

Problemas Contemporáneos del Derecho en Colombia

Una aproximación reflexiva

Problemas Contemporáneos del Derecho en Colombia

——— **Una aproximación reflexiva** ———

Fundación Universitaria del Área Andina, 2016
Título: Problemas Contemporáneos del Derecho en Colombia
Autor: Andrés Fernando Mejía, Juan Camilo Rave, Carlos Eduardo Saraza,
Cristian Horacio Jaramillo, Jessica Paola Melo
Fecha de edición: Febrero 2016

ISBN 978-958-8494-96-8

© Fundación Universitaria del Área Andina.

Editor: Eduardo Mora Bejarano
Coordinación editorial: Claudia Marcela Bermúdez
Corrección de estilo: Ana María Guerrero
Diseño y diagramación: Laura Daniela Ardila
Impresión:

Dirección Nacional de Investigación y Desarrollo
Fundación Universitaria del Área Andina
Calle 71 n.º 11 – 14, Piso 3, Bogotá, D.C. Colombia.
Telf.: (57-1) 7 42 19 64 ext. 1228
E-mail: publicaciones@areandina.edu.co
<http://www.areandina.edu.co>

PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS DEL DERECHO EN COLOMBIA
MEJÍA ANDRÉS FERNANDO, RAVE JUAN CAMILO, SARAZA CAR-
LOS EDUARDO, JARAMILLO CRISTIAN HORACIO, MELO JESSICA
PAOLA/1. ed. Bogotá D.C, 2016 Fundación Universitaria del Área Andina,
2016, 182 p.: il. col.

ISBN 978-958-8494-96-8

Catalogación en la Fuente. Fundación Universitaria del Área Andina (Bogotá).

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra y su tratamiento o transmisión por cualquier medio o método sin autorización escrita de la Fundación Universitaria del Área Andina y sus autores.

FUNDACIÓN UNIVERSITARIA DEL ÁREA ANDINA

Pablo Oliveros Marmolejo †

Gustavo Eastman Vélez
Miembros Fundadores

Marta Sandino de Oliveros

Miembro de la Asamblea General

Marcela Oliveros Sandino

Presidente Asamblea General
Consejera Corporativa

Carlos Patricio Eastman Barona

Presidente del Consejo Superior
Miembro de la Asamblea General
Presidente Consejo Directivo Seccional Pereira

Fernando Laverde Morales

Rector Nacional
Representante Legal
Miembro del Consejo Superior

Edgar Orlando Cote Rojas

Rector Seccional Pereira

Sonia Sierra González

Vicerrectora Nacional Académica

José Leonardo Valencia Molano

Vicerrector Nacional Administrativo

Eduardo Mora Bejarano

Director Nacional de Investigaciones

ÍNDICE

Presentación

Incoherencias argumentativas y excesos competenciales de la Corte Constitucional.

Andrés Fernando Mejía 9

Marco teórico para la definición y análisis de las Políticas Públicas

Juan Camilo Rave 41

La teoría de la carga dinámica de la prueba aplicada en las acciones de extinción del dominio en Colombia.

¿Vulneración al derecho fundamental al debido proceso?.

Carlos Eduardo Saraza Gómez 87

Medidas cautelares innominadas en materia de competencia desleal proferidas por la superintendencia de industria y comercio.

Cristian Horacio Jaramillo García

Andrés Fernando Mejía 119

Evolución del estatus jurídico de la protección animal en Alemania, Estados Unidos y Colombia.

Jessica Paola Melo Parra 153

Los autores 179

PRESENTACIÓN

Con el ánimo de dinamizar y proyectar la producción de conocimiento en los campos del saber que nutren a nuestra facultad, hemos creado la colección *Derecho, Política y Sociedad*, a través de la cual esperamos brindar a la comunidad académica local, regional, nacional e internacional, los avances y creaciones académicas y científicas que nuestros profesores y estudiantes vienen desarrollando, en áreas como el Derecho, la Ciencia Política, la Psicología y las Humanidades. En esta ocasión presentamos *Problemas contemporáneos del Derecho en Colombia. Una aproximación reflexiva*, libro que reúne un conjunto diverso de aproximaciones a un problema central de nuestro país, como lo es la relación Derecho y Sociedad.

A través de este texto, el lector podrá encontrar, por ejemplo, reflexiones del más alto nivel sobre las competencias y los alcances de la Corte Constitucional, un asunto que si bien no es nuevo, ha adquirido una especial relevancia tanto en Colombia como en otros países, tal y como lo señala en su capítulo el profesor Andrés Fernando Mejía.

Por su parte, el profesor Juan Camilo Rave nos presenta un detallado análisis sobre los factores, epistemológicos, pero también procedimentales, que entran en juego en la elaboración y evaluación de las políticas públicas.

En su capítulo, Carlos Eduardo Saraza, estudiante de IX semestre del programa de Derecho, cuestiona si el procedimiento de extinción de dominio, tal y como se practica en algunos casos en Colombia, no termina siendo un procedimiento que atenta con el derecho al debido proceso, por ello nos muestra tanto jurisprudencial como casuísticamente los pormenores de esta problemática. De modo similar, Cristian Horacio Jaramillo, estudiante de VIII semestre del programa de Derecho, y el profesor Andrés Fernando Mejía, abordan tanto teórica, como jurisprudencialmente, las medidas cautelares innominadas en materia de competencia desleal que se han proferido por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Por último, nuestra egresada Jessica Paola Melo, nos presenta la evolución que ha tenido el derecho y la protección animal, a partir de un análisis comparado de la legislación en Alemania, Estados Unidos y en Colombia.

Esperamos que estos trabajos, que combinan tanto elementos de reflexión teórica, con la constatación empírica, lo que hace de este libro una excelente oportunidad para reflexionar a su vez sobre las condiciones actuales del Derecho como disciplina académica y de los retos que éste deberá afrontar en la formación de nuevos profesionales.

Gloria Inés Herrera Guevara

Abogada, Especialista en Derecho Comercial y Magister en Educación

Decana

Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y Humanísticas

Fundación Universitaria del Área Andina

Seccional Pereira

Incoherencias argumentativas y excesos competenciales por parte de la Corte Constitucional

Andrés Fernando Mejía Restrepo

I. Introducción

La Corte Constitucional de Colombia profiere continuamente sentencias y actúa según parámetros que se encuentran por fuera de la órbita de las competencias señaladas de manera taxativa y rigurosa por el Constituyente del 91, de manera específica, en el artículo 241 de la Constitución Política. Si bien es cierto, los tribunales constitucionales en el mundo han adquirido un protagonismo sin parangón en la historia de las sociedades modernas, no es menos cierto que todos los organismos del Estado se encuentran sujetos a las reglas previamente establecidas (en este caso por el Constituyente del 91) y el respeto de esas normas permite predicar la vigencia del denominado Estado de derecho. De esta manera, en este capítulo se abordará en primera instancia la función del juez y el cambio de su rol en un Estado constitucional de cosas previamente no experimentado y que varió sustancialmente desde la segunda postguerra mundial, pasando de ser simplemente un aplicador a un creador dinámico de derecho. En segundo término, se examinará someramente el sistema de pesos y contrapesos entre las ramas del poder público. En un tercer aparte se abordarán cuatro situaciones o sentencias proferidas por la Corte Constitucional a saber: i) la jurisprudencia como criterio auxiliar de la actividad judicial; ii) la Costumbre como fuente formal de derecho; iii) el juicio de la sustitución de la Constitución, y; 4) la declaratoria de estado de cosas inconstitucionales. En un cuarto momento, se pondrán de presente dos sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela Sala Constitucional con el objeto de contrastar formas de argumentos y las implicaciones de una argumentación insuficiente por parte de los tribunales de cierre en materia constitucional y la falta de control efectivo en forma de contrapeso de otros organismos estatales, por último, se referirán ciertas conclusiones y se confeccionarán algunas recomendaciones.

II. Breve antecedente de la función de juzgar

Tradicionalmente, en las formas de gobierno monárquicas absolutas, la función jurisdiccional ha sido identificada con la de administrar justicia, esta denominación resultaba propicia, toda vez que, los jueces decidían en cada caso de conformidad con la voluntad del rey, voluntad erigida en ley, en virtud de la doctrina denominada el derecho divino de los reyes. En efecto, es vestigio histórico del vocabulario designar a la jurisdicción como la función de administrar justicia tal si fuera una delegación del poder ejecutivo¹, que es el encargado por naturaleza de la tarea de administrar. Con la Revolución Francesa y el advenimiento del concepto de la soberanía popular², el poder legislativo se constituye en el depositario de la confianza del pueblo y en único concededor e intérprete autorizado de las necesidades, contingencias y acontecimientos de la sociedad. Conocimientos que refleja en la ley; acto a su vez, legítimo para regular el actuar del hombre social.

Ante los temores fundados que despertaba la tarea del juez (por el papel que desempeñaba en la forma de gobierno monárquico absoluto, función confundida aún en las bases teóricas –planteamiento de John Locke- de la moderna concepción del Estado con la desarrollada por el poder ejecutivo) y considerando que el legislador podía, debía y de hecho, contemplaba y plasmaba en la ley todos los hechos que debían ser regulados³, se limitaron al máximo las tareas que desempeñaban los jueces, llegando al punto de describirlas simplemente como la voz o la boca de la ley (pasando entonces los jueces de ser delegatarios de la función de administrar a ser delegatarios de la función legislativa)⁴; de modo tal, que campos de la creación del derecho le estaban vedados. Debía circunscribir su ejercicio exclusivamente a adecuar los hechos a los presupuestos establecidos en las normas, de tal suerte, que ninguno de éstos podían quedar fuera de los moldes dispositivos generados por el legislador (concepto de completitud del ordenamiento jurídico); en efecto,

1 El poder judicial del Estado no fue contemplado en principio por el planteamiento génesis de la teoría de la tridivisión del poder tal y como uno de ellos; en realidad, John Locke no define la función judicial como un poder autónomo y alude a éste como el poder federativo y considera en su obra "Ensayo sobre el gobierno civil" que la función federativa y el poder ejecutivo suelen encontrarse reunidos, y, que es difícil separarlos. Véase Locke, J. (2003). Ensayo sobre el gobierno civil. (3ª ed.) México: Editorial Porrúa.

2 En la constitución francesa de 1793 se estableció que la soberanía reside en el pueblo que de conformidad con la teoría del Contrato social de Rousseau atribuye a cada asociado una parte igual de la autoridad soberana, siendo entonces el sufragio universal un pilar fundamental de la democracia y el poder legislativo la máxima expresión de libertad y autonomía del pueblo.

3 Mito del legislador racional.

4 El sistema jurídico se concebía completo, coherente y claro, en él no quedan espacios para la invención, no existen antinomias y las soluciones para todos los casos se encuentran plasmadas con nitidez.

“los hechos están ahí y su prueba es un proceso objetivo en el que no queda margen para la evaluación personal del juzgador; las cosas son o no son, y son o no con independencia de las opiniones del juez” (García, 2005, p. 16).

