 1998). Esta perspectiva señala que las personas pueden sufrir diversos problemas de salud asociados a traumas tempranos. Si bien no es clara aún la relación de causalidad y el impacto, se tiene evidencia de que cada experiencia adversa experimentada por un niño incrementa el riesgo de que se convierta posteriormente en una persona violenta (Fox *et al.*, 2015). Hay claros indicios para señalar que la mayoría de asesinos seriales tienen experiencias infantiles de maltrato, generalmente provienen de familias inadecuadas en las que el castigo, la disciplina injusta y arbitraria y la hostilidad eran comunes (Valencia, 2003). El perfil criminal de Garavito señala que fue víctima de maltrato infantil por parte del padre y que sufrió abuso sexual en la infancia. Adicionalmente, tuvo problemas de socialización en la escuela y sufrió castigos físicos. El peritaje psiquiátrico y psicológico dieron como diagnósticos un trastorno antisocial de la personalidad y trastorno de personalidad esquizoide con componentes psicopáticos (Valencia, 2003).

Del victimario

Luis Alfredo Garavito fue desarrollando un modo de ejecutar sus crímenes, estableciendo un patrón que muchos años después sería la pista para capturarlo. Se convirtió en un asesino móvil que preparaba y planeaba sus actos, y desde muy joven viajó por varias ciudades y municipios del país, buscando actividades informales de las cuales obtenía provecho económico y le permitían un fácil acceso a los lugares donde se encontraban sus víctimas. Se movilizaba especialmente por el Eje Cafetero y Norte del Valle, donde todas las poblaciones están a una corta distancia entre ellas, lo cual facilitaba cambiar de escenario rápidamente y evadir cualquier persecución (Aranguren, 2002).

Los hallazgos de cadáveres de niños comenzaron a partir de 1992. En ese entonces los cuerpos eran dejados en cualquier parte por lo que las autoridades los encontraron fácilmente. Posteriormente se da cambio de *modus operandi* y comenzaron a aparecer en los cañaduzales, donde se encontraban después de mucho tiempo en estado esquelético³. Muchas veces, se trataba de cadáveres con

³ Cabe destacar que a partir de estos hallazgos, se comenzaron a incorporar de manera más directa los métodos de la antropología forense en las investigaciones judiciales en Colombia.

restos de tejido blando pero posteriormente, empezaron a aparecer restos óseos dispersos en zonas de cultivo, potreros, cañaduzales y cañadas, lo cual dificultaba en gran medida el proceso de identificación. Era habitual para los corteros de caña toparse con osamentas de niños durante estos años y el periódico *El País* (1998), registró en varios números algunas características de los hallazgos que evidenciaban patrones: 1. Todos los cadáveres eran abandonados en lugares de cultivos agrícolas; 2. En la mayoría de los casos se encontraron únicamente restos óseos; 3. Los cadáveres fueron dejados en cañaduzales en el momento de la siembra de caña y únicamente descubiertos en el momento de la quema previa al corte; 4. Los cadáveres se encontraron con señales de lesiones causadas por elementos contundentes y arma blanca, así mismo desmembramientos; 5. En algunas de las necropsias se determinó que varios menores habían sido víctimas de acceso carnal violento; 6. Todas las víctimas eran de estrato social bajo; 7. Varios de los niños se encontraban en las calles para hacer diligencias domésticas o desempeñar actividades laborales; 8. La mayoría de las desapariciones ocurrieron en zonas céntricas o galerías de los municipios; y 9. La edad promedio de las víctimas era de 10 años.

En el marco de la presente investigación se hicieron visitas entre el año 2004 y 2005 a algunos de los sitios que frecuentaba Garavito, y fue posible contextualizar el ambiente en el que se movilizaba y generalmente donde accedía a sus víctimas (terminales, galerías, parques públicos, tabernas, residencias y sitios aledaños). Es importante resaltar que en estos espacios hay presencia de población rural que llega a la ciudad en busca de oportunidades económicas o desplazados por el conflicto armado, lo cual refuerza la idea de las condiciones de vulnerabilidad que afrontan los niños en estos espacios y que los expone a todos los tipos de violencia.

Las características geográficas de los sitios que escogía Garavito para cometer sus crímenes, señalaban que tenía un conocimiento previo de los lugares y una empatía con sectores aledaños que por su topografía, vegetación y aislamiento reunían todos los requisitos para convertirse en cómplices de su proceder. Su área de influencia guardaba un patrón migratorio, al igual que las escenas donde eran hallados los menores. En la ciudad de Pereira, por ejemplo, escogió terrenos ubicados en zona semiurbana, con espesa vegetación y cercanos a carreteras con gran flujo de vehículos, pero no de peatones. Se identificaron claramente tres cementerios clandestinos en esta ciudad: La Villa, Nacaderos y la vía a Marsella; todos eran lotes frondosos, con arbustos altos, inhóspitos pero cercanos a la ciudad.

En los casos de hallazgos de restos óseos, la Fiscalía General de la Nación aplicó, de manera innovadora, técnicas arqueológicas y de antropología forense. Se dividía la escena en franjas de 80 centímetros y se hacían rastreos milimétricos. Este método implicaba registrar el área delimitada lo cual era muy importante debido a que la vegetación boscosa de la mayoría de sitios aceleraba la descomposición y aumentaba la capacidad de regeneración del suelo, ocultando

los restos. El proceso de identificación incluyó la determinación del perfil biológico (edad, sexo, estatura y filiación poblacional), cartas dentales, análisis de traumas y patologías óseas, reconstrucción facial y pruebas de ADN. Sin embargo, este último se dificultó ya que en varios casos no se contaba con ambos progenitores para el cotejo. De otro lado, por tratarse de niños provenientes de estratos bajos, pocas veces se encontraron historias clínicas, cartas dentales y antecedentes claros que permitieran hacer una identificación adecuada.

De las víctimas

La violencia hacia los niños en Colombia cada vez se hace más visible. La muerte, el maltrato y el abandono son temas de las agendas actuales, sin embargo, ha sido un fenómeno históricamente padecido, haciéndose público algo que generalmente fue privado.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), podemos entender la violencia contra los niños como: “el maltrato físico y emocional, el abuso sexual, la desatención y el tratamiento negligente de los niños, así como su explotación con fines comerciales o de otro tipo” (OMS, 2009, p. 7). Las causas, tan diversas como su forma de expresión, son difíciles de definir, de delimitar y contrarrestar, de ahí que los diagnósticos se centren en estadísticas y planes de atención a la población victimizada. A pesar de que aumentan las denuncias, poco se habla de la responsabilidad de la sociedad en este fenómeno.

Los niños son víctimas de múltiples violencias, como los conflictos políticos, el desplazamiento y el reclutamiento forzado. Según el informe de la Unicef (2002), muchas veces son raptados y obligados a prestar una variedad de servicios, entre los cuales están los de tipo sexual, militar, de servidumbre y robo. Así mismo, los niños son víctimas en lugares como la escuela, el hogar, el barrio y espacios donde son los familiares y personas cercanas, los que ejercen la violencia y el maltrato. Muchos de ellos crecen con odios y rencores tan fuertes que los llevan en una etapa de su vida a desarrollar tendencias violentas, venganzas y a repetir flagelos. Recientes investigaciones en el área de la epigenética resaltan que el ambiente experimentado por un individuo durante la etapa de gestación y posparto juega un papel crítico en los patrones de comportamiento adulto, siendo posible la transmisión de estos efectos a subsecuentes generaciones (Champagne, 2008).

Lastimosamente en Colombia no existe un concepto de niño que nos explique la construcción que hacen los adultos de él y mucho menos como ésta cambia a través del tiempo, teniendo en cuenta que su mentalidad se asemeja a un espacio listo para ser llenado de cualquier tipo de información, quedando toda la responsabilidad en manos de aquellos con quienes convive. Sobre este tema, Muñoz y Pachón (2002) realizan un análisis de los niños muertos violentamente en Bogotá durante

el siglo XX, y toma como variables los asesinatos, enfermedades, infanticidios, entre otros, a partir de un estudio de los reportes hechos por los periódicos locales:

A lo largo del siglo XX la muerte de los niños se mencionaba en la prensa capitalina como efecto agravado del descuido, abandono y crueldad que recaían sobre ellos. Se narraban escenas de madres desesperadas y padres enloquecidos que ahogaban a sus hijos, los ahorcaban, los desuartizaban, los envenenaban y quemaban. Solo por el azar o por sospechas de parientes, amigos o vecinos, se llegaba en la mayoría de los casos a descubrir el hecho. (Muñoz y Pachón, 2002, p. 206)

A finales del siglo pasado se reconoció con claridad la existencia de los niños psicópatas, pequeños que no habían desarrollado su capacidad afectiva, los cuales podían imitar gestos de amor, pero sin reconocer ninguna relación de dependencia o protección hacia los otros. No habían tenido padres amorosos y protectores que les pusieran límites a sus deseos de destrucción. Muñoz y Pachón (2002) señalan que:

Es posible que algunos padres autoritarios no reconocieran en sus hijos seres necesitados de protección sino que los enfrentaran como si fueran personajes crueles y malignos de su propia historia, o partes malignas de sí mismos y merecedores de castigos crueles. Víctimas de una patología violenta y atroz en su propia niñez, víctimas de vivencias históricas de crueldad aplicadas a familiares y vecinos, esos padres no conocían otra manera de educar a sus hijos. (p. 207).