La escuela de la exégesis⁵ plantea, por tanto, que el juez encontrará para cada caso concreto la única respuesta y forma de decidir en las normas que previamente han sido promulgadas, dicho planteamiento ha sido tradicional y generalizadamente relacionado con el método de la subsunción; éste, antes que método o representación absoluta de la lógica formal (Feteris, 2005/2007, p. 62-66), constituye hoy día, a todas luces, una forma de argumento; esto es, el argumento silogístico. De otro lado, la Jurisprudencia de Conceptos apela también a la subsunción, pero no de hechos en la norma, sino de hechos en conceptos, que de manera ideal contienen “la regulación detallada de cada institución de las que componen el derecho” (Feteris, 1999/2007, p. 18). Sin embargo, tal y como acertadamente anota Hart:

Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un halo de vaguedad o “textura abierta”, y ello puede afectar tanto la regla de reconocimiento que especifica los criterios últimos usados en la identificación del derecho, como una ley particular. (Hart, 1961/2007. P. 153).

Con esta afirmación, Hart deja expuesto el carácter del ordenamiento jurídico; ciertamente, en éste pueden existir varias respuestas, en principio válidas e igualmente diferentes para un caso, para lo que interesa, de aquellos ventilados ante la jurisdicción, y quizá su aserción cimiente el concepto de la argumentación jurídica; en efecto, las “razones” para afirmar como para negar la aplicación de una disposición normativa serán fundamentales en el estudio que se pretende. El sistema jurídico no puede comprenderse entonces como un entramado completo, coherente y claro, al respecto Taruffo considera:

5 Francois Géný, contemporáneo del uso predominante de ese método, consideraba que los jueces al decidir debían tomar en cuenta además, de las normas positivas, aspectos económicos y sociales, planteamientos ventilados con la denominación de *libre recherche scientifique*. También es pertinente señalar que es probable que nunca haya existido la denominada “escuela de la exégesis”, sino que esta denominación se acuñó por el propio Géný con el objeto de realizar sus críticas al formalismo imperante en aquella época.

Es sabido por todos que el modelo del legislador simple, claro, racional y coherente ha decaído desde hace tiempo (admitiendo que alguna vez haya existido en la realidad, fuera de los sueños de los filósofos). En todos los ordenamientos la producción normativa se ha vuelto inmensa, incontrolable, incoherente, penetrante, fragmentaria, variable. Además, dada la fortísima aceleración de los cambios económicos y sociales, la intervención del legislador es cada vez más retardada con respecto a la evolución de los hechos que quisiera regular. (Taruffo, 2006, p. 185).

Aún así, el juez debe decidir, es decir, existiendo lagunas y antinomias, el operador jurídico debe resolver el asunto que ha sido puesto a su consideración:

En consecuencia, él deberá de todas maneras escoger y formular una regla *iuris* para cada caso (...), pero esta escogencia será tanto más arriesgada y potencialmente arbitraria cuanto menos clara es la situación de las fuentes del derecho en el ordenamiento en que el juez trabaja. (Taruffo, 2006, p. 185).

Teniendo el juez un irreductible margen de discrecionalidad decisoria, ya que no existe norma aplicable, o no hay claridad sobre la norma a aplicar ni certeza sobre el sentido de la decisión, el juez debe exponer los motivos, las razones por las cuales optó por tal o cual sentido de decisión en lugar de aquél.

En los casos claros, en los que no se requiere una interpretación adicional, los jueces sólo necesitan mencionar los hechos y la norma jurídica aplicable. En los casos difíciles, en los que se requiere una interpretación, se debe dar una justificación adicional que explique la interpretación. (Feteris, 1999/2007, p. 29).

En esa línea, de la estructura ideal inicial planteada para el ejercicio de la función jurisdiccional, al juez solo se le garantiza uno de los elementos cual es el de la unidad del ordenamiento jurídico, en efecto, en Colombia prima la teoría monista del ordenamiento jurídico con primacía del derecho internacional al tenor de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política, según el cual:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (...)

No obstante, ha resultado cuando menos ingenuo considerar que el ordenamiento jurídico se puede concebir como completo y coherente, motivo por el cual mantener vigente en la práctica el aforismo del *iura novit curia* no sería tampoco acertado, y ello es así en la medida de que ningún juez podrá conocer el derecho si este ordenamiento no es claro y no contiene las reglas necesarias para desatar los conflictos que se someten a su decisión, en últimas este aforismo resulta siendo una ficción jurídica del tipo⁶ dispuesto en el artículo 9 del Código Civil⁷. Aún en la misma Constitución se logran observar incoherencias normativas bajo la forma de antinomias, en realidad, de los artículos 33, de una parte, y 42 y 13 de la otra, se extraen consecuencias jurídicas contrarias que de aplicarse según el método tradicional silogístico llevaría a situaciones de hecho manifiestamente contrarias al espíritu garantista de los derechos fundamentales de la Constitución:

ARTICULO 33. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

ARTICULO 42. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar. . . (Subrayado fuera del texto original).

De la redacción literal del artículo 33 se infiere que el derecho garantizado constitucionalmente de no declarar en contra de familiares tiene un ámbito más amplio en el evento de que los hijos sean biológicos (hasta el cuarto grado de consanguinidad), en tanto que la garantía es inferior si se trata de hijos adoptados (hasta el primer grado solamente), situación que evidentemente es discriminatoria por razón del origen familiar de los hijos, disposición que

⁶ Necesario pero imposible de cumplir.

⁷ La ignorancia de las leyes no sirve de excusa.

contraría abiertamente el tenor literal tanto del artículo 13 como del 42 de la Constitución. En eventos como este, se evidencia la falta de coherencia del ordenamiento jurídico y al juez no se le puede exigir un mero ejercicio subsuntivo carente de cualquier interpretación, aún más, las reglas tradicionales de aplicación de las normas tampoco son aplicables en este nivel, es decir, *lex posterior derogat priori*⁸, *lex superior derogat inferiori*⁹, *lex specialis derogat generali*¹⁰, ya que de intentarse aplicar, habría que restarle eficacia a una norma constitucional, lo que en el contexto jurídico colombiano es inviable. Si los parámetros tradicionales (propios de la escuela de la exégesis) no son aplicables en este particular caso, ¿Cómo se resuelve el mismo?, si se opta por una solución meramente positivista legalista, se tendría:

Tratándose de normas del mismo nivel, es decir del mismo rango en la escala normativa y contemporáneas, es decir que ninguna es posterior a la otra, con igual grado de generalidad, debe admitirse que ambas tienen igual validez, en el sentido de que ambas están válidamente incorporadas al sistema. Empero, las dos no pueden ser contemporáneamente eficaces, es decir, no pueden ser aplicadas simultáneamente. En este caso, y sólo en este, la coherencia no sería condición de validez, más si de eficacia (Bobbio, 1994, p. 183). (posibilidad de que la disposición produzca efectos jurídicos). Bobbio llama a este tipo de antinomias, antinomias insolubles (Bobbio sugiere que el intérprete tiene la posibilidad de eliminar una de las normas, eliminar las dos, o conservar las dos, acudiendo principalmente al principio de favorabilidad).(Corte Constitucional, C-1287, 2001).

Por el contrario, si se da prevalencia a una óptica no positivista (formalista sería un término mucho más apropiado), habría que considerar que:

El ordenamiento jurídico no se agota en estándares que funcionan como reglas, sino que en él es posible encontrar otros que operan como “principios, directrices políticas y otros tipos de pautas” (Dworkin, 1995, p. 75), a los cuales llamó genéricamente “principios”. Estos tipos de estándares jurídicos, o bien proponen objetivos que han de ser alcanzados, o

8 Artículo 2 Ley 153 de 1887. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior.

9 Artículo 9 Ley 153 de 1887. La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra ó a su espíritu, se desechará como insubsistente.

10 Artículo 3 Ley 153 de 1887. Estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia á que la anterior disposición se refería.

bien contienen exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. La diferencia entre principios y reglas es para Dworkin una diferencia lógica. Las reglas son aplicables «a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.» (Dworkin, 1995, p. 75) En cambio los principios no “establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas” (Dworkin, 1995, p. 75), puesto que ellos sólo enuncian razones pero no exigen decisiones particulares. (Corte Constitucional, C-1287, 2001).

Ahora queda claro que el ordenamiento jurídico no solo se haya compuesto por reglas, sino que además existen principios, que necesariamente se deben aplicar de manera diferente a las reglas, por tanto, es imperativo concluir que la función del juez debe y de hecho va mucho más allá de la simple aplicación de las normas, de la concreción en sentencia de las características de generalidad y abstracción de la disposición; subsumir hechos en la norma no es ya, la principal de las funciones del operador jurídico, en efecto, respecto de las reglas y principios establece Robert Alexy ():

... las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto pueden ser llamadas “mandatos definitivos”. Su forma de aplicación característica es la subsumición. En cambio, los principios son mandatos de optimización. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de principios. (p. 75).

Por si fuera poco, el ordenamiento cuenta además de reglas y principios, con valores, como otra categoría normativa, superior a los primeros dos y

con características axiológicas generales, así pues, la diferencia entre valores y principios viene dada porque los primeros tienen un carácter axiológico al paso que los segundos lo tienen deontológico. En tal medida, los principios entendidos como conceptos deontológicos, expresan un deber ser y se manifiestan bajo la forma de mandatos, prohibiciones, permisiones o derechos. Los valores, como conceptos axiológicos expresan en sí mismos algo bueno. Por ello afirma que:

... lo que en el modelo de los valores es prima facie lo mejor es, en el modelo de los principios, prima facie lo debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente lo debido. (Alexy, 1997, p. 55).

Una vez puntualizado el carácter tridimensional normativo del ordenamiento jurídico, y los dos métodos diferentes de aplicación que se usan para los dos primeros niveles, esto es, la subsunción para las reglas en tanto que la ponderación para los principios, es pertinente determinar la forma en la que la Corte Constitucional desató el caso de antinomia constitucional:

Ahora bien, como se ha dicho, la doctrina jurídica expuesta propone que cuando surgen conflictos entre normas que reconocen valores o principios, es decir cuando parecen contraponerse, es menester acudir a la ponderación para lograr su armonización. Así las cosas, la distinción entre las nociones mencionadas, acaba siendo un método de interpretación constitucional válido para lograr la coherencia interna práctica de las normas superiores, que supera el criterio formalista de prevalencia de la especialidad sobre la generalidad (.....).

Es clara pues la existencia de normas que reconocen valores y de normas de principios dentro de nuestra Constitución, cuya ubicación inicial dentro de su texto y la forma abierta de su redacción, no dejan duda a cerca de su papel como referente hermenéutico, que determina el sentido en que deben ser interpretadas todas las demás normas del texto superior y del ordenamiento jurídico en general, en cuanto señalan, con diverso grado de concreción, los fines esenciales por los que propende el Estado. Esta realidad ha sido admitida sin ambages por la jurisprudencia. (Corte Constitucional, C-1287, 2001).