Entre las múltiples formas de maltrato y abuso, las de índole sexual son precisamente las que más afectan, debido a la gran carga de violencia física y psicológica que las caracteriza. Según la OMS (2009), el abuso sexual puede definirse como:

La participación de un niño en actividades sexuales que no comprende plenamente, en las que no puede consentir con conocimiento de causa o para las que no está suficientemente desarrollado, o que transgreden leyes o tabúes sociales. Los niños pueden ser objeto de abusos sexuales por parte de adultos o de otros niños que, o en razón de su edad o de su estado de desarrollo, estén en una situación de responsabilidad, confianza o poder en relación con su víctima. (p. 10)

El niño maltratado sexualmente experimenta conflictos muy fuertes relacionados con lo físico, lo emocional y lo sexual. El daño emocional involucra la idea de lo indebido del acto para el niño, creándole confusión respecto al adulto. El daño sexual arremete las zonas genitales con una estimulación temprana que el menor no puede comprender. Cuando el daño es causado por familiares o personas cercanas, este desarrolla sentimientos ambivalentes y su intensidad dependerá de la repetición de los actos, el papel que desempeñe la madre y otros apoyos familiares y extrafamiliares.

Para Nebot (1974), los crímenes sexuales y violentos han aumentado cada vez más rápidamente desde el comienzo de la Segunda Guerra Mundial, caracterizando el siglo XX como el que más aumentó este número. Según Nebot (1974): “La enorme complejidad de nuestra civilización produce una serie de frustraciones y neurosis; el mayor número de crímenes sexuales son una consecuencia inevitable de estas circunstancias” (p. 60). La víctima puede ser familiar o ajena, colectiva o individual y su nivel de vulnerabilidad depende de la edad, el grupo étnico al que pertenece, la cultura y el género, además de su actividad laboral, niveles de convivencia y aspectos económicos.

Por otra parte, Jiménez (1994) reflexiona sobre el control social de una desviación, aspecto que hace parte de la política criminal. Señala que siempre el protagonista es el victimario, pero los medios de comunicación dan algún tipo de protagonismo a las víctimas. Especialmente en los delitos sexuales, la víctima es neutralizada y sobre este asunto señala:

La víctima del delito ha padecido un secular y deliberado abandono. Disfrutó de su máximo protagonismo —su edad de oro— durante la justicia primitiva, siendo después drásticamente neutralizada por el sistema legal moderno. Tal vez porque nadie quiera identificarse con el perdedor, la víctima soporta los efectos del crimen (físicos, psíquicos, económicos, sociales, etc.), pero también la insensibilidad del sistema legal, el rechazo y la insolidaridad de la comunidad y la indiferencia de los poderes públicos. En el denominado “estado social de derecho”, aunque parezca paradójico, las actitudes reales hacia la víctima del delito oscilan entre la compasión y la demagogia, la beneficencia y la manipulación. La victimología ha impulsado durante los últimos lustros un proceso de revisión científica del “rol” de la víctima en el fenómeno criminal, una redefinición del mismo a la luz de los conocimientos empíricos actuales de la experiencia acumulada. Protagonismo, neutralización y redescubrimiento son pues, tres temas que podrían reflejar el status de la víctima del delito a lo largo de la historia. (p. 234)

Las leyes para castigar los abusos sexuales son actuales y estiman penas relativamente cortas en comparación con el daño causado⁴. Ha sido un hecho anónimo y silenciado en una sociedad con valores morales extremos que no ha tenido en cuenta a los niños y sus conflictos sexuales. La iglesia, por su parte, en los últimos años ha afrontado múltiples escándalos relacionados con la pederastia. Una investigación realizada por Rodríguez (2002) plantea que los niños también son víctimas sexuales de los sacerdotes. En Estados Unidos más de 1000 sacerdotes han sido acusados de abusar sexualmente de menores y la misma iglesia se ha encargado de pagar millonarias sumas de dinero para silenciar a las víctimas y a sus familiares. Colombia no se libra de este problema, pues si tenemos en cuenta que

⁴ Para ampliar esta información se puede consultar el Código Penal Colombiano, artículos 205 al 212 (Congreso de Colombia).

un destino habitual del clero pedófilo es Latinoamérica, no cabe duda de que aquí este fenómeno se ha visto favorecido por la impunidad, la falta de preocupación hacia los niños y las pocas medidas legales que existen para este tipo de delitos (*El País*, 2015).

Las relaciones sexuales con niños reflejan entonces, relaciones de poder mediadas por la vulnerabilidad y facilidad de acceso. Rodríguez (2002) señala que:

El mundo de los abusos, ya sea el clero, dentro de la familia o en cualquier otro ámbito es muy sórdido, y siempre viene amparado y protegido por el silencio, además de espoleado por la fragilidad emocional que pueda presentar un menor, por su escasa edad y por su relación de dependencia y sumisión respecto al abusador. (p. 248)

La violencia contra los niños en Colombia se viene reportando desde hace varias décadas, debido a que el fenómeno se hace cada vez más visible y público. En 1992, año en que Garavito empezó a cometer sus asesinatos, se reportó un aumento considerable en la muerte de niños en el país. La revista *Cambio 16* (1993) señalaba a Colombia, como uno de los países en los que se mataban más niños en el mundo. Según esta fuente, el Instituto Nacional de Medicina Legal reportaba que en 1992 habían sido asesinados por arma de fuego 1504 jóvenes menores de 18 años y 25 por arma cortopunzante. De los anteriores, 876 eran menores de 14 años y 222 menores de 4 años. En 1992 en Bogotá se reportó para el segundo semestre 581 niños menores de 12 años víctimas de abusos sexuales, de los cuales 132 eran menores de 5 años, 456 eran mujeres y 125 hombres.

Según la información reportada en diferentes medios de comunicación de circulación regional y nacional desde 1992 hasta el 2000, las víctimas que posteriormente fueron relacionadas con los crímenes de Garavito eran todos hombres, menores con edades comprendidas entre los 8 y 16 años. Se trataba de niños de clase baja que desaparecían en lugares abiertos como plazas, terminales, parques, a la salida de las escuelas o frente a su casa. Muchos de ellos no fueron reportados como desaparecidos, pues eran niños que se dedicaban a trabajar en las calles como vendedores ambulantes, lustrabotas, recicladores, ayudantes en oficios varios, domicilios, etc.

Cultura, violencia y conducta

Debemos tener en cuenta el sistema de referencia que tiene la sociedad en un contexto específico para crear, perpetuar, interpretar, juzgar y clasificar los actos de un individuo que transgrede normas, especialmente marcadas de prohibidas como el homicidio, la violación, el infanticidio y la pedofilia. La cultura nos aporta ciertas concepciones a través de la cognición de lo permitido y lo no permitido, siendo los aspectos sexuales los más marcados en la prohibición. Cuando alguien

transgrede estas normas, como en el caso de Garavito, se desequilibra el tejido social y se vulnera la eficacia de la imposición de normas de la cultura. El rechazo social del acto es una manera de remarcar los límites permisibles, pero a la vez, una posibilidad de saber hasta dónde puede llegar un ser humano a transgredir las imposiciones culturales que se manifiestan socialmente en delitos ya tipificados.

Ya que se trata de reflexionar sobre los aspectos socioculturales que, por un lado, intervinieron en la formación de un asesino en serie y por otro, en la construcción que la sociedad hace de él, es importante señalar que lo social, lo biológico, ambiental y lo cultural, no pueden estudiarse como entidades separadas, ya que darle prioridad a un solo componente sería dejar de lado otros aspectos que nos pueden dar una comprensión global del fenómeno. Al respecto, Jimeno (2004) señala que: “los aspectos biológicos, las prácticas materiales, los objetos físicos, son inseparables del mundo de significados y relaciones, del mundo cultural en que existen y en el cual las personas los emplean” (p. 2).

De otro lado, Goodenough (1957) relaciona cultura, sociedad, conducta e individuo, al señalar que: la cultura de una sociedad consiste en todo aquello que conoce o cree con el fin de operar de una manera aceptable sobre sus miembros. La cultura no es un fenómeno material: no consiste en cosas, gente, conducta o emociones. Es más bien una organización de todo eso. Es la forma de las cosas que la gente tiene en su mente, sus modelos de percibirlos, de relacionarlos o de interpretarlos. Esta definición interpreta a la cultura como la construcción o representación simbólica aprendida por los individuos, durante su periodo de enculturación. Desde este punto de vista es posible comprender a Geertz (1987) cuando señala que:

[...] la cultura se comprende mejor no como complejos de esquemas concretos de conducta —costumbres, usanzas, tradiciones, conjuntos de hábitos— como ha ocurrido en general hasta ahora, sino como una serie de mecanismos de control —planes, recetas, fórmulas, reglas, instrucciones (lo que los ingenieros de computación llaman “programas”— que gobiernan la conducta. (p. 51)

El asombro de la sociedad frente a hechos de magnitud tan violenta cometidos por un individuo, responde a la peligrosa tendencia de comprender al ser humano como un ente dividido entre lo racional y emocional separado de la naturaleza animal. Así, un asesino y violador en serie de niños, es visto como una “bestia”⁵, separado de lo que debe ser una persona normal y por lo tanto se le ubica en el extremo de lo emocionalmente enfermo. Burner (1964) sostiene al respecto que:

⁵ “La Bestia” fue una de las denominaciones con las que se identificó más comúnmente a Luis Alfredo Garavito en los medios de comunicación.

Los individuos que no pueden controlar debidamente sus deseos agresivos, sexuales o adquisitivos, nunca pueden adaptarse a una sociedad humana. A las personas que se encuentran en esta condición se les impone pena de muerte, se les destierra o se les aísla en instituciones de rehabilitación mental o en penitenciarias. (p. 87)

Más adelante aclara que:

Casi todas las sociedades definen cuidadosamente el tipo de personas a quienes se les debe aborrecer, detallan con precisión los objetivos lícitos del instinto sexual e integran una serie compleja de normas reguladoras, llama la atención lo detallada que son las normas culturales que imperan en las tendencias agresivas, sexuales y adquisitivas del comportamiento humano. (p. 89)

Por otro lado, es fundamental señalar la propuesta de Jimeno (2002) según la cual los actos de violencia, así como otros actos humanos, solo adquieren sentido ligándolos a un determinado contexto cultural. La violencia, en este tipo de casos, amenaza el orden cultural, las instituciones pierden liderazgo y la armazón social se debilita, los valores se vuelven vulnerables y la impunidad se traduce en una actitud generalizada de sustituir la responsabilidad social en un juzgamiento al individuo, protegiendo a la comunidad entera de sus propias violencias. Se sustituyen todos los miembros de la sociedad por uno solo, el cual se ubica en el extremo de lo animal, se le deshumaniza para poder comprender un acto de violencia tan extremo que transforma y desfigura al individuo. Por lo tanto, "la violencia como acción intencional que causa daño a otro no puede entenderse como el producto exclusivo de estados de alteración emocional, sino que en su empleo inciden, inseparablemente, creencias, percepciones y valores de origen histórico cultural" (Jimeno, 2004, p. 33).

Consideraciones finales

El contexto sociocultural del caso analizado se puede plantear partiendo de un ambiente delimitado por la extrema violencia de los años cincuenta basada en la tortura, la desaparición y la negación del otro, donde las relaciones de poder fueron la respuesta más frecuente a los conflictos individuales y en el que la agresión se plantea como la única manera de imponerse sobre los demás. En este ambiente, se manifiesta claramente el círculo vicioso de víctima-victimario sin espacios visibles de solución, pues esta tendencia se ve favorecida por la impunidad y los vacíos en la ley. Se configura de esta forma, un síndrome en el que las frecuentes trasgresiones de tabúes sexuales se dan como respuesta a la construcción de valores contradictorios de nuestra cultura y a los conflictos sociales generados por las guerras.

Las perspectivas no son alentadoras, por el contrario, queda claro que en la formación de un asesino en serie intervienen aspectos inherentes al individuo,

pero también de la misma sociedad. Las condiciones de vulnerabilidad de los niños siguen aumentando y las posibilidades nuevos casos como este son altas. Es por esto que el análisis de estas problemáticas debe partir de nuevos enfoques ya que posiblemente vamos a seguir siendo testigos de la aparición de individuos que con sus atroces actos ponen en tela de juicio nuestra capacidad de control y la ineficacia de las normas culturales. Los casos de asesinos en serie no pueden estudiarse de manera aislada, siendo necesario vincular la reflexión a los contextos explicativos. Es más que nunca necesario un avance en la discusión sobre este tipo de casos y abrir la posibilidad de plantear un método de investigación más incluyente que tenga en cuenta el análisis del contexto social y cultural que rodea a todas las expresiones de violencia.

Referencias bibliográficas

- Aranguren, M. (2002). *El gran fracaso de la Fiscalía: 192 niños asesinados, captura y confesión de Garavito "La Bestia"*. Bogotá: Oveja Negra.
- Burner, E. (1964). El enfoque psicológico de la antropología. En TAX, Sol (comp.), *Antropología una nueva visión*. Cali. Editorial Norma.
- Champagne, F. (2008). Epigenetic Mechanisms and the Transgenerational Effects of Maternal Care. *Front Neuroendocrinol*, 29, 386-397.
- Duque, F. y González, A. (1993). *Génova: su historia, gente, sus costumbres*. Calarcá, Quindío: Editorial Kanora.
- El País. (1 de noviembre de 1999). Un homicida calculador.
- Foege, W.H. (1998). Adverse childhood experiences. A public health perspective. *Am J Prev Med*, 14(4), 354-355.
- Fox, B.H., Perez, N., Cass, E., Baglivio, M.T. & Epps, N. (2015). Trauma changes everything: Examining the relationship between adverse childhood experiences and serious, violent and chronic juvenile offenders. *Child Abuse and Neglect*. 46: 163 -173.
- Franco, S. (1999). *El quinto: No Matar. Contextos explicativos de la violencia en Colombia*. Bogotá. IEPRI.
- Geertz, C. (1987). *La interpretación de las culturas*. Barcelona. Editorial Gedisa.
- Goodenough, W.H. (1957). Cultural anthropology and linguistics. En Garvin, P.L. (comp.), *Report on the 7th Annual Round Table Meeting in Linguistics and Language Study*, 109-173, Washington/DC: Georgetown University.
- Jiménez, A. (1994). La neutralización de la víctima y el interés socializado de las víctimas. En *EGUZKILORE Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología n.º 8*.
- Jimeno, M. (2002). Crimen pasional: con el corazón en tieñieblas. *Serie Antropología 323*. Brasil: Universidad de Brasilia.
- Jimeno, M. (2004). Unos cuantos piquetitos. Violencia, mente y cultura. *Cahiers des Amériques Latines, IHEAL Editions*, 45, 143-164.
- Muñoz, C. y Pachón, X. (2002). *Réquiem por los niños muertos*. Bogotá S.XX. Bogotá. CEREC.
- Nebot, M. (1974). *Los famosos criminales*. España: Bruquera S.A.
- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2009). *Prevención del maltrato infantil: Qué hacer, y cómo obtener evidencias*. ISPCAN.
- Otero, D. (2007). *Las cifras del conflicto colombiano* (Segunda edición). Bogotá: INDEPAZ.

- Palomino, S. (8 de octubre de 2015). Colombia condena por primera vez a una iglesia católica por pederastía. *El País*.
- Revista Cambio 16. (1993). Un país que mata niños.
- Rodríguez, P. (2002). *Pederastía en la Iglesia católica. Delitos sexuales del clero contra menores, un drama silenciado y encubierto por los obispos*. Barcelona: Ediciones B.
- UNICEF. (2002). *Guía sobre el protocolo facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados*. Bogotá: UNICEF.
- Uribe, M.A. (1991). *Matar, Rematar y Contramatar*. Bogotá: Cinep.
- Valencia, I. (2003). *Homicidios en Serie*. Cali: FAID editores.

AUTORES JURÍDICAS 17(I)

Miltón César Jimenez Ramírez. Doctor en Derecho. Universidad de Caldas.
Manizales, Caldas, Colombia. Correo Electrónico: milton.jimenez@ucaldas.edu.co
ORCID: 0000-0003-1149-4723
Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=BqCDM8YAAAAJ&hl=es&oi=ao>

Gloria Amparo Rodríguez. Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas.
Universidad del Rosario. Bogotá, Colombia.
Correo Electrónico: gloria.rodriguez@urosario.edu.co
ORCID: 0000-0002-4194-1259
Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=zrJuGEwAAAAJ&hl=es>

Iván Vargas-Chaves. Doctor en Derecho (U. de Barcelona) / Doctor en Derecho
Supranacional e Interno (U. de Palermo). Universidad Militar Nueva Granada.
Bogotá, Colombia. Correo Electrónico: ivan.vargas@unimilitar.edu.co
ORCID: 0000-0001-6597-2335
Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=1M1AL9AAAAJ&hl=es>

Alexandra Cumbre Figueroa. Pregrado en Derecho. Universidad La Gran
Colombia. Bogotá, Colombia. Correo Electrónico: acumbef@ulagrancolombia.edu.co
ORCID: 0000-0002-8407-2671
Google Scholar: https://scholar.google.es/citations?user=PAKf5_4AAAAJ&hl=es

Sandra Estefanía Mora Garzón. Politóloga. Universidad Tecnológica de Bolívar.
Cartagena, Colombia. Correo Electrónico: sestefaniam8@hotmail.com
ORCID: 0000-0002-5901-2634
Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=sQmdshoAAAAJ&hl=es>

Claudia Alexandra Munévar Quintero. Doctora en Derecho. Universidad de
Manizales. Manizales, Colombia. Correo Electrónico: cmunevar@umanizales.edu.co
ORCID: 0000-0002-9190-6232
Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=AH-AD4gAAAAJ&hl=es&oi=ao>

Javier Gonzaga Valencia Hernández. Doctorado en Derecho. Universidad de
Caldas. Manizales, Colombia. Correo Electrónico: javier.valencia@ucaldas.edu.co
ORCID: 0000-0002-2263-3808
Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?hl=es&user=Vf6Rrg4AAAAJ>