Sin embargo, el papel hermenéutico de categorías normativas con textura tan amplia como los valores y los principios, eventualmente se puede prestar para interpretaciones acomodaticias sin sustento en argumentos de autoridad tan siquiera, en ese sentido, la Corte termina puntualizando que la igualdad es al mismo tiempo un valor y un principio, categorías diferentes con características y aplicabilidad distintas¹¹, análisis que por lo menos desde la concepción teórica misma es a todas luces inapropiado:

La igualdad es entonces, simultáneamente, un valor, un principio y un derecho fundamental. (...) en aras de su efectividad y de la posibilidad de su protección a través de la acción de tutela, decidió hacer énfasis en su connotación de derecho, por lo cual adoptó el texto del actual artículo 13. (Corte Constitucional, C-1287, 2001).

Con todo, la decisión de la Corte termina siendo la siguiente:

La Corte entiende que el artículo 33 de la Constitución, debe ser interpretado en armonía con el valor y principio de igualdad, concretamente en cuanto tiene el alcance de proscribir las diferencias de trato por el origen familiar (artículo 42 C.P). Así, es menester extender el alcance de la excepción al deber de declarar, de manera que cubije a los parientes adoptivos hasta el cuarto grado. (Corte Constitucional, C-1287, 2001). (el subrayado es propio).

A modo de conclusión parcial se puede decir que la función del juez ha cambiado fundamentalmente (tanto desde el punto de visto teórico como práctico) porque, de una parte, no existe coherencia ni completitud en el ordenamiento jurídico, en tanto que de otra, se constata la presencia de nuevos tipos de normas en el ordenamiento jurídico que impiden la simple subsunción y que requieren de nuevos métodos de aplicación tales como la ponderación.

¹¹ "Características de los Valores: Establecen fines. Eficacia indirecta. Base axiológica del ordenamiento. Sólo tienen eficacia interpretativa. Exigen de su concreción en principios o reglas. No sirven por sí solos para resolver situaciones específicas. Expresan fines jurídicos para el futuro. Sirven para la heterointegración del ordenamiento jurídico. No son fuente de derechos fundamentales.

Características de los principios: Establecen un deber ser específico Eficacia directa (aplicables mediante subsunción de la regla adscripta derivada de cada principio). Base axiológica-jurídica del ordenamiento. Tienen eficacia directa sin necesidad de regla que los concrete. Sirven para resolver situaciones concretas. Expresan normas jurídicas para el presente. Sirven para la autointegración del ordenamiento jurídico. De ellos se derivan derechos fundamentales".

Véase la sentencia T-406 de 1992.

III. El sistema de pesos y contrapesos

Montesquieu consideraba necesario un sistema de pesos y contrapesos (checks and balances) para la división del poder y que ninguno de ellos pudiera estar por encima de los demás, “no hay tampoco libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y el ejecutivo” (Montesquieu, 1906, p. 227). En Colombia, el acto por excelencia producido por la rama legislativa es la ley y como tal, no obstante, si alguna determinada ley no es compatible con la Constitución, la misma puede ser demandada¹² ante la Corte Constitucional, órgano de cierre de la jurisdicción constitucional; del mismo modo, el acto fundamental que profiere la rama ejecutiva del poder público es el Decreto, procediendo para estos también el estudio respecto de su legalidad y constitucionalidad¹³ por regla general a la rama jurisdiccional en cabeza del Consejo de Estado y de manera excepcional a la Corte Constitucional¹⁴. Tal y como se evidencia, un poder público controla al otro, en esta mecánica reside precisamente el sistema de pesos y contrapesos; no obstante, los actos esenciales¹⁵ que produce la Corte Constitucional no cuentan con un control efectivo por parte, no solo de otra rama del poder público, sino que tampoco tiene par al interior de la misma, en efecto, si bien según la estructura constitucional diseñada por la Asamblea Nacional Constituyente son diferentes las jurisdicciones en Colombia y a cada una corresponde un órgano de cierre independiente y sin prevalencia sobre los demás, basta con contrastar la realidad para concluir forzosamente que la Corte Constitucional se ha erigido en el principal juez colegiado del país mediante decisiones que se sobrepone a las de la Corte Suprema de Justicia y a las del Consejo de Estado y que se ven legitimadas por la misma disposición del articulado constitucional, en realidad:

12 Artículo 241 Constitución Política de Colombia. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

13 Artículo 247 Constitución Política de Colombia. Son atribuciones del Consejo de Estado:

2. Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

14 Artículo 241 Constitución Política de Colombia. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

15 Sentencias tipo C, de control abstracto de constitucionalidad.

ARTÍCULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones.

ARTÍCULO 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. (Constitución Política de Colombia, 1991. El subrayado es propio).

Así pues, si la Constitución es la norma de normas y la Corte Constitucional es a quien se le ha confiado la guarda de la integridad y supremacía de la misma, será razonable concluir que sus decisiones e interpretaciones tienen un rango similar (bajo la forma de lo que la Corte ha denominado subreglas y que son la *ratio decidendi* de sus decisiones que se deben seguir usando hacia futuro –precedente judicial vinculante- en casos que guarden similitud fáctica), es por ello que la Corte ha señalado: “entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel”. (Corte Constitucional, C-113, 1993)¹⁶. Las funciones de la Corte Constitucional, al tenor de la literalidad de la norma superior (artículo 241) son taxativas, y el Constituyente buscaba que no existieran extralimitaciones al definir que las competencias se debían ejercer en los estrictos y precisos términos del articulado, en ese sentido, y ante nuestra tradición familiar de derecho, esto es, romano germánica o europeocontinental, se antoja que el diseño inicial considerado por el constituyente era el que Hans Kelsen había ideado y propuesto como paradigma de Tribunal constitucional, es decir, “El Tribunal es necesario porque de otra forma sería imposible garantizar la supremacía de la Constitución:” (Ugarte, 2008, p. 189) “sería una ingenuidad política pensar que el Parlamento anularía una ley que él mismo ha votado porque otro órgano la haya declarado inconstitucional” (Kelsen, 2001. P. 109). De esta manera, “solo el Tribunal puede garantizar la vigencia de la constitución independientemente de la voluntad y de las características del órgano que produce las leyes” (Ugarte, 2008, p. 189). Así, Hans Kelsen se aleja en su propuesta del esquema de control material de constitucionalidad americano con contenido axiológico vinculante y por el contrario, plantea que la función del Tribunal es la de ser legislador negativo, en los siguientes términos:

¹⁶ Cita también referida en sentencia C-131 de 1993.

... anular una ley es dictar una norma general; porque la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su producción y no es, por así decirlo, sino producción con un signo negativo y, por lo tanto, una función legislativa (Kelsen, 2001, p. 130).

Por tanto, a la Corte Constitucional no le es dable crear normas con carácter general, lo único que puede hacer, por lo menos desde el diseño constitucional colombiano y kelseniano es eliminar normas, estos efectos (*erga omnes*) son los que se atribuyen a las sentencias tipo C, por ello, no es deseable que la Corte usurpe funciones propias tanto de la rama ejecutiva como de la legislativa, tal y como señalaba acertadamente Montesquieu (1906)

Si está unido a la potestad legislativa, el poder de decidir de la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, porque el juez será al mismo tiempo legislador: si está unido al poder ejecutivo, el juez tendrá en su mano la fuerza de un opresor. (p. 227).

IV. Algunas decisiones de la Corte Constitucional

La jurisprudencia como criterio auxiliar de la actividad judicial

¿Acaso de la redacción del artículo 230 de la Constitución Política de Colombia y de la constatación de las prácticas diarias de la jurisdicción se desprende una violación flagrante a la Constitución por cuanto en la realidad se equiparan la ley y la jurisprudencia como fuentes formales del mismo nivel?

No se pretende aquí sostener que la jurisprudencia no debe ser vinculante, es claro que existen múltiples razones para sostener que a casos similares fácticamente, se deba dispensar la misma decisión en derecho en aras de predicar materialmente el derecho de igualdad. Ello no obsta, sin embargo, para reparar en los argumentos que la Corte Constitucional expone con el objeto de legitimar las decisiones que adopta, en efecto, el artículo 230 superior consagra las fuentes de derecho en Colombia en los siguientes términos:

ARTICULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

El asunto abordado ha sido suficientemente decantado, de modo tal que es claro que la jurisprudencia constituye hoy día una fuente formal de primer nivel y resulta de obligatoria aplicación para las entidades de carácter administrativo y para los jueces, frente a quienes, a diferencia de los primeros, sí procede la excepción respecto de su aplicación salvaguardando su independencia y autonomía¹⁷ siempre que se cumpla con las cargas de transparencia (respecto de la existencia del precedente que se pretende desconocer) y de argumentación (respecto de las razones por las cuales se aleja del precedente vertical fijado). Aquí, por tanto, lo que se quiere someter a análisis es el camino racional adoptado por la Corte para justificar la procedencia de la jurisprudencia como fuente formal principal que limita a los jueces, pasando de estar solo sometidos al imperio de la ley, para pasar a estar sometidos al imperio, tanto de la ley como de la jurisprudencia.

... en relación con la obligatoriedad y alcance de la doctrina constitucional, la jurisprudencia de esta Corte ha aclarado que esta deviene de que la Constitución es norma de normas, y el precedente constitucional sentado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta tiene fuerza vinculante no sólo para la interpretación de la Constitución, sino también para la interpretación de las leyes que obviamente debe hacerse de conformidad con la Carta, por eso, las sentencias de la Corte Constitucional constituyen para las autoridades administrativas una fuente obligatoria de derecho. (Corte Constitucional, C-539, 2011¹⁸).

Y en sentencia C-634 de 2011 la Corte señaló:

... una interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación

¹⁷ Artículo 228 Constitución Política de Colombia. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.

¹⁸ Véanse entre otras las sentencias C-836 de 2011 y C-634 de 2011.

en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico. || Sobre este tema, ha resaltado la Corte que (i) la intención del constituyente ha sido darle clara y expresa prevalencia a las normas constitucionales –art. 4º Superior- y con ella a la aplicación judicial directa de sus contenidos; (ii) que esto debe encontrarse en armonía con la aplicación de la ley misma en sentido formal, es decir dictada por el Legislador, la cual debe ser interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución; (iii) que por tanto es la Carta Política la que cumple por excelencia la función integradora del ordenamiento; (iv) que esta responsabilidad recae en todas las autoridades públicas, especialmente en los jueces de la república, y de manera especial en los más altos tribunales; (v) que son por tanto la Constitución y la ley los puntos de partida de la interpretación judicial; (vi) que precisamente por esta sujeción que las autoridades publicas administrativas y judiciales deben respetar el precedente judicial o los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas anteriores; (vii) que esta sujeción impone la obligación de respetar el principio y derecho de igualdad tratando igual los casos iguales; (viii) que mientras no exista un cambio de legislación, persiste la obligación de las autoridades públicas de respetar el precedente judicial de los máximos tribunales, en todos los casos en que siga teniendo aplicación el principio o regla jurisprudencial; (ix) que no puede existir un cambio de jurisprudencia arbitrario, y que el cambio de jurisprudencia debe tener como fundamento un cambio verdaderamente relevante de los presupuestos jurídicos, sociales existentes y debe estar suficientemente argumentado a partir de razonamientos que ponderen los bienes jurídicos protegidos en cada caso; (x) que en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde en primer lugar al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia; y (xi) que en estos casos corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas y a los jueces, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales existentes para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, “y optar por las decisiones que interpreten de mejor manera el imperio de la ley” para el caso en concreto.