William Fernando Martínez Luna. Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Universidad Jorge Tadeo Lozano. Bogotá, Colombia.
Correo Electrónico: williamf.martinezl@utadeo.edu.co
ORCID: 0000-0002-0186-4770
Google Scholar: https://scholar.google.es/citations?user=Mx_RGvoAAAAJ&hl=es

Diego Alejandro Muñoz Correa. Magíster en Derecho Público. Universidad de Manizales. Manizales, Colombia. Correo Electrónico: alejandrom@umanizales.edu.co
ORCID: 0000-0002-3818-9692
Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=AmKpBi8AAAAJ&hl=es>

María Teresa Carreño Bustamante. Doctora en Ciencias Sociales. Universidad de Manizales. Manizales, Colombia. Correo Electrónico: cis@umanizales.edu.co
ORCID: 0000-0001-9041-0502
Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=es&user=xehDCswAAAAJ>

Javier Sanclemente Arciniegas. PhD (Law) Université Paris Dauphine PSL. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Colombia.
Correo Electrónico: jsanclementea@unal.edu.co ORCID: 0000-0002-6251-8177
Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=OKuhTnYAAAAJ&hl=es&oi=ao>

Leonardo Javier Castillo Cárdenas. Master Universitario en Análisis Económico del Derecho (Universidad Complutense de Madrid) Magíster en Política y Gobierno (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO). Universidad de La Frontera. Temuco, Chile. Correo Electrónico: leonardo.castillo@ufrontera.cl
ORCID: 0000-0001-9587-2343
Google Scholar: <https://scholar.google.cl/citations?user=tbmfAkAAAAJ&hl=es>

Mahia Saracostti. PhD Social Welfare. Universidad de La Frontera. Temuco, Chile. Correo Electrónico: mahia.saracostti@uv.cl ORCID: 0000-0002-9673-5727
Google Scholar: <https://scholar.google.cl/citations?user=hoIU4qgAAAAJ&hl=es>

Soledad Morales Trapp. Estudiante Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global. Universidad de La Frontera. Temuco, Chile. Correo Electrónico: soledad.morales@ufrontera.cl ORCID: 0000-0002-9648-8316
Google Scholar: <https://scholar.google.cl/citations?user=GMi4jCsAAAAJ&hl=en>

Jorge Castellanos Claramunt. Licenciado en Ciencias Políticas y de la Administración 2014 (Premio Extraordinario de Licenciatura) (Universidad de Valencia). Universidad de Valencia. Valencia, España.
Correo Electrónico: jorge.castellanos@uv.es ORCID: 0000-0001-9621-6831
Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=ZQUoouguwboC&hl=es>

Martín Eduardo Pérez Cázares. Doctorado en Derecho y Doctorado en Ciencias Políticas y Sociales. Universidad de Guadalajara. Guadalajara, México.
Correo Electrónico: meduardo@cuci.udg.mx ORCID: 0000-0003-1427-278X
Google Scholar: <https://scholar.google.com.mx/citations?user=SS2N7AYAAAAJ&hl=eslar.google.com.mx/citations?user=SS2N7AYAAAAJ&hl=es>

Luis Germán Ortega Ruiz. Magíster en Derecho Público. Universidad Católica. Bogotá, Colombia. Correo Electrónico: lgortega@ucatolica.edu.co
ORCID: 0000-0003-2957-5839
Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=o-PdjX8AAAAJ&hl=es>

Renzo Esteban Munita Marambio. Doctor en Derecho por la Universidad Grenoble Alpes (UGA). Universidad del Desarrollo. Concepción, Chile. Correo Electrónico: renzomunita@udd.cl ORCID: 0000-0003-2156-1416
Google Scholar: <https://scholar.google.es/citations?user=GncUFcYAAAAJ&hl=en&authuser=1>

Juliana Gómez Mejía. Doctora en Ciencias Biológicas. Universidad de Caldas. Manizales, Colombia. Correo Electrónico: juliana.gomez@ucaldas.edu.co
ORCID: 0000-0003-3620-1798
Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?hl=en&authuser=1&user=RG27PPUAAAAJ>

NORMAS EDITORIALES

El autor que desee enviar artículos para consideración por parte del comité editorial de nuestra publicación deberá:

1. Enviar el artículo al correo electrónico de la revista: revistajuridicas@ucaldas.edu.co. El artículo debe cumplir con una de las categorías propuestas por Publindex para artículos científicos (para mayor información ver políticas éticas de la revista), en el asunto del correo indicarse el tipo de artículo.

2. El artículo debe estar en formato Word. De igual forma debe incluir: título del artículo, autor o autores y dirección del contacto (correo electrónico y dirección postal). Es indispensable indicar cuál autor se encargará de recibir y enviar la correspondencia o de lo contrario se asumirá que el primer autor se hará cargo de tal función. El texto debe estar digitado a espacio y medio, letra Arial, tamaño 12. Al interior del artículo especificar los datos centrales del autor o autores, lo cual debe incluir: escolaridad máxima, la filiación institucional, ciudad, Estado o departamento, país, el correo electrónico (institucional) Google Scholar y ORCID.

3. La remisión del artículo debe ir acompañada de la hoja de vida de cada uno de los autores (ver formato) y de la carta de cesión de derechos firmada por todos los autores (ver formato).

4. Escribir el artículo con una extensión máxima de 7000 palabras, el cual debe ir precedido de un breve resumen analítico (objetivo, metodología, resultados y conclusiones) del trabajo en castellano y en inglés que no sobrepase las 150 palabras. Inmediatamente después de este resumen deben ir de cuatro a seis palabras clave para identificar las principales temáticas abordadas.

5. Redactar las críticas y reseñas de libros con una extensión máxima de 10 hojas (folios o cuartillas tamaño carta), la cual debe ir precedida de los nombres, apellidos y profesión de quien realiza la crítica o reseña, así como de los elementos bibliográficos completos (nombres y apellidos del autor, título completo del libro, número de edición, ciudad de publicación, editorial, año de publicación).

6. Entregar artículos inéditos. Si se trata de un artículo traducido se debe indicar con claridad las fuentes y procedencia del texto original, así como los respectivos permisos para la publicación.

7. Enviar los gráficos, mapas y fotografías en una resolución mínima de 266 dpi en formato jpg o gif. Junto a los cuadros deben ir los anexos al artículo, indicando el lugar donde se pondrán dentro del texto. Todos estos recursos se deben enumerar consecutivamente en numeración arábiga e indicar con claridad la(s) fuente(s)

correspondiente(s). En las tablas se deben usar únicamente líneas horizontales de acuerdo a las normas APA sexta edición.

8. Citar las fuentes bibliográficas, menores a 40 palabras, dentro del texto del siguiente modo: (autor, año, página). Ejemplo: (Muñoz, 1996, p. 30). Las citas que tienen más de 40 palabras se escriben aparte del texto, con sangría, sin comillas y sin cursiva. Al final de la cita se coloca el punto antes de los datos —recuerde que en las citas con menos de 40 palabras el punto se pone después—.

9. Las notas al pie de página numeradas en orden consecutivo se utilizaran solo para aclaraciones, comentarios, discusiones, envíos por parte del autor y deben ir en su correspondiente página, con el fin de facilitar al lector el seguimiento de la lectura del texto.

10. Las referencias bibliográficas se harán con base en las normas APA, sexta edición. Recuerde que todas deben de llevar sangría francesa. Así:

Libro:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). *Título del libro*. Lugar de publicación: Editorial.

Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Libro con editor:

Apellido, Iniciales nombre del autor (Ed.). (Año). Título. Ciudad, País: Editorial.

Ramos Pascua, J.A. y Rodilla González, M.Á. (Eds.). (2006). *El positivismo jurídico a examen*. Salamanca, España: Universidad de Salamanca.

Capítulo de libro:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). Título del capítulo. En Iniciales nombre del editor o compilador. Apellido. (Ed.) o (Comp.), *Título del libro* (pp. xx-xx). Lugar de publicación: Editorial.

Ávila, R. (2011). El derecho de la naturaleza: fundamentos. En A. Acosta y E. Martínez (Comp.). *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política* (pp. 173-238). Quito, Ecuador: Abya Yala.

Artículo revista:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). Título artículo. *Nombre de la revista, volumen* (número), pp-pp.

Noguera, P. y Valencia, J. (2008). Ambientalizar el derecho en el contexto de un pensamiento logocéntrico. *Revista Jurídicas*, 2 (5), 27-44.

Artículo con DOI:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). Título del artículo. *Nombre de la revista, volumen* (número), pp-pp. doi: xx.xxxxxxx.

Turner, B.S. (1990). Outline of a Theory of Citizenship. *Sociology*, 2 (24), 189-217. doi: 10.1177/0038038590024002002.

Artículo de periódico:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Fecha). Título artículo. *Nombre del periódico*, pp-pp.

Salgar, A. (28 de marzo de 2014). El desacato a la CIDH es muy preocupante. *El Espectador*, 2-2.

Tesis de grado o posgrado:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Año). *Título de la tesis* (Tesis de pregrado, maestría o doctoral). Nombre de la institución, lugar.

Álamos, F. (1992). *Maltrato infantil en la familia: tratamiento y prevención* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.

Online:

Apellido, Iniciales nombre del autor. (Fecha). Título del artículo. Recuperado de (URL).