En resumidas cuentas la Corte Constitucional realiza el siguiente camino argumentativo para concluir que la jurisprudencia es vinculante:

i) Toda autoridad se encuentra sometida al imperio de la ley, por tanto, a la Constitución (Arts. 2 y 4).

ii) Por tanto, el constituyente no quiso solo establecer el sometimiento a la ley, sino también a la Constitución, esto implica, no realizar una simple interpretación reductivista (No solo se debe entender la ley en sentido formal como el acto que produce el legislador, sino que también implica principios y valores incluidos en la Constitución).

iii) A esta situación se debe aunar el hecho de que la función jurisdiccional es principalmente una función creadora, puesto que ella deviene de los Fines constitucionales, la realidad social y el derecho a la igualdad social consagrado en el artículo 13 de la Constitución.

iv) Por tanto, el deber de acatar la ley y la Constitución implica: asumir como reglas formales de derecho las decisiones que unifican jurisprudencia y hacen tránsito a cosa juzgada constitucional (*Ratio decidendi* que contiene subreglas).

Lo interesante de esta ruta analítica es que en últimas la vinculatoriedad de la jurisprudencia no resulta de la literalidad de la norma, de la que en su lectura se evidencia que es un criterio auxiliar de la actividad judicial, sino que la misma proviene de una interpretación *in extenso* del término “ley”, lo que prima facie, parecería un exabrupto y un ejercicio hermenéutico que cuando menos, se antoja forzado.

La costumbre como fuente formal de derecho. Sentencia C-224 de 1994

¿En qué parte de la Constitución se encuentra la costumbre como fuente formal de derecho?, ¿Si la costumbre no se encuentra en la Constitución puede ser válidamente fuente de derecho?.

Bien se refería con anterioridad que el artículo 230 de la Constitución Política consagra las fuentes de derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, y con una simple lectura irreflexiva del mismo se puede encontrar que

a todas luces la costumbre no se reseña como fuente formal de derecho, no obstante, la misma si aparece en el artículo 13 de la ley 153 de 1887, ante esta situación, la Corte Constitucional debía resolver, si el hecho de no hallarse en la Constitución restaba la vocación a la costumbre de ser considerada como fuente formal, ante esta inquietud, lo Corte concluyó que la costumbre si es fuente formal de derecho y lo hizo en los siguientes términos: “Negarle al pueblo la posibilidad de crear el derecho objetivo representado en la costumbre, sería ir en contra de los principios de la Constitución de 1991 en lo relativo a la democracia participativa” (Corte Constitucional, C-224, 1994), de esta manera la Corte considera que sería cuando menos paradójico que la costumbre que estaba permitida por las constituciones anteriores que consagraban la democracia representativa, estuviera proscrita en la actual.

Para la Corte Constitucional es claro que el inciso primero del artículo 230 no tuvo la finalidad de excluir la costumbre del ordenamiento jurídico. Lo que se buscó fue afirmar la autonomía de los jueces, poner de presente que su misión se limita a aplicar el derecho objetivo, haciendo a un lado toda consideración diferente y todo poder extraño. (Corte Constitucional, C-224, 1994) (subrayado y negrilla propia).

Es pertinente entonces cuestionarse por los motivos en los cuales se fundamenta la afirmación de la Corte según la cual el constituyente no tuvo la intención de dejar la costumbre fuera del ordenamiento jurídico, al respecto, el magistrado Carlos Gaviria Díaz sostuvo en su salvamento de voto:

Me parece claro que el artículo 230 de la Carta Política hace alusión a las fuentes formales del derecho con el objeto de fijarlas de modo taxativo y de conferirles rango constitucional. Cuando dice, entonces, que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley” (subrayo) se refiere a la norma jurídica que surge del proceso legislativo, acepción ésta que no comprende la costumbre, norma resultante del proceso consuetudinario, sino que precisamente la excluye.

En el inciso segundo, el mismo artículo se refiere a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, para atribuirles la función de “criterios auxiliares de la actividad judicial”, no de fenómenos capaces de generar normas válidas. Desde luego, habría podido reconocerles esa capacidad generadora, pero justamente se abstuvo de hacerlo, proclamando

el carácter eminentemente legislativo de nuestro ordenamiento. Tal decisión de la voluntad constituyente puede enjuiciarse como plausible o censurable, según las preferencias, pero no es descabellada ni carente de consistencia lógica.

Carece de fuerza convincente el argumento aducido en la sentencia, según el cual resultaría incongruente que una Constitución informada de una filosofía de participación democrática, excluyera la costumbre como fuente formal de derecho. Precisamente, la diferencia más significativa entre la Constitución anterior y la actual, consiste en la mayor participación que ésta le confiere al pueblo (...), tales como el plebiscito y el referéndum, encaminadas a crear derecho por la vía que el Constituyente juzgó más adecuada y pertinente, a saber: la legislativa. Porque no hay duda, en mi sentir, de que ante el dilema de cuál es el camino más expedito hacia la regulación justa de la conducta humana, el racional o el instintivo, el Constituyente optó por el primero. Resulta claro que es la legislación la que puede responder ágil y oportunamente a las necesidades sociales nuevas, que permanentemente se suscitan y que no pueden esperar al lento discurrir del tiempo generador de la costumbre, porque cuando ésta llega a ser tal, ya las necesidades son otras. (Corte Constitucional, C-224, 1994).

Se puede concluir entonces que la decisión adoptada se fundamenta en que la costumbre es muestra de democracia participativa, de una parte, y en que el constituyente no tuvo la intención de dejar fuera la costumbre, de otra. El salvamento de voto antes referido es indicativo de la peligrosidad que entraña el proceder de la Corte:

Es que por más que se estime importante la operancia de la costumbre dentro de un ordenamiento, ella no deja de ser un factor meramente contingente del mismo. Su existencia está condicionada a que la forma de creación consuetudinaria del derecho esté reconocida expresa o tácitamente como un mecanismo apto para incorporar nuevas normas al sistema jurídico o para privar de ese status a las ya existentes, bajo determinadas condiciones. Afirmar que ella es inherente a cualquier ordenamiento, equivale a postular limitaciones de orden metafísico a la voluntad del constituyente, lo que se aviene mal con una concepción del derecho racional y desacralizada. (Corte Constitucional, C-224, 1994. Subrayado y negrilla propia).

La decisión adoptada por la Corte, antes que despejar, permite plantear inquietudes más profundas aún: Por ejemplo: ¿Acaso no deriva de la literalidad del artículo 230 de la Constitución que la costumbre no fue incluida por el constituyente?. ¿La Corte bajo que método metafísico es capaz de determinar lo que el constituyente dijo sin decirlo (la costumbre como fuente dormal de derecho) y puede limitar lo que expresó por considerar que no lo quería decir (jurisprudencia vinculante derivada de la interpretación extensiva del término ley)?

El juicio de la sustitución de la Constitución

El artículo 241 de la Constitución Política, tal y como se ha señalado, no solo declara que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (disposición terminológica que ha legitimado decisiones importantes de la Corte Constitucional en múltiples materias), sino que, acto seguido contempla que esta función se debe ejercer en los estrictos y precisos términos establecidos en el artículo, es decir, establece límites claros que por la textura amplia del clausulado y la existencia de rangos normativos igualmente amplios como los principios y los valores, además de la falta de control sobre las decisiones con efectos erga omnes que adopta la Corte, deben ser respetados, so pena de incurrir en un desbalance en los poderes públicos que no hace bien al Estado de Derecho. El numeral 1 del artículo en comento contempla:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. (Subrayado fuera del texto original).

Más que realizar un análisis de los fallos proferidos por la Corte en los que determina si ha existido o no sustitución de la Constitución, lo que aquí interesa es revisar si es o no legítimo el ejercicio que la Corporación efectúa para determinar si la sustitución se produce o no.

Las cláusulas pétreas son disposiciones que se incluyen en las constituciones con el objeto de que no puedan ser modificadas por el constituyente derivado en el futuro, y si bien, en la historia constitucional de Colombia¹⁹ se han

¹⁹ Artículo 164 de la Constitución de 1830: la forma de Gobierno, que será siempre republicana, popular, representativa, alternativa y responsable

presentado cláusulas pétreas, en la actual Constitución Política de 1991, estas no existen, así, a priori, cualquier artículo se puede modificar por parte del legislador, efectivamente, de conformidad con el título XIII, artículos 374 y subsiguientes de la Constitución Política de Colombia, la Constitución se puede REFORMAR por parte del legislativo, por parte del pueblo mediante un referendo o mediante una asamblea nacional constituyente, ello sin limitar la acción de cualquiera de ellos respecto del clausulado superior. A propósito de las reformas constitucionales, es pertinente señalar que la Constitución de los Estados Unidos vigente desde 1.776 ha sufrido 27 reformas, la española vigente desde 1.798 ha experimentado 2 reformas, en tanto que la colombiana de 1.886 toleró 67 reformas durante 104 años de vigencia y la actual de 1.991 ha tenido 38 reformas constitucionales a la fecha.

Pero, ¿qué es la sustitución de la Constitución?, la Corte Constitucional ha explicado:

El fenómeno jurídico de la sustitución de la Constitución se presenta cuando un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente. Así, después de la sustitución de la Carta, como es imposible reconocerla en su identidad básica, no cabe afirmar que la Constitución reformada sigue siendo la Carta de 1991. Al Congreso de la República le está vedado sustituir la Constitución, en forma total o parcial, permanente o transitoria. Por supuesto, le está prohibido reemplazar la Constitución de 1991 por una completamente nueva y diferente. Pero tampoco puede sustituir la Carta mediante un cambio parcial de tal magnitud que haga imposible, de manera permanente o transitoria, reconocer en la Constitución los elementos esenciales definitorios de su identidad originaria. (Corte Constitucional, C-1040, 2005) (Negrilla fuera del texto original).

Ahora, ¿en qué numeral del artículo 241 C.N. se encuentra establecida la competencia de la Corte para realizar un ejercicio de estudio de fondo?, es evidente, a primera vista, que el constituyente quiso limitar el ejercicio de la Corte a aspectos meramente formales, es por ello que el juez colegiado realiza un ejercicio de razonamiento un tanto forzado con el objeto de arrogarse la competencia para conocer de fondo respecto de las reformas a la Constitución. Al respecto señala:

En tal contexto, como las autoridades sólo pueden hacer aquello que les está expresamente permitido (CP arts 6 y 121), y la Constitución no sólo no consagra expresamente (pudiendo haberlo hecho) la posibilidad de sustitución total de la Carta, sino que además establece expresamente que la Constitución “podrá ser reformada” (Título XIII), una conclusión se impone: en el constitucionalismo colombiano, el poder de reforma tiene límites competenciales, pues no puede sustituir la Constitución de 1991. Se trata de un límite expresamente establecido por el Constituyente originario en el artículo 374 de la Constitución adoptada en 1991 por la Asamblea Constituyente como comisionada del pueblo soberano. (Corte Constitucional, C-551, 2003).