Ministerio del Interior y de Justicia. (2004). *Informe sobre el proceso de consulta previa al pueblo indígena Uwa para el proyecto exploratorio Sirirí y Catleya*. Recuperado de <http://www.observatorioetnicocecoin.org.co/files/Informfinal.pdf>.

Jurisprudencia:

Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2011. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt

11. Para mayor información comunicarse con:

Javier Gonzaga Valencia Hernández.

Editor Revista Jurídicas

E-mail: revistajuridicas@ucaldas.edu.co

Programa de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Caldas Sede Palogrande Segundo Piso. Carrera 23, número 58-65, Manizales.

Teléfono: 8862720. Ext. 21154.

POLÍTICAS ÉTICAS DE LA REVISTA

Publicación y autoría

La Revista no acepta material previamente publicado. Los autores son responsables de obtener los oportunos permisos para reproducir parcialmente material (texto, tablas o figuras) de otras publicaciones y de citar su procedencia correctamente. Las colaboraciones que aparecen aquí no reflejan necesariamente el pensamiento de la Revista. Se publican bajo responsabilidad de los autores.

Si el autor de un artículo desea incluirlo posteriormente en otra publicación, la revista donde se publique deberá señalar claramente los datos de la publicación original, previa autorización solicitada al Editor de la revista.

Por su parte la Revista se reserva los derechos de impresión, reproducción total o parcial del material, así como el de aceptarlo o rechazarlo. Igualmente, se reserva el derecho de hacer cualquier modificación editorial que estime conveniente. En tal caso, el autor recibirá por escrito recomendaciones tanto del Comité Editorial como de los evaluadores. Si las acepta, deberá entregar el artículo con los ajustes sugeridos dentro de las fechas fijadas por la Revista para garantizar su publicación.

Proceso de revisión por pares

Cada uno de los artículos recibidos es sometido a un proceso de revisión y selección. El estudio y la selección inicial de los escritos están a cargo del Comité Editorial el cual acepta o rechaza los originales atendiendo a la calidad científica, la concordancia con las temáticas propias de la revista y la vigencia temporal de los resultados. Además, el Comité Editorial puede solicitar modificaciones y hacer las recomendaciones que se estimen necesarias para ajustar el documento a las indicaciones de la revista. Luego de esta revisión, será sometido a evaluación tipo doble ciego por dos pares académicos externos; quienes emitirán un concepto que puede ser: se aprueba sin cambios, se aprueba sujeto a cambios menores y no requiere nueva evaluación, se aprueba sujeto a cambios mayores y requiere nueva evaluación; y se rechaza no es publicable en la Revista. En el caso en que del concepto de los evaluadores se deriven controversias, estas serán resueltas inicialmente por el Editor o de ser necesario se solicitará una segunda o tercera evaluación por pares académicos.

En el proceso de evaluación se exige el anonimato tanto de los autores como de los evaluadores. De igual manera, esta evaluación será informada al autor del artículo vía correo electrónico, con la finalidad de que realice los ajustes necesarios que hayan solicitado los evaluadores. Ante la recepción del artículo con las correcciones realizadas, la Revista verificará el acatamiento de las sugerencias de los evaluadores y analizará las justificaciones de aquellas que no se hayan tenido en cuenta.

Una vez aprobada esta fase, el artículo será enviado de nuevo de ser necesario al autor para realizar los ajustes a que hubiere lugar. El proceso de revisión y aceptación del material entregado puede tardar en promedio cuatro meses, además su recepción no implica la aprobación y publicación automática del mismo.

Política de autoría

La Revista solo recibe artículos con un máximo de tres autores. En la lista de autores firmantes deben figurar únicamente aquellas personas que han contribuido intelectualmente al desarrollo del trabajo. Haber ayudado en la colección de datos o haber participado en alguna técnica no son, por sí mismos, criterios suficientes para figurar como autor. En general, para figurar como autor, se deben cumplir los siguientes requisitos:

- Haber participado en la concepción y realización del trabajo que ha dado como resultado al artículo en cuestión.
- Haber participado en la redacción del texto y en las posibles revisiones del mismo.
- Haber aprobado la versión que finalmente va a ser publicada.

La Revista declina cualquier responsabilidad sobre posibles conflictos derivados de la autoría de los trabajos que se publican.

La *Revista Jurídicas* se adhiere a los lineamientos del **COPE (Committee on Publication Ethics)** http://publicationethics.org/files/u2/New_Code.pdf.

Transmisión de derechos de autor

Se remitirá junto al artículo el formato “**Declaración de compromiso de los autores**”, respectivamente firmado por cada uno de los autores.

Los juicios y opiniones expresados en los artículos y comunicaciones publicados en la revista son del autor(es) y no necesariamente del Comité Editorial o de la institución que los edita.

Derechos de publicación

Si el documento es aceptado para su publicación, los derechos de reproducción serán de la Universidad de Caldas. Como se mencionó, cada artículo debe ir acompañado del formato de declaración de compromiso de los autores en el cual se especifica que este es inédito, indicando que los derechos de reproducción son propiedad exclusiva de la Revista, además de otros aspectos que se encuentran

explícitos en el documento tales como su no presentación simultánea para su publicación en otra revista. Por otra parte, el autor tiene la responsabilidad de obtener los permisos necesarios para reproducir cualquier material protegido por derechos de reproducción y debe especificar con claridad cuál es el cuadro, figura o texto que se citará y la referencia bibliográfica completa. Las opiniones, juicios y puntos de vista expresados por los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan los criterios ni las políticas de la revista.

Conflicto de intereses

La Revista espera que los autores declaren cualquier asociación comercial que pueda suponer un conflicto de intereses en conexión con el artículo remitido.

Por la naturaleza de los artículos que eventualmente pueden ser publicados en la revista, es posible que se presenten intereses contrapuestos que puedan afectar la imparcialidad en las condiciones editoriales o frente a los autores; por ello, cada autor ha de realizar un esfuerzo por identificarlos.

En este sentido los autores deberán adjuntar junto al artículo y a la declaración de compromiso, una comunicación dirigida a la revista expresando de forma clara y concisa si existen conflictos de intereses, especificando cada uno de ellos. En esta comunicación, además, han de precisar la fuente de financiación de la investigación adelantada; al igual que la declaración de cualquier vínculo comercial, financiero o personal que pueda afectar el artículo o la institución editora.

Política de retractación de artículos

Respecto a la eventualidad de retractación frente a las publicaciones incluidas en la Revista; la cual consiste en la posibilidad de invalidar o anular, de forma total o parcial, lo que se dijo o incluyó con anterioridad en algún ejemplar de la misma, la Universidad de Caldas establece la siguiente política.

La **Revista Jurídicas** se acoge de forma estricta a los lineamientos dados por el COPE, relativos a las causales de retractación para los artículos publicados en esta; frente a ello, serán causales generales de retracción para las publicaciones:

1. El incumplimiento de requisitos en el proceso editorial.
2. La falsedad comprobada de información y con la cual se adelantó el proceso editorial.
3. La comprobación de malas prácticas editorial es por parte de los autores.

4. El incumplimiento de los principios éticos que se debieron observar.
5. Incluir informaciones imprecisas o inexactas de manera deliberada.

Política de retracción de artículos

La retracción, como la acción de retraerse, reducirse o renunciar a algo, expresa la facultad que le asiste al autor de una obra o artículo de manifestar su voluntad de desconocer o renunciar a lo dicho o consignado con anterioridad y se manifiesta de forma práctica, y en la posibilidad del autor, de hacerlo saber a sus lectores por el mismo medio por el cual se dio a conocer el artículo u obra a la que renuncia. La retracción es un hecho personal, derivado de la autonomía de la voluntad del autor y de sus procesos de pensamiento y reflexión.

Procedimiento para la retractación y la retracción

Para los casos de retractación y retracción bajo los cuales se pretenda invalidar o anular, de forma total o parcial, lo que se dijo o incluyó con anterioridad en algún ejemplar de la Revista, así como retraerse o renunciar a una obra, artículo u opinión consignada, el autor o tercero con intereses jurídicos demostrados que pretenda hacer uso de esta política deberá enviar una comunicación escrita al Editor de la Revista; en la cual, haciendo uso de su calidad de autor o enviando las pruebas sobre su interés jurídico para la solicitud, según sea el caso, expondrá los argumentos y aportará las pruebas necesarias para solicitar la retractación precisando el alcance de la misma. Para los casos de retracción, el autor hará llegar la nota de retracción que deba incluirse para ser sometida a consideración por parte del Editor y el Comité Editorial.

Después de lo anterior, y una vez verificados los documentos enviados —o después de comprobar su calidad de autor para el caso de la retracción—, en un plazo no mayor a 10 días hábiles, el Editor procederá a exponer el caso ante el Comité Editorial; quienes deliberarán y decidirán por votación, bajo una mayoría simple (la mitad más uno), sobre la solicitud; de ser aceptada, se tramitará en un plazo no mayor a 30 días hábiles.

Contra la decisión no habrá recurso de apelación alguno; no obstante, el solicitante u otra persona, con interés legítimo en el tema, podrán solicitar de nuevo la retractación o retracción, según sea el caso, y aportar o mejorar las pruebas aportadas con anterioridad. Cualquier miembro del Comité Editorial, podrá solicitar y tramitar el procedimiento para la retractación. En el caso de la retracción, solo los autores o titulares de derechos podrán realizar la solicitud.

Una vez se decidida sobre la procedencia de la retractación o retracción, según sea el caso, esta se realizará en el siguiente número de la Revista publicada; siempre y cuando, aún sea posible editorialmente; en caso contrario, se incluirá en la siguiente edición. Para los casos de retracción, se incluirá la nota que proporcione el autor.

Procedimiento para la duplicación

Para la duplicación de textos, la cual consiste en la posibilidad de copiar o reproducir de forma textual, una o más veces, un contenido u obra literaria, en un nuevo soporte (digital o cualquier otro formato), la Revista se acoge al siguiente procedimiento general: todo material editorial, respecto del cual se hubiese solicitado o determinado su duplicación, se encabezará con una leyenda que identifique claramente su calidad de duplicado y que lo diferencie del original.

Para llevar a cabo este tipo de reproducción, el solicitante deberá diligenciar el formato interno de solicitud de duplicación y hacerlo llegar al correo de la revista (ver formato). El formato deberá ser diligenciado por el responsable del procedimiento, incluso cuando sea la misma revista la que determine su necesidad.

Procedimiento para incorporación de fe de erratas

La fe de erratas, para las publicaciones de la Revista, ha de ser entendida como el método usual de edición y posterior de todo artículo, por medio de la cual se corrigen todos los errores que se han detectado en un ejemplar de la revista. Para este procedimiento se debe tener en cuenta que, si solo una parte del artículo contiene algún error, este se puede rectificar posteriormente por medio de una nota editorial o una fe de erratas.

En el evento de que un autor(a) o cualquier tercero, incluyendo al personal de la revista, descubra un error grave en la publicación, este habrá de comunicarlo de forma escrita y precisa al Comité Editorial con el fin de enmendarlo a través de la "fe de erratas".

Para llevar a cabo este tipo de correcciones al material editorial, una vez se ha determinado la ocurrencia del hecho y la forma de darle solución, la fe de erratas se incluirá en una de las páginas iniciales del próximo ejemplar de la revista; siempre y cuando, aún sea posible editorialmente; en caso contrario, se incluirá en la siguiente edición.

Procedimiento frente a la originalidad y plagio

Para efectos de esta política, ha de considerarse la originalidad desde dos perspectivas: la primera, como la certeza de que la obra proviene de quien dice

ser su autor; la segunda, que la misma sea novedosa y diferente a otras creadas previamente. El concepto de plagio hace referencia también a que la obra o artículo se distinga de copias, falsificaciones o derivaciones no autorizadas o del uso no autorizado o adecuado de fragmentos de otras obras.

Corresponde a los autores asegurar la originalidad de los artículos aportados a la revista, así como la veracidad de los datos y resultados incluidos en estos, expresando de forma clara y concisa que los contenidos son originales y que no han sido copiados, inventados, distorsionados o manipulados.

El plagio o uso no autorizado de contenidos ajenos o de terceros, en todas sus formas, es rechazado totalmente por parte de la Revista; de igual forma, la publicación múltiple o redundante se consideran faltas graves a la ética.

Los autores se abstendrán de enviar a la Revista, textos que se han puesto al mismo tiempo a consideración en otra revista; siendo posible publicar contenidos que amplíen otros ya publicados o bajo consideración, siempre y cuando se cite debidamente el texto sobre el cual se basa.

Igual que para los eventos de retractación, en los casos de plagio o uso no autorizado de contenidos ajenos o de terceros debidamente comprobados, el denunciante deberá enviar una comunicación escrita al Editor en la cual expondrá los argumentos y aportará las pruebas necesarias para su denuncia. Después de lo anterior, y una vez verificados los documentos enviados, en un plazo no mayor a 10 días hábiles, el Editor procederá a exponer el caso ante el Comité Editorial; quienes decidirán sobre su real y efectiva ocurrencia; además lo pondrán en conocimiento de las autoridades respectivas, o de los afectados, según sea el caso.

Eventos de conflicto de intereses frente evaluadores

Corresponde a los evaluadores internos y externos de la Revista declarar cualquier conflicto de intereses que se presenten en relación con las obras puestas a su consideración.

El conflicto de intereses se presenta cuando, frente a una obra puesta a consideración de un evaluador o de personas que forman parte del equipo editorial, existe con su autor relación personal o profesional directa, de enemistad, o se tiene una relación de cualquier tipo con la investigación que le dio origen; al igual que un profundo conflicto moral o ético con el tema examinado. De forma general, los miembros del equipo editorial y los evaluadores externos han de abstenerse a revisar obras cuando incurran en alguna de estas o similares situaciones.

El equipo editorial de la revista se abstendrá de seleccionar evaluadores frente a los cuales tengan conocimiento de que se hallen o puedan hallarse afectados por alguna de esas situaciones mencionadas.

Declaración de confidencialidad de evaluadores

Siempre, sin excepción alguna, quien realice una evaluación o revisión de una obra presentada a la Revista debe considerar esta como totalmente confidencial hasta su publicación; por lo que no le será posible revelar ningún aspecto de su contenido o sus opiniones personales durante todo el transcurso del proceso de revisión y hasta terminada la publicación.

Es claro que, en ningún caso, es posible hacer público ni usar la información puesta en consideración; así como detalles, argumentos o interpretaciones contenidos en el texto objeto de revisión, ni para su propio beneficio o el de terceros. Únicamente en casos especiales y debidamente justificados puede utilizar la asesoría de expertos en la materia, circunstancia que ha de informar a la Revista.

Aspectos éticos

Cuando sea pertinente, se incluirá una explicación sobre los procedimientos seguidos en la investigación a fin de garantizar el cumplimiento de los principios y normas éticas de la Declaración de Helsinki de 1975 y posteriores revisiones.

Política de acceso abierto

Esta revista provee acceso libre a su contenido a través de su página Web (<http://juridicas.ucaldas.edu.co/>) bajo el principio de que hacer disponible gratuitamente investigación al público apoya a un mayor intercambio de conocimiento global.

Los contenidos Web de la Revista se distribuyen bajo una licencia **Creative Commons de Atribución**.



Esta licencia permite a otros distribuir, mezclar, ajustar y construir a partir de su obra, incluso con fines comerciales, siempre que le sea reconocida la autoría de la creación original.

Declaración de privacidad

La *Revista Jurídicas* autoriza la fotocopia de artículos y textos para fines académicos o internos de las instituciones con la debida citación de la fuente. Los nombres y direcciones de correos introducidos en esta Revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por ella y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

Sistema DOI

Los artículos de la Revista se adhieren al sistema DOI, por medio del cual se establece una infraestructura técnica y social para el registro y uso de identificadores para su uso en las redes digitales.

EDITORIAL GUIDELINES

The authors wishing to submit articles for consideration by the editorial board of our publication shall:

1. Send the article to the journal e-mail: revistajuridicas@ucaldas.edu.co The article must meet one of the categories proposed by Publindex for scientific papers (for further information see ethical policies of the journal). The type of article must be indicated in the subject section of the e-mail.

2. The article must be submitted in Word format. Similarly it should include: title, author or authors and contact address (email and postal address). It is essential to indicate which author will be responsible for receiving and sending correspondence or otherwise it will be assumed that the first author will take over that function. The text must be space and a half typed and, 12-point Arial font. Core data of the author or authors should be specified inside the article which must include: professional education, institutional affiliation, city, state or province, country, email (institutional), Google Scholar and ORCID (<http://orcid.org/>).

3. The Article reference must be accompanied by the curriculum vitae of each of the authors (see format) and the copyright release form signed by all authors (see format).

4. The article must be 25 sheets maximum (letter size sheets or quartos), which must be preceded by a brief abstract (objectives, methodology, results and conclusions) of the work in Spanish and English, not exceeding 150 words. Immediately after this abstract four to six key words must be included to identify the main issues under discussion.

5. Write the reviews and book reviews with a maximum of 10 sheets (letter size sheets or quartos) which must be preceded by the names, surnames and profession of the person making the review or book review, as well as complete bibliographical data (author's name and surname, full title of the book, edition number, place of publication, publisher, year of publication).

6. Provide unpublished articles. If it is a translated article the sources and origin of the original text as well as the respective permits for publication should be indicated clearly.

7. Send graphs, maps and photographs to a 266 dpi resolution in jpg or gif format. Next to the tables, the article annexes must be attached indicating the place where they will be inserted in the text. All these resources should be numbered consecutively in Arabic numerals and indicate clearly the corresponding source(s).

Only horizontal lines should be used in the tables according to APA format sixth edition.

8. Cite bibliographical sources, less than 40 words within the text as follows: (author, year, and page). Example: (Muñoz, 1996, p. 30). Citations having more than 40 words are written aside from the text, indented, unquoted and without using italics. At the end of the citation the period must be placed before the data —remember that for citations less than 40 words the period goes after—.

9. Footnotes, numbered sequentially, will be used only for clarification, comments, discussions and references by the author and should go in the corresponding page in order to facilitate the reader following of the text.

10. References are made based on APA norms, Sixth Edition. Remember that all must have hanging indentation. So:

Book:

Last name, Author's name initials. (Year). *Title of the book*. Publication place: Publishing house.

Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Book with an Editor:

Last Name, Author's name initials (Ed). (Year). Title. City, country: Publishing house.

Ramos Pascua, J.A. y Rodilla González, M.Á. (Eds.). (2006). *El positivismo jurídico a examen*. Salamanca, España: Universidad de Salamanca.

Book Chapter:

Last name, Author's name initials. (Year). Chapter Title. Initials of the editor or Publisher name. Last name. (Ed) or (Comp), *Title of the book* (pp. xx-xx). Place of Publication: Publishing house.

Ávila, R. (2011). El derecho de la naturaleza: fundamentos. En A. Acosta y E. Martínez (Comp.). *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política* (pp. 173-238). Quito, Ecuador: Abya Yala.

Journal article:

Last name, Author's name initials. (Year). Article Title. *Name of Journal*, volume (number), pp-pp.

Noguera, P. y Valencia, J. (2008). Ambientalizar el derecho en el contexto de un pensamiento logocéntrico. *Revista Jurídicas*, 2 (5), 27-44.

Article with DOI:

Last name, Author's name initials. (Year). Title of Article. *Name of Journal*, volume (number), pp-pp. doi: xx.xxxxxxx.

Turner, B.S. (1990). Outline of a Theory of Citizenship. *Sociology*, 2 (24), 189-217. doi: 10.1177/0038038590024002002.

Newspaper Article:

Last name, Author's name initials (Date). Title of Article. *Name of Newspaper* pp-pp.

Salgar, A. (28 de marzo de 2014). El desacato a la CIDH es muy preocupante. *El Espectador*, 2-2.

Graduate or Undergraduate Thesis:

Last name, Author's name initials (Year). *Title of Thesis* (Undergraduate, Master's or Doctoral Thesis). Name of Institution, place.

Álamos, F. (1992). *Maltrato infantil en la familia: tratamiento y prevención* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile.

Online:

Last name, Author's name initials (Year). *Title of Article*. Taken from (URL).

Ministerio del Interior y de Justicia. (2004). *Informe sobre el proceso de consulta previa al pueblo indígena Uwa para el proyecto exploratorio Sirirí y Catleya*. Recuperado de <http://www.observatorioetnicocecoin.org.co/files/Informfinal.pdf>.

Jurisprudence:

Constitutional Court. Sentence T-693 of 2011. Judge Speaker: Jorge Ignacio Pretelt

11. For more information contact:

Javier Gonzaga Valencia Hernández.

Editor *Jurídicas* Journal

E-mail: revistajuridicas@ucaldas.edu.co

Law Program, Law and Social Sciences Faculty, Universidad de Caldas Palogrande
Campus, Second Floor. Carrera 23, número 58-65, Manizales. Telephone: 8862720.
Ext. 21154.

JOURNAL ETHICS POLICY

Publication and authorship

The Journal does not accept previously published material. Authors are responsible for obtaining the appropriate permissions to partially reproduce material (text, tables or figures) from other publications and for citing the source correctly. The collaborations that appear here do not necessarily reflect the thinking of the Journal. Collaborations are published under the authors' responsibility.

If the author of an article wants to include it later in another publication, the journal in which it is published shall clearly identify the data of the original publication, previous permission requested to the journal Editor.

For its part, the Journal reserves the printing and total or partial reproduction of the material rights as well as the right to accept or reject the article. It also reserves the right to make any editorial changes it deems appropriate. In this case, the author will receive written recommendations from both the Editorial Committee and the evaluators. If the author accepts the recommendations he/she will deliver the article with the suggested adjustments within the dates fixed by the journal to guarantee its publication.

Peer Review Process

Each of the articles received is subjected to a process of review and selection. The study and the initial selection of the writings are in charge of the Editorial Committee, which accepts or rejects the original work based on the scientific quality, agreement with the Journal themes, and the validity in time of the results. In addition, the Committee may request changes and make recommendations they deem necessary to adjust the document to the indications of the Journal. Following this review, the article will undergo double-blind evaluation by two external academic peers who will issue a concept in which the article is accepted without any changes, the article is accepted subjected to minor changes and does not require a new evaluation, the article is approved subject to major changes and requires a new evaluation or the article is rejected. In the case the evaluators' concept leads to disputes, such disputes will initially be resolved by the Editor of the Journal or, if necessary, a second or third academic peer evaluation will be requested.

Anonymity of both, the authors and evaluators, is required in the evaluation process. Similarly, this evaluation will be reported to the author of the article via email in order to make the necessary adjustments requested by the evaluators. Upon receipt of the article with the corrections made, the Journal will verify compliance with the suggestions of the evaluators and will analyze the justifications for those corrections that have not been taken into account. Once approved this phase, the article will be

sent back to the author, and if necessary, the author will make adjustments as may be appropriate. The review and acceptance process of the submitted material can take an average of four months, and the article reception does not imply its approval and automatic publication.

Authorship policy

The Journal receives articles only by a maximum of three authors. Only those people who have contributed intellectually to the development of the work must be included in the list of signing authors. Having helped in data collection or having participated in one of the techniques used are not by themselves, sufficient criteria for authorship. In general, in order to be listed as an author, the following requirements must be met:

- Having participated in the design and implementation of the work that has resulted in the article to be submitted.
- Having participated in the text writing and any revisions thereof.
- Having approved the version that will eventually be published.

The Journal accepts no responsibility for any possible disputes regarding the authorship of the works published.

The *Revista Jurídicas* adheres to **COPE (Committee on Publication Ethics)** (http://publicationethics.org/files/u2/New_Code.pdf).

Transfer of Copyright

Along with the article, authors shall forward the “**Declaration of Commitment by the Authors**” format respectively signed by each of the authors.

The judgments and opinions expressed in the articles and papers published in the Journal are the author or authors’ judgments and opinions and not necessarily those of the Editorial Committee.

Publication Rights

If the document is accepted for publication, copyright will be from Universidad de Caldas. As mentioned, each article must be accompanied by the Declaration of Commitment by authors in which it is specified that the article is unpublished and indicates that copyrights are the exclusive property of the Journal, and other aspects that are explicit in the document such as the article has not been submitted simultaneously for publication elsewhere. Moreover, the author is responsible

for obtaining permission to reproduce any material protected by copyright and must clearly specify which table, figure or text will be cited and full bibliographic reference. The opinions, judgments and views expressed by the authors are their own and do not reflect the opinion or policy of the Journal.

Conflict of Interest

The Journal expects authors to declare any commercial association that might pose a conflict of interest in connection with the submitted article.

By the nature of the articles that can eventually be published in the Journal, conflicting interests conditions may occur that can affect the impartiality in the editorial conditions or against the authors. Therefore, each author has to make an effort to identify them.

In this sense the authors should attach along with the article and the declaration of commitment, a communication to the Journal stating clearly and concisely if conflicts of interest exist, specifying each. This communication also has to specify the source of funding carried out for research, as well as the declaration of any commercial, financial or personal relationship that may affect the article or the publishing institution.

Article Recantation Policy

Regarding the possibility of recantation against the publications included in the Journal, which consists in the possibility to totally or partially override or cancel what was said or included previously in any copy of the Journal, Universidad de Caldas establishes the following policy.

The *Revista Jurídicas* is protected strictly by the guidelines given by COPE concerning detraction causes for articles published in it. Facing this situation, legal causes for retraction for publications will be:

1. Failure to comply with requirements in the editorial process.
2. Verified false information and with which the editorial process was carried out.
3. Verification of editorial malpractice by the authors.
4. Failure to comply with the ethical principles that should be observed.
5. Deliberate Inclusion of incorrect or inaccurate information.

Article Retraction Policy

Retraction, as the action of withdrawing, canceling or refuting something, expresses the authority vested in the author of a work or article to express their willingness to ignore or desist of what has been said or recorded previously and it manifests practically and in the possibility for the author to let it be known by the readers using the same means by which the article or work the author is weaving was published. Retraction is a personal fact derived from the autonomy of the author and his thought processes and reflection.

Recantation and retraction procedure

For recantation and retraction under which it is intended to override or cancel totally or partially what was said or included previously in any copy of the Journal, as well as to retract or give up to a work, article or review recorded, the author or third party with proven legal interests seeking to make use of this policy should send a written communication to the Journal Editor in which, using his authorship or sending evidence of their legal interest for the request, as appropriate, will present the arguments and provide the evidence necessary to request the withdrawal specifying the scope thereof. For cases of retraction, the author will deliver the retraction note that must be included to be submitted for consideration by the Editor and the Editorial Committee.

After this, and after verification of the documents submitted, or after checking the author's authorship for the case of retraction, within no more than 10 working days the Editor shall expose the case to the Editorial Committee who consider and decide by vote, under a simple majority (half plus one), on the request. If accepted, it will be processed within no more than 30 working days.

There will not be any appeal against the decision. However, the applicant or another person with a legitimate interest in the subject, may reapply for recantation or retraction, as appropriate, and provide or improve the evidence presented earlier. Any member of the Editorial Committee may request and process the procedure for retraction. In the case of recantation, only the authors or rights holders may make the request.

Once it is decided on the merits of recantation or retraction, as appropriate, this will be done in the following issue of the Journal to be published, provided it is still possible editorially. Otherwise, it will be included in the following edition. For cases of retraction, the note provided by the author will be included.