Así, la Corte considera un elemento esencial del procedimiento, la competencia, y en últimas lo que hace no es más que un estudio de forma previa para determinar si el Congreso se encuentra excediendo su ámbito competencial de reforma y en su lugar está sustituyendo la Constitución a través del Acto Legislativo, lo que en términos prácticos implica que realiza un estudio de constitucionalidad de fondo, aún en contra del mandato constitucional²⁰.

De otra parte, se debe también especificar la metodología para la aplicación del juicio de la sustitución:

Se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución.

Se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente. Se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles. (Corte Constitucional, C-574, 2011).

Por último, debe caracterizarse la naturaleza del juicio de la sustitución:

... no es un juicio de intangibilidad ni tampoco un juicio de un contenido material de la Constitución, ya que el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas -como sucede típicamente en el control material ordinario-, ni verificar si se presenta la violación de un principio o regla intocable -como sucede en el juicio de intangibilidad.

20 Vulnerando de paso los artículos 6 y 121 de la Constitución que ella misma invoca para sustentar su teoría en tanto el Congreso no puede sino hacer aquello que le está expresamente permitido, al tiempo que parece que estas disposiciones constitucionales no aplican para la Corte.

Por tal razón, la Corte debe comprobar que este elemento esencial es irreductible a un artículo de la Constitución o un límite material intocable por el poder de reforma, lo cual supone evitar que el juicio derive en un control de violación de algo supuestamente intangible, lo cual no le compete a la Corte. (Corte Constitucional, C-574, 2011).

Del juicio de sustitución de la Constitución, ejercicio abiertamente violatorio de la Constitución quedan algunas preguntas por resolver. Por ejemplo: ¿Cuáles son aquellos elementos estructurales que de ser modificados la Constitución deja de ser la Constitución y pasa a ser otra?. Y: ¿Qué parámetros racionales se pueden establecer para deslindar una reforma de una sustitución?

Ambas preguntas no encuentran respuesta en los pronunciamientos de la Corte, en efecto:

El concepto de sustitución no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte sólo le han permitido sentar unas premisas para avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional. En este sentido se trata de un control de tipo inductivo y no deductivo, porque la Corte analizará en cada caso concreto si el principio estructural fue sustituido, pero al mismo tiempo el precedente en torno a la definición del principio servirá para resolver si se presentó o no la sustitución de la Constitución en casos posteriores. (Corte Constitucional, C-574, 2011).

Estado de cosas inconstitucionales

La Corte constitucional profiere fundamentalmente dos tipos de decisiones. El primer tipo de decisiones tiene efectos erga omnes y se refiere a la conservación de las normas en desarrollo de su función de guardián de la supremacía y e integridad de la Constitución. El segundo tipo tiene efectos inter partes y se refieren a la protección de derechos fundamentales, efectos que se convierten en inter pares²¹ (*ratio decidendi* vinculante para casos futuros) en virtud del principio de igualdad.

²¹ El numeral noveno del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia dispone: "9. Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales"

Sin embargo, con la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales se desborda cualquier previsión de efectos sobre las materias de su competencia, en efecto, mediante fallos de tutela, propios de efectos inter partes, la Corte genera fallos de tipo *erga omnes*, no siendo ello lo más grave, sino que usurpa funciones propias de las ramas ejecutiva y legislativa del poder público con conocimientos de los que carece, como el manejo del presupuesto y de los recursos, la prioridad del gasto entre otros.

El primero de los argumentos que expone la Corte para proceder de esta manera es el mandato consagrado en el artículo 113 de la Constitución Política²², por tanto, aún en contra de las competencias taxativas señaladas por el constituyente en el artículo 241, el Tribunal emite órdenes de carácter general:

Se pregunta la Corte si, desde ahora, de verificarse que el comportamiento omisivo indicado viola la Constitución Política, es posible que la Corporación, en razón de sus funciones, pueda emitir una orden a las autoridades públicas competentes, con el objeto de que a la mayor brevedad adopten las medidas conducentes a fin de eliminar los factores que inciden en generar un estado de cosas que resulta abiertamente inconstitucional. La Corte considera que debe responder de manera afirmativa este interrogante... (Corte Constitucional, C-559, 1.997).

Al respecto, ha señalado acertadamente Jorge Humberto Botero (2014):

Así las cosas, el sentido del verbo “colaborar”, que en el lenguaje usual es una manifestación benévola de ayuda o solidaridad humanitaria de unas personas o instituciones con otras, asume la connotación de una orden cuyo cumplimiento debe ocurrir dentro de determinados plazos, y que, si de tal manera no sucede, el receptor de la orden puede ir a parar con sus huesos a un centro de reclusión. Esa es, justamente, la consecuencia de desacatar una orden emitida por un juez de tutela.

“La colaboración” de la Corte con las autoridades a las que dirige órdenes implica una intervención radical y obligatoria en el ejercicio de las funciones que a estas corresponden. (p. 16)

22 Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Como segundo argumento, la Corte considera que la medida permite evitar la alta congestión de la administración de justicia:

En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional. (Corte Constitucional, T-153, 1998).

Al respecto, eleva una crítica sumamente poderosa y persuasiva el ya mencionado jurista:

... parece insólito que para desplegar una estrategia de descongestión judicial, la Corte –o, para el caso, cualquier otro juez o tribunal– pueda invocarla como fuente de competencia. En una de sus acepciones básicas la expresión “Estado de Derecho” significa que las autoridades solo pueden hacer aquello para lo que están habilitadas por las normas que las regulan, al tiempo que los particulares podemos hacer u omitir todo aquello que una norma no nos ordene realizar o nos prohíba ejecutar. (Botero, 2014, p. 17).

En efecto, no parecen existir argumentos válidos para justificar una violación directa de la Constitución, aún cuando quien la infringe sea precisamente la institución llamada a salvaguardarla, crear sin más miramientos figuras jurídicas sin sustento constitucional o legal alguno, excediendo ampliamente las competencias que le han sido asignadas, es cuando menos inquietante y genera un manto de duda sobre la Corporación que así actúa:

Empero, lo que cabe cuestionar es que la Corte Constitucional, en aras del cumplimiento de los comentados pactos y de su función como guardiana de la Carta Política, haya optado por institucionalizar una medida que no está prevista en la Constitución y que, por otra parte, ha generado y puede generar gravísimas consecuencias desde el punto de vista de la hacienda pública, el principio de igualdad y la propia credibilidad de la Corte: el llamado Estado de cosas inconstitucional (...).

Estamos ante una institución insólita que jamás ha consagrado nuestra Carta Política. Sorprende que precisamente el órgano encargado de su guarda la

desconozca, por esta vía, y lesione las bases de la separación de poderes y el Estado de Derecho en ejercicio de una función mesiánica que no se puede aceptar por loables que sean los fines que se pretendan. (Plazas, 2012).

V. Ejemplo de derecho comparado

Se presentan a continuación dos sentencias proferidas por la máxima autoridad en materia constitucional en Venezuela, en ellas se observa la manera en la que aplican principios y valores, los primeros sin realizar ponderación alguna y los segundos aún cuando estos no tienen como característica la aplicación directa y son guías de carácter axiológico del ordenamiento jurídico; los hechos que generan los fallos son, respecto del primero, la imposibilidad de que el presidente electo acuda a posesionarse en la fecha señalada por la Constitución, en tanto que el segundo, la muerte del mismo y la inquietud generada respecto de qué funcionario debería ostentar temporalmente el cargo.

Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela Sala Constitucional

Expediente 12-1358 de 9 de enero de 2013

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 consagra en su artículo 231:

El candidato elegido o candidata elegida tomará posesión del cargo de Presidente o Presidenta de la República el diez de enero del primer año de su período constitucional, mediante juramento ante la Asamblea Nacional. Si por cualquier motivo sobrevenido el presidente o Presidenta de la República no pudiese tomar posesión ante la Asamblea Nacional, lo hará ante el Tribunal Supremo de Justicia.

El Tribunal Supremo de Justicia consideró entonces:

A pesar de que el 10 de enero próximo se inicia un nuevo período constitucional, no es necesaria una nueva toma de posesión en relación al Presidente Hugo Rafael Chávez Frías, en su condición de Presidente reelecto, en virtud de no existir interrupción en el ejercicio del cargo.

La juramentación del Presidente reelecto puede ser efectuada en una oportunidad posterior al 10 de enero de 2013 ante el Tribunal Supremo de Justicia, de no poder realizarse dicho día ante la Asamblea Nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 231 de la Carta Magna. Dicho acto será fijado por el Tribunal Supremo de Justicia, una vez que exista constancia del cese de los motivos sobrevenidos que hayan impedido la juramentación.

En atención al principio de continuidad de los Poderes Públicos y al de preservación de la voluntad popular, no es admisible que ante la existencia de un desfase cronológico entre el inicio del período constitucional y la juramentación de un Presidente reelecto, se considere (sin que el texto fundamental así lo pauté) que el gobierno queda *ipso facto* inexistente. En consecuencia, el Poder Ejecutivo (constituido por el Presidente, el Vicepresidente, los Ministros y demás órganos y funcionarios de la Administración) seguirá ejerciendo cabalmente sus funciones con fundamento en el principio de la continuidad administrativa. (subrayas y negrillas fuera del original)

Expediente 13-0196 de 8 de marzo de 2013

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 consagra en su artículo 233:

Serán faltas absolutas del Presidente o Presidenta de la República: su muerte (...)

Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente electo o Presidenta electa antes de tomar posesión, (...) Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional.

Si la falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República se produce durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva.

En los casos anteriores, el nuevo Presidente o Presidenta completará el período constitucional correspondiente.

Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva asumirá la Presidencia de la República hasta completar dicho período.

El Tribunal Supremo de Justicia consideró entonces:

Siendo, pues, que lo prohibido por el artículo 229 es que el Vicepresidente Ejecutivo le sea admitida su postulación al cargo de Presidente de la República mientras esté en ejercicio de la Vicepresidencia, y visto que en el caso de que se dé uno de los supuestos del segundo aparte del artículo 233 (falta absoluta del Presidente) el ahora Presidente Encargado no sigue ejerciendo el cargo de Vicepresidente, el órgano electoral competente, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley, puede admitir su postulación para participar en el proceso que lleve a la elección del Presidente de la República, sin separarse de su cargo. Así se establece.

De esta manera, a modo de conclusión parcial, se puede señalar que los fallos de los tribunales constitucionales son en muchas ocasiones políticos y disfrazados de jurídicos. En tal sentido conviene señalar que Jon Elster mencionó en una entrevista reciente a ámbito jurídico, en relación a los tribunales constitucionales que:

Su papel consiste en vigilar la integridad de los compromisos previos plasmados en la Carta Política. Como la Constitución colombiana les da un espacio importante a los derechos fundamentales, la tarea de la Corte ha consistido en desentrañar su contenido. Eso es muy difícil, porque la abstracción de esos derechos abre espacio a la arbitrariedad. Yo preferiría que el Congreso asumiera esa función. (p. 19).

VI. Conclusiones

De esta manera y luego del recorrido argumentativo que hemos presentado, podemos concluir los siguientes aspectos:

- i) La Corte Constitucional excede su ámbito competencial.

ii) Los argumentos de la corte son en múltiples casos incoherentes, estableciendo que en una norma se disponen elementos claramente ausentes y en otros tantos eliminando aspectos presentes.

iii) La función del juez ha cambiado fundamentalmente (tanto desde el punto de vista teórico como práctico) porque, de una parte, no existe coherencia ni completitud en el ordenamiento jurídico, en tanto que de otra, se constata la presencia de nuevos tipos de normas en el ordenamiento jurídico que impiden la simple subsunción y que requieren de nuevos métodos de aplicación tales como la ponderación.

iv) Según lo observado la Constitución es, para bien o para mal: lo que la Corte Constitucional diga (sentencias C-131 y C-113 de 1993).

v) Respecto de la argumentación por principios y valores (que no son de aplicación directa, como la “voluntad popular”) se debe señalar que al resultar estas categorías tan abstractas permiten una discrecionalidad tal que es complicada de controlar aún con parámetros racionales de argumentación jurídica (sin caer en la hiperracionalidad). Por ello, aunque de momento se aplauden la mayoría de las decisiones de la Corte Constitucional, no se puede perder de vista que en muchas ocasiones existe un activismo judicial desbordado y que quizá cuando las decisiones no se acoplen a los criterios y preferencias mayoritarias existirá la posibilidad de observar falencias que previamente pasaban desapercibidas.

vi) Se debe pensar en la pertinencia de la elección vitalicia de los magistrados, lo que implica:

Controles fuertes a la elección de los magistrados, tal y como sucedió en el caso más anunciado en Latinoamérica en los últimos años por la elección de Sonia Sotomayor como magistrada de la Corte Suprema, a quien sometieron a varios días de preguntas en el Congreso respecto de sus ideales, posiciones y carrera judicial.

Seguridad jurídica que a su vez implica previsibilidad de las decisiones ya que se sabe la forma en la que se decidirá por parte de cada uno de los magistrados.

Independencia, autonomía e imparcialidad judicial.

vii) Ante la ausencia de frenos y contrapesos respecto de las decisiones de la Corte Constitucional se deben exigir altos estándares argumentativos, ello sin caer en demandas de hiperracionalidad al requerir de los métodos dotados de infalibilidad (ejemplo de estas herramientas es el principio de proporcionalidad) que naturalmente no se puede garantizar ya que los jueces tienen un irreductible campo de discrecionalidad.

viii) La Corte usurpa funciones de otras ramas del poder público, de la ejecutiva en la medida que declara estados inconstitucionales de cosas, y de la legislativa al crear verdaderas normas con efectos erga omnes, aún cuando estas decisiones son adoptadas de buena fe, se da al traste con el sistema ideal de división de poder.

ix) Respecto de la Constitución, se hace necesario la implementación de parámetros superiores para su modificación, ya que como ha quedado evidenciado, la Constitución Política de Colombia es demasiado flexible y no es deseable que la Corte asuma controles materiales de fondo violando la propia Constitución mediante figuras tales como el juicio de la sustitución de la Constitución, un ejemplo de derecho comparado que se puede traer a colación es lo que acaece con la Constitución española de 1978:

Artículo 168 Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes.

Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.

Bibliografía

Alexy, R. (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa S.A.

Bobbio, N. (1994). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis

Botero, J. H. (2014). Extravíos del NeoConstitucionalismo. En *2º Congreso Internacional de derecho de seguros, actuales paradigmas jurídicos* (p. 3-27) Santa Marta: Fasecolda. Disponible en: <http://www.fasecolda.com/files/6613/9991/2373/memoriaJHBOTEROcads2w.pdf> [2014, 6 de junio]

Dworkin, R. (1995). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

García, J.A. (2005). ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? En: *Revista Berbiquí, No.30. Revista de jueces y fiscales de Antioquia. Noviembre de 2005*. Medellín (p. 10-25).

Feteris, E. (2007). *Fundamentos de la argumentación jurídica, revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales* (1ª ed.). (trad.: A. Supelano) Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia. (original en inglés, 1999)

Hart, H.L.A. (2007). *El concepto de derecho*. (trad.: G. R. Carrió). Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. (original en inglés 1961)

Kelsen, H. (2001). *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Locke, J. (2003). *Ensayo sobre el gobierno civil*. (3ª ed.) México: Editorial Porrúa.

Montesquieu, C. (1906). *El espíritu de las leyes*. (Trad.: S. G. del Mazo) Madrid: biblioteca de derecho y de ciencias sociales.

Plazas, M. V. (2012, 25 de marzo). El Estado de cosas inconstitucional.

Ámbito Jurídico. (pp. 8-20).

Salazar, P. U. (2008). Nota sobre democracia y Constitución en la obra de Hans Kelsen. *Isonomía*, 28, 26-38.

Taruffo, M. (2006). Sobre las fronteras, escritos sobre la justicia civil. Bogotá: Temis.

Sentencias.

Corte Constitucional. Sentencia C-1287/2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia T-406/1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia T-539/2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia T-634/2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia T-224/1994 M.P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional. Sentencia T-1040/2005 M.P. Manuel José Cepeda y otros.

Corte Constitucional. Sentencia T-551/2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional. Sentencia T-574/2011 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional. Sentencia T-574/2011 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional. Sentencia T-153/1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia T-634/2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Normatividad.

Constitución Política de Colombia. 1991.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999.

Constitución española. 1978.

Un marco teórico para la definición y análisis de las políticas públicas

JUAN CAMILO RAVE

Ser gobernado es ser observado, inspeccionado, espiado, dirigido, sometido a la ley, regulado, escriturado, adoctrinado, sermoneado, verificado, estimado, clasificado según tamaño, censurado, y ordenado por seres que no poseen los títulos, el conocimiento ni las virtudes apropiadas para ello. Ser gobernado significa con motivo de cada operación, transacción o movimiento, ser anotado, registrado, contado, tasado, estampillado, medido, numerado, evaluado, autorizado, negado, endosado, amonestado, prevenido, reformado, reajustado y corregido. Es bajo el pretexto de la utilidad pública y en nombre del interés general, ser puesto bajo contribución, engrillado, esquilado, estafado, monopolizado, desarraigado, agotado, embromado y robado para, a la más ligera resistencia, a la primera palabra de queja, ser reprimido, multado, difamado, fastidiado, puesto bajo precio, abatido, vencido, traicionado, y, para colmo de males, ridiculizado, burlado, ultrajado y deshonrado

Pierre-Joseph Proudhon.

I. Introducción

El objetivo de este texto, está enfocado en ejecutar dos acciones correlativas. La primera es examinar la composición teórica de las políticas públicas en tanto categoría analítica, para ello, se transitará por el camino de identificación de dimensiones o caracteres nucleares de las políticas, pudiendo converger en una definición estructural de política pública. En un segundo plano, se presentarán diversos enfoques de análisis de políticas públicas, con el objetivo de visibilizar desde distintos moldes de examen, la inserción de las políticas públicas en un campo político determinado.

II. Política pública un objeto de análisis

Las dimensiones de la política pública

En primer lugar presentaré algunos aportes teóricos que pretenden dotar de significancia las políticas públicas, recorriendo sus presupuestos constituti-

vos y canalizando algunas ópticas analíticas que revelen la sinergia política naturalizada en aquellas. Esta decisión se toma ya que las políticas poseen ante todo una función de representatividad, en términos de fungir como dispositivos que presentan ideogramas respecto a las condiciones estructurales de un Estado.

Precisamente sobre este tema Medellín (1997) presenta tres tipos de contenidos inherentes a una política pública, como material que posibilita una muestra de la esencia misma del Estado y de sus formas de interacción con actores en el marco del sistema socio político. El primer componente de la triada toma el nombre de “función estratégica” denotando lo siguiente:

Las políticas públicas definen los parámetros y las modalidades de interacción entre lo público y lo privado; concretan las condiciones para traducir los principios de flexibilidad y autonomía en ejes de una acción pública selectiva, eficaz y eficiente; definen cuáles son los asuntos que alcanzan el rango de interés público para ser incluidos en la agenda de gobierno; y describen los niveles de homogeneidad y armonía, la gestión integradora de los mercados y de las condiciones nacionales. (Medellín, 1997, p. 1)

Lo planteado por Medellín denota la política pública como centro de irrupción de datos, cuyo procesamiento sistemático permite entrever modalidades estatales para movilizarse y construir relaciones interdependientes, igualmente, también la exhibe cual fórmula de eficacia para el tratamiento de una problemática determinada. En la misma línea, Medellín recalca la condición institucional de las políticas en cuanto a:

Las políticas públicas no solo expresan la particular configuración de las estructuras, funciones y procedimientos que rigen al Estado y a las organizaciones públicas, sino que también revelan la particular dinámica conflictiva en que se desenvuelve la acción pública. (Medellín, 1997, p. 1)

Dicha función está íntimamente relacionada con lo planteado por Oslak (2006) en cuanto a la producción de la burocracia estatal como resultado del proceso de cristalización institucional inmanente a las políticas públicas. Este efecto interno de las políticas, termina por mostrar en primer nivel, la arquitectura organizacional propuesta por los Estados para articular un modelo de gestión que coadyuve al logro de impacto de la política misma, pero también, exhiben “la naturaleza del estado que materializan” (Oslak, 2006, p. 7)

Los dos últimos componentes referidos como ejes que articulan las políticas públicas, se refieren a las “estructuras políticas” y a la “relación de la política con la sociedad civil” expresando el autor que:

Las políticas públicas expresan tanto una particular movilidad de las fuerzas políticas, como una dinámica específica de incorporación o exclusión (política, económica y social) de los ciudadanos con respecto a los asuntos del Estado. Y en su relación con la sociedad civil, las políticas se constituyen en un poderoso instrumento de comunicación. (Medellín, 1997, p. 1-2)

Estos dos últimos nodos están relacionados con el abordaje de las políticas públicas como resultado de la interacción del Estado con otro tipo de actores, momentos en los que según Real Dato, se producen actividades de: *competencia/captura-cooptación; fragmentación/segmentación; negociación/acuerdo procedimental valorativo básico*. De esta forma, las políticas públicas también son un instrumento analítico que permiten entrever no solo los niveles exógenos o endógenos de la construcción de la política (en términos de Cabrera Mendoza), sino también el grado de interacción efectiva de actores no estatales en el moldeo, tanto del nivel problémico del tópico que ingresa a la agenda pública, como la carga accionaria misma.