Procedure for duplication

For duplication of texts, which is the ability to copy or reproduce in textual form one or more times a content or literary work in a new medium (digital or any other format), the Journal bases on the following general procedure: all editorial material, with respect to which duplication has been requested or set, shall be headed by a legend that clearly identifies duplicate quality and that sets a difference from the original.

To carry out this type of reproduction, the applicant must fill out the internal application form for duplication and send it by mail to the Journal (see format). The format should be completed by the responsible for the procedure, even if it is the Journal that determines its need.

Procedure for incorporating errata sheet

Errata sheet, for publications of the Journal, must be understood as the usual method of editing and subsequent to all articles, by which all errors detected in a copy of the Journal are corrected. For this procedure it should be taken into account that if only part of the article contains an error, it can be subsequently rectified by means of an editorial or an errata sheet.

In the event that an author or any third party, including the staff of the Journal, finds a serious error in the publication, they must communicate it in writing in a precise way to the Editorial Committee to amend it through the “errata sheet”.

To carry out this type of corrections to the editorial material, once the occurrence of the event and how to resolve it has been determined, the errata sheet will be included in one of the initial pages of the next issue of the Journal provided it is still possible editorially. Otherwise, it will be included in the following edition.

Procedure against the originality and plagiarism

For purposes of this policy, the originality must be considered from two perspectives: first, as the certainty that the work comes from who claims to be its author; and second, that it is new and different from other works created previously. The concept of plagiarism also refers to the fact that the work or article distinguishes from copies, counterfeits or unauthorized branches, or the unauthorized or non-suitable use of fragments of another work.

Authors are responsible to ensure the originality of the articles provided to the Journal, as well as the accuracy of the data and results included in them, stating clearly and concisely so that the contents are original and have not been copied, fabricated, distorted or manipulated.

Plagiarism or unauthorized use of other people's or third-party's contents, in all its forms, is totally rejected by the Journal. Similarly, multiple or redundant publications are considered serious offense to ethics.

The authors will refrain from sending to the Journal, texts that have been simultaneously submitted to another journal. It is possible to publish content to expand other contents published or under consideration, provided the text on which it is based is properly cited.

As for the retraction events, in cases of plagiarism or unauthorized use of other people's or third-party's contents duly verified, the complainant must send a written communication to the Editor in which he explains the arguments and provide the evidence necessary for his claim. After this, and after verification of the documents submitted, within a period not exceeding 10 working days, the Editor shall expose the case to the Editorial Committee who will decide on its real and effective occurrence. They will also inform the respective authorities, or person affected, as applicable.

Events of conflict of interest against evaluators

It corresponds to the internal and external evaluators of the Journal to declare any conflict of interest that arise in relation to works submitted for consideration.

The conflict of interest in relation to a work submitted for consideration of an evaluator or people who are part of the editorial team arises when there exists direct personal or professional relationship with the author, feud, or there is a relationship of any kind with the research that gave rise to the article, as well as if there is a deep moral or ethical conflict with the subject examined. Generally, members of the editorial team and external evaluators have to refrain from reviewing works when any of these or similar situations occur.

The editorial team of the Journal will refrain from selecting evaluators whom they have knowledge they are or may be affected by any of the situations mentioned.

Evaluators' Privacy Statement

Always, without exception, who conducts an evaluation or review of a work submitted to the Journal should consider this as totally confidential until publication, reason why it will not be possible to disclose any aspect of its content or the evaluator's personal opinions throughout the course of the review process and until after the publication

It is clear that, in any case, it is possible to make public or use the information put into consideration, or give details, arguments, or interpretations contained in the text under review neither for the evaluator's own benefit nor for third parties' benefit. Only in special and duly justified cases, the evaluator can use the advice of experts in the field which has to be informed to the Journal.

Ethical aspects

Where appropriate, an explanation of the procedures followed in the investigation to ensure compliance with the principles and ethical standards of the Declaration of Helsinki of 1975 and subsequent revisions.

Open Access policy

This journal provides free access to its content through its website (<http://juridicas.ucaldas.edu.co/>) following the principle that making research available free of charge to the public supports a larger exchange of global knowledge.

Web content of the journal is distributed under a **Creative Commons Attribution** License



This License allows others to distribute, mix, adjust and build from the authors' work, even for commercial purposes, whenever the authorship of the original creation is recognized.

Privacy statement

The *Revista Jurídicas* authorizes article and texts photocopying for academic purposes or for internal purposes in the institutions with the appropriate citation of the source. The names and e-mail addresses introduced in the journal will be used exclusively for the purposes stated in it and will not be made available for any other purpose or to any other person.

DOI system

The Journal articles adhere to the DOI system whereby technical and social infrastructure for the registration and use of identifiers for use in digital networks is established.

Revista
JURÍDICAS

FORMATO DE SUSCRIPCIÓN

Nombre / Name	
Cédula / Identification number	
Dirección / Address	
Ciudad / City	
Departamento / State	Código Postal / Zip Code
País / Country	
Teléfono / Phone Number	
Profesión / Profession	
Institución / Employer	
Correo Electrónico / E-mail	
Dirección de envío / Mailing Address	

Suscriptores Nacionales por un año. (2) Ejemplares

Se debe consignar en Bancafé, cuenta de ahorros No. 255050114 código 00HD005
Promoción e indexación de publicaciones científicas.





Mayores informes:

Vicerrectoría de Investigaciones y Postgrados
Universidad de Caldas. Calle 65 N° 26 - 10
A.A. 275 Manizales - Colombia
Tel: 8781500 ext. 11222
Fax: 8781500 ext. 11622
E-mail: revistajuridicas@ucaldas.edu.co
revistascientificas@ucaldas.edu.co

Último ejemplar recibido / Last issue mailed:

Año/Year Volumen/Volume Fecha/Date

REVISTAS CIENTÍFICAS UNIVERSIDAD DE CALDAS









FACULTAD	REVISTA	INDEXADA EN
CIENCIAS EXACTAS Y NATURALES	BOLETÍN CIENTÍFICO CENTRO DE MUSEOS MUSEO DE HISTORIA NATURAL	A2 Scopus, SciELO, EBSCOhost, Zoological Record, Index Copernicus, Gale Cengage Learning, Latindex
ARTES Y HUMANIDADES	 Revista KEPES	PUBLINDEX+ A2 Scopus, EBSCOhost, Gale Cengage Learning, Latindex
	 ph DISCUSIONES FILOSÓFICAS	PUBLINDEX+ C Scopus, SciELO, EBSCOhost, Philosopher's index, Index Copernicus, Gale Cengage Learning, Latindex
	Revista de Estudios Educativos Latinoamericana	PUBLINDEX+ C Redalyc, EBSCOhost, Gale Cengage Learning, Latindex, DOAJ, MIAR, REDIB
	REVISTA COLOMBIANA DE LAS ARTES ESCÉNICAS	EBSCOhost, Latindex
CIENCIAS AGROPECUARIAS	 Luna Azul	PUBLINDEX+ C Scopus, SciELO, Redalyc, EBSCOhost, DOAJ, Index, Copernicus, Gale Cengage Learning, Latindex
		Emerging Source Citation Index, EBSCOhost, CAB Abstracts, Gale Cengage Learning, Latindex, REDIB
	AGRONOMÍA	EBSCOhost, CAB Abstracts, Latindex



VICERRECTORÍA DE
INVESTIGACIONES Y
POSGRADOS

OFICINA DE
REVISTAS
CIENTÍFICAS

Visítenos en: revistascientificas.ucaldas.edu.co

FACULTAD	REVISTA	INDEXADA EN
CIENCIAS PARA LA SALUD		PUBLINDEX+ B SciELO, Redalyc, EBSCOhost, Lilacs, DOAJ, Gale Cengage Learning, Latindex, REDIB
		SciELO, EBSCOhost, Lilacs, Gale Cengage Learning, Latindex, REDIB
CIENCIAS JURÍDICAS		PUBLINDEX+ C Scopus, EBSCOhost, Gale Cengage Learning, Latindex, DOAJ, REDIB, MIAR
		PUBLINDEX+ C Emerging Sources Citation Index, EBSCOhost, Gale Cengage Learning, Latindex, DOAJ, Clase, REDIB, MIAR, SciELO, Clacso, Ulrich's
		EBSCOhost, Emerging Source Citation Index, Index Copernicus, Gale Cengage Learning, Latindex, MIAR
		Emerging Source Citation Index, EBSCOhost, Latindex, REDIB, MIAR
		Emerging Source Citation Index, EBSCOhost, REDIB, CLASE, CLACSO, MIAR
INGENIERÍAS		EBSCOhost, Gale Cengage Learning, Latindex

* convocatoria Publindex 768-2016

OFICINA DE REVISTAS CIENTÍFICAS
 Vicerrectoría de Investigaciones y Posgrados
 Universidad de Caldas - Sede Central
 Calle 65 No. 26-10
 Teléfonos: (+57) 6-8781500 Ext: 11222
 E-mail: revistascientificas@ucaldas.edu.co
 Manizales-Colombia

**Esta Revista se terminó de imprimir
en junio de 2020
en Pixelar S.A.S
Manizales - Colombia**