Es precisamente lo anterior, lo que el mismo autor Cabrera (2000, p: 195) re-toma para proponer la categoría de “política gubernativa”. Significada como aquel producto en el que el actor estatal es el diseñador exclusivo de las políticas. Estas “revelaciones” que exhibe la política para este asunto, no solo se limitan en su ámbito exclusivo, sino que su escenario termina por reflejar indiciariamente los tipos de movimientos estatales, queriendo indicar con ello las formas en que el Estado activa escenarios de interacción con miras a la hechura de una política pública.

En este orden, el tipo de actores convocados, la legitimación de tales, la disposición de condiciones para la viabilización de demandas, la permeabilidad de la estructura estatal para procesar dichas pretensiones, los capitales que avala el Estado como significativos para realizar movilizaciones efectivas, el trámite de las acciones de enfrentamiento (disputa) de los actores, el grado de decantamiento de las visiones problemáticas y propuestas accionarias en el cuerpo mismo de la política, son elementos constitutivos de la política pública.

En cuanto al efecto comunicativo que tienen las políticas públicas con la sociedad civil, se debe entender en primera instancia que este aspecto no solamente está referido a la franja poblacional frente a la cual la política tiene impacto, es decir, tanto a la que termina siendo beneficiaria final del conjunto de actos, como la de aquella frente a la cual se erigen acciones para redundar en beneficio a otra unidad poblacional. Al contrario, esta dimensión comunicativa de la política es de tinte universal, en palabras de Majone (1989) citado por Aguilar (1992, p. 28)

Una política es entonces también una actividad de comunicación pública y no solo una decisión orientada a la efectuación de metas. Incorpora una intencionalidad comunicativa y no solo estratégica y productiva. (Aguilar 1992, p. 28).Definitivamente se trata de visualizar en las políticas públicas un contenido que sobrepase la racionalidad instrumental, y así situar una racionalidad dialógica, en la que se permite vislumbrar en la política, los puentes trazados por el Estado para facilitar, en primer punto, el acceso de la ciudadanía interesada en el trámite de ciertos asuntos públicos por medio de su procedimiento que implique las acciones públicas.

Por otra parte, se trata de mostrar las políticas como dispositivos informativos que *mutatis mutandis* redimen en principio (sin excluir los posteriores controles políticos, ciudadanos, fiscales, disciplinarios, etc.) la noción de *accountability*, al construirse como un medio *per se* de exposición pública de acciones estatales. Esto último, no pretende agotar esta dimensión en la mera exhibición de la información, sino que ante todo, se referencia la política como medio para la construcción de consensos, retroalimentación de la política, virajes estratégicos en aquella y producción de nuevas alternativas de intervención pública.

Hacia una definición de política pública

Aguilar (1992) plantea que para el acercamiento definitorio de una política pública se puede optar por dos vías analíticas, una de tipo descriptivo y otra de tipo teórico. Adoptaré entonces esta propuesta bimodal para dar cuenta de ciertos insumos teóricos, cuyo objeto es diagramar los elementos constitutivos de una política, de esta forma, se puede dar apertura a este acápite estableciendo que las definiciones aportadas desde la vía descriptiva están enfocadas a responder sobre aquello que determina la naturaleza pública de las políticas. Frente a este punto se propone el componente institucio-

nal como elemento angular que define cómo cierto grupo de actuaciones pueden ser interpretadas bajo el marco analítico de una política pública, al respecto Aguilar plantea:

Se trata de la decisión de una autoridad legítima, adoptada dentro de su campo legítimo de jurisdicción y conforme a procedimientos legalmente establecidos, vinculante para todos los ciudadanos de la asociación, y que se expresa en varias formas: leyes, sentencias, actos administrativos (...)
(Aguilar, 1992, p. 22) [Subrayado es propio]

Es por ello que conviene enfatizar la enunciación de instrumentos de carácter eminentemente público para la materialización de las políticas que enuncia Aguilar, pues se trata de dispositivos normativos cuyo monopolio está concedido exclusivamente al Estado, como fuerza legítima para encausar decisiones a través de mecanismos dotados *a priori* de fuerza coactiva, regulativa y reglamentadora.

De esta forma se traen a colación elementos como la jurisdicción o el seguimiento de parámetros procedimentales, fijados previamente para la construcción de un grupo de acciones. Lo que se intenta revelar es la posibilidad unívoca de hablar de políticas públicas si y solo si, éstas nacen dentro del campo competencial atribuido al Estado, esta misma caracterización se complementa con la obligación insoslayable de dar vida a la política solo a través de mecanismos accionarios eminentemente públicos.

Ahora bien, también resulta importante lo anterior porque ésta identificación de elementos que constituyen la naturaleza pública de la política poseen una estructura conceptual que no limitan el concepto de una política como dato autodefinido, sino como categoría que se construye desde la agrupación y constatación de sus puntos constitutivos, que son precisamente los que la definen como pública. Esta acotación es vital para tomar la política pública como elaboración, fruto de la indagación y la consecuente diagramación de tal, en palabras de Hedó:

La política no es un fenómeno que se autodefina, sino una categoría analítica. Es el análisis el que identifica su contenido, no los dichos del decisor de la política, ni las piezas de la legislación o de la administración. No hay tal cosa como un dato evidente e inequívoco que constituya la política y que se

encuentre en el mundo a la espera de ser descubierto [...] La política existe no por intuición sino por interrogación de los fenómenos políticos (Hedo, 1972, p: 85, citado por Aguilar, 1992 p. 22)

Si bien lo desarrollado anteriormente permite identificar la naturaleza pública de las políticas desde ciertos rasgos internos (la esfera competencial y los instrumentos que posibilitan su canalización y la dotan de capacidad de impacto desde lo jurídico), existe otro rasgo externo que opera con la misma lógica en cuanto a la determinación de la naturaleza que vengo comentando. Me refiero particularmente a la observación de las políticas desde el régimen político, entendiéndolas como acicate de las relaciones entre el Estado y la sociedad (Muller, 1985).

El carácter público de las políticas más que fungir como una estéril característica que arroja un dato objetivo, constituye un rasgo primordial, puesto que su presencia está más relacionada con la imposición de un deber ser, que con una configuración hermética que denota un espacio productivo de actuaciones.

Así pues, si nos atenemos a la definición de régimen político aportada por Leca (1996), entendiéndolo como el conjunto de condiciones y normas estables y permanentes que estructuran la forma en que se organiza y ejerce el poder político en una sociedad, se tendría que la naturaleza pública de las políticas está definida por la imbricación de la “razón colectiva” y la “razón estatal” (Medellín, 1997), que producen un entramado que se manifiesta accionariamente a través de instrumentos públicos. Este planteamiento a su vez, está fuertemente ligado con el concepto de *autonomía enraizada* de Evans, entendido como “una combinación, en apariencia, contradictoria del aislamiento burocrático weberiano con una fuerte inmersión en la estructura social circundante” (Evans, 1989, p. 16)

Es por ello importante rescatar el planteamiento de Medellín, respecto al encuentro de estas dos razones, toda vez que:

La existencia de la razón colectiva (que) se construye a partir de la existencia de las redes mínimas de solidaridad y las pautas mínimas de organización que fundamenta la existencia de una sociedad; y la existencia de una razón estatal, que se construye a partir de la existencia de un principio

mínimo de territorialidad, un sentimiento de ciudadanía y un orden institucional básico, que fundamenta la existencia de un Estado. (Medellín, 1997, p. 7)

Finalmente, este encuentro entre ambas razones se desarrolla en la arena de lo público, originando varios tipos de racionalidades, demandas y vislumbra-
mientos problemáticos, que sirven a su vez como energía que garantiza la dinámica del andamiaje estatal el cual converge en la producción de toda política pública. Ahora bien, aunque lo anterior denota cierta claridad en torno a la naturaleza pública de las políticas, es claro que existen varios enfoques descriptivos, complementarios o contradictorios según el caso, que teorizan ciertos vértices identificables en la política como elementos o rasgos fundantes (Aguilar, 1992), entre ellos se encuentran, entre otros, los siguientes.

Lo institucional: se refiere a una mirada formal de la política, abordando lo relacionado a la investidura de la autoridad encargada de dirigir el proceso de hechura de la política. En este ámbito, también se privilegia lo relacionado a los procedimientos necesarios para la expedición de una política, acentuando lo referido a la fuerza jurídica de aquellos movimientos estatales, esto para demarcar finalmente la fuerza coactiva que está impresa en los canales por los que fluye la política pública. Dentro de esta perspectiva encontramos la descripción de política pública que realiza Meny y Thoenning al señalar que:

Una política pública es un programa de acción propio de una o varias autoridades públicas o gubernamentales en un ámbito sectorial de la sociedad o es un espacio territorial dado. (Meny et al, 1989, p. 130)

Lo decisorio: esta perspectiva hace referencia a la observancia de la política como una concretización de decisiones, se enmarca en la acumulación de etapas necesarias para que se surta la intencionalidad de provocar un acto estatal que tenga efectos de impacto sensible en la realidad. Este vértice implica necesariamente hablar de móviles y fines como dimensiones que inspiran y a su vez dan sentido a la política pública. La literatura de la administración pública es prolífica en este sentido, al abordar la dimensión cognoscitiva de la decisión (*¿cómo se decide?*) la subjetividad de la misma (*¿quién decide?*) y lo material de la decisión (*¿qué se decide?*).

Lo comportamental: este aspecto es modulado por Dye al definir la política pública como lo que “los gobiernos deciden hacer o no hacer” (1972, p: 18). Se demarca entonces lo relacionado con la acción misma y su opuesto, o sea la inacción. Esta perspectiva es interesante porque permite entrever la política desde una perspectiva positiva y otra negativa, la primera acaece cuando efectivamente existe un movimiento del aparato estatal, sea cual sea el formato de gestión pública bajo el cual dicha dinámica se perfecciona. En este caso, la política pública es definida como el desate de las fuerzas burocráticas bajo el cometido de alcanzar un objetivo por medio del despliegue de acciones. Lo segundo, interpreta la inacción de un Estado como una forma de ejercicio de política pública, la razón para que tal omisión sea conceptualizada como política obedece precisamente a rotular la no actuación como producto posible de una operación racional, que además estima la impertinencia de la actuación estatal en el curso de determinado tópico que se presenta como problemático.

Sin ahondar en las razones políticas o técnicas que inspiren estas acciones, desde esta forma conductual estatal, se alberga como probable que ante ciertas situaciones es loable la no participación del Estado por varias razones: i) Por el posible efecto negativo que pudiese tener la acción sobre el esquema problemático, ii) porque se considera que otros actores pueden perfeccionar las acciones pertinentes para tratarlo, iii) Debido a que el status de cierto tópico problémico no es prioritario respecto a otros asuntos que ingresan a la agenda pública, o iv) por motivos que escapan a una justificación racional de ausencia de acción gubernativa.

Lo causal: dentro de esta perspectiva la política pública se inscribe como una hipótesis interpretativa, es decir, la política (producto) surge como causa de una situación recortada como problemática por diversos actores (estatales y no estatales). En esta línea, la actuación pública es una reacción razonada que pretende alivianar o resolver el espectro problémico de una situación fáctica. De esta manera, las acciones diseñadas se representan en una conjetura, por lo que albergan probabilidad para impactar en los términos requeridos de lo que se considera como escollo. Ésta mirada, si bien es, de cierto modo, cartesiana, puede ser importante por ejemplo para asuntos evaluativos en el que el “éxito” de la política funciona como la confirmación de la hipótesis, esto es: A (la política) tuvo el efecto deseado en B (el problema) originando C (la situación esperada).

Planto (1973) propone una definición que intenta articular los rasgos anteriormente presentados proporcionando una conceptualización de política pública, así:

Reglamentos y programas gubernamentales, considerados individualmente o en su conjunto, esto es, los productos de las decisiones de la autoridad de un sistema político. Puede tomar la forma de leyes, órdenes locales, juicios de corte, órdenes ejecutivas, decisiones administrativas y hasta acuerdos no escritos de lo que se debe hacer. Por política suele entenderse un conjunto o secuencia de decisiones más que una decisión singular acerca de una acción de gobierno particular. Algunos la entienden como decisiones de fines y preferencias y la distinguen de las decisiones relativas a los medios para alcanzar los fines. Otros, en contraste, consideran que la política incluye los medios y los fines. En algunos contextos denota decisiones de objetivos de largo plazo o directrices generales de acción gubernamental que guían las acciones de corto plazo en situaciones específicas. (Planto, 1973, p: 311, citado por Aguilar, 1992, p. 24)

Así, el autor intenta conglomerar aspectos formales que distinguen como unidad analítica lo expresado como “política pública”. Es igualmente importante destacar como el quid de la anterior definición, permite entrever que el componente estructural de las políticas públicas reside en una dimensión conductual-decisional. Sin embargo, dicho rasgo no debe ser entendido desde la óptica de la materialización de acciones como cuestión meramente reactiva, esto es, como respuesta “natural” a la presencia de determinada situación problemática.

Pero se debe enfatizar que no se desea significar aquí el abordaje analítico de las políticas públicas despreciando su cualidad causal, más bien, lo que pretendo clarificar es que la existencia de una política como dispositivo contentivo de una carga accionaria, no nace como respuesta automática a una situación problemática, que una vez ingresada a los canales de la administración pública activa una respuesta estatal. Como se dijo en líneas anteriores, lo causal de la política implica necesariamente “un comportamiento propositivo, intencional, [y] planeado” (Aguilar, 1992, p. 24). La activación estatal no se produce en términos materiales con la hechura de la acción misma, más bien, esta se traduce desde el proceso de construcción problemático, que converge en el llamamiento de ciertos actores, para planificar un camino de

acción pertinente que tenga fuerza de desate de la situación que origina la acción misma.

Lo anterior me permite igualmente destacar que desde una perspectiva hermenéutica, la política pública permite interpretar las intenciones políticas de los actores estatales y no estatales que participan en el proceso de hechura de una política. Ésta característica es trascendental para este proceso investigativo, pues parto precisamente de la potencia probatoria de las políticas en cuanto su capacidad para revelar intenciones políticas.

Esto se materializa, refiriéndose al contenido expreso, tácito y simbólico de las líneas de acción, cuya narrativa permite encontrar indicios de la percepción de actores estatales y no estatales sobre el tópico en el que circula la política. Y segundo, teniendo en cuenta los demás elementos que se planifican –o no– cuya fuerza afecta el curso de la política.

Ahora bien, lo planteado anteriormente se complejiza en términos de análisis cuando se inserta la definición de política pública como “curso de acción” (Friedrich, 1963, Anderson, 1984, citados por Aguilar, 1992, p. 25). Dicha definición pretende poner en relieve las circunstancias operativas de la política, para así denotar una suerte de doble sentido en el curso la acción pública. Por una parte, se relaciona con el momento formulativo, en el que se diseña una agenda de acción con las correspondientes alternativas y modalidades de ejecución. Y por otra, hace mención a las acciones y modos ejecutivos que se materializan paralelamente a la implantación de la política, es decir, se observa aquella como instancia de construcción sucesiva, en palabras de Rose:

El policy-making implica toda una serie de actividades más o menos relacionadas, y no es la simple decisión singular y discreta (...) En este sentido, significa mucho más que una decisión-making, por cuanto con este término suele entenderse sólo el análisis de las intenciones de los responsables que elaboran la política hasta el momento que deciden la acción gubernamental vinculante (...) Las interacciones y los ajustes continuos que comporta el policy making hacen que este sea correctamente descrito como proceso más como una acción única decidida de una vez por todas. (Rose, 1969. P. 9-10)

Esta perspectiva es alimentada por Anderson (1984, p. 3) quien pretende distinguir la *política* de la *decisión*, definiendo la segunda como la simple esco-

gencia dentro de un grupo de alternativas y reservando como componente estructural de la política aquello que definitivamente se ejecuta. En la misma línea Majone (1978) trata el debate planteando la tensión nominada como “*policies versus decisions*” para denotar igualmente que el concepto de política no se puede agotar meramente en lo dispuesto teóricamente como acción.

Ahora bien, creo que es pertinente diferenciar varios aspectos subyacentes de estos últimos planteamientos, y así clarificar algunas perspectivas sobre el asunto del doble sentido del curso de la acción de la política. En efecto, es posible diferenciar analíticamente aquel conjunto de decisiones que se concretizan como líneas de acción de una política, como también es posible entrever en el proceso ejecutivo de ella, actividades subyacentes que afectan el curso inicial de la misma, para facilitar su implementación bajo el reto de lograr, entre otras: contextualización, eficiencia, coordinación, coherencia e integralidad del producto público. También es posible recolectar datos en cuanto al impacto real de la política, para evaluar el efecto de las líneas de acción sobre la situación a la que fue dirigido el esfuerzo estatal.

Los anteriores momentos formulados están relacionados con el modelo cíclico de las políticas públicas propuesto inicialmente por Laswell (1996), que proporciona la oportunidad de descomponer el objeto llamado “política pública” en distintas unidades analíticas, para dar cuenta de diversas instancias que construyen la política. Este ejercicio se realiza no solo en el sentido restringido de abordar los componentes teóricos accionarios de la misma, sino también en cuanto a la aprehensión de los instrumentos estructurales que facilitan su puesta en marcha, su monitoreo y su evaluación.

Este modelo analítico, en definitiva privilegia el asunto de la decisión pública, puesto que aquel es el acto creativo que permite la concepción formal de un instrumento político de intervención, con vocación de impacto sensible. En la misma perspectiva, no solamente la carga accionaria de la política nace a través de una decisión, sino que absolutamente todo el armazón que compone el *output* adquiere vigencia, no desde un proceso automático en el que los mecanismos de viabilización de la política existen *in natura* en la mera formulación de las acciones, sino que obedecen a una instrumentalización de la racionalidad, en el que se “decide” sobre las formas en que se lleva a la praxis política lo construido teóricamente, como medio de afectación de la realidad.

De esta forma, reducir la política pública a lo “realmente realizado” o a los “resultados reales” adquiridos comporta una visión reduccionista y sesgada de la política pública. Lo “realmente realizado” tiene que ver con las acciones que finalmente se ejecutan. La intencionalidad de esta proposición se basa en que empíricamente puede ser demostrable cómo en la fase de implementación de la política, se realizan alteraciones a lo programado como acción, por lo que se trata de un auténtico momento de reformulación. Ahora bien, dicha transmutación puede residir en el cambio de la acción misma formulada (aspecto material) o en la modalidad programada para su ejecución (aspecto formal). De igual forma, tienen incidencia en la variación de arreglos organizacionales, la transformación de la organización base encargada de implementar la política, entre otras consecuencias. Si bien esto es posible, centrar la definición de política desde este órbice es problemática, ya que un análisis integral de la política no permitiría develar i) la producción de estos tránsitos y cambios, ii) las razones de las variaciones, iii) La proyección hipotética de líneas acción programas inicialmente para su comparación, con las reformuladas y ejecutadas en la etapa de la implementación (en los aspectos materiales y formales), así como iv) la posibilidad explicativa de conflictos y contradicciones por reformas parciales que puedan tener consecuencias en acciones y protocolos enunciados inicialmente pero no reformados.

En cuanto a “los resultados reales”, se busca entender la política pública desde el efecto real producido por aquella. Esta perspectiva genera graves problemas desde la capacidad explicativa de la lógica de la política, de hecho, el problema se eleva hasta el punto de la ineficacia explicativa de tales “resultados reales”, que según Hecló (1972) y Anderson (1984), se dicotomizan materialmente del concepto de política pública.

El hecho de desconocer el procedimiento y las tensiones que acaecen durante el transcurso esencial de una política, despoja de insumos importantes para entender la razón de la producción de esos particulares resultados, su evaluación misma y el allanamiento de los puntos problemáticos que originaron lo obtenido como resultado por la aplicación de la acción pública. No se trata entonces de interpretar la decisión como una simple selección de opciones plausibles, pues sería subestimar el nivel de complejidad de estos, y a la vez, se desconocería que finalmente son aquellas las que tienen vocación explicativa (en términos cualitativos) del resultado pretendido como elemento

central del análisis de la política.

En este sentido, ubicarse desde las dos orbitas analíticas anteriores, también tiene dos consecuencias comunes. La primera tiene que ver con la posibilidad de desconocer en el análisis, la fuerza explicativa de las tensiones originadas por ciertos actores no estatales, que no participan de forma constante en todo el ciclo de la política. Esto implicaría desconocer la influencia que puede tener el actor en la creación y puesta en marcha de la política, desde su posibilidad de poner en circulación ciertas demandas, hasta la puesta en relieve de los insumos explicativos que fundamentan la pretensión y que por supuesto contribuyen a la diagramación problémica de una situación pública cualquiera.

Sea cual sea la perspectiva teórica sobre la que uno se ubique para observar al sujeto y su posibilidad de agencia en el marco de hechura y ejecución de una política, es fundamental reconocer que una noción de política que desprece las decisiones de convocatoria actoral o que no tenga en cuenta las interacciones de los actores a lo largo del proceso de la política, perdería la posibilidad de ampliar el espectro de entendimiento de los resultados finales causados por las acciones desplegadas estatalmente.

En segundo plano, estas nociones de política tornan taxonómico el proceso de política pública, pues la posibilidad de descomponer la política en fases analíticas no debe romper con la posibilidad de desconocer los nexos causales que unen dichos momentos, así como el tránsito permanente (cíclico) y no uniforme por distintos momentos teóricos, que se distinguen con fines de sofisticación del análisis teórico de las políticas, al respecto la voz de Díaz es pertinente:

Insisto sobre la ya enunciada posibilidad de ordenar, según sus prescripciones, al complejidad de los procesos de producción de las políticas, descomponiendo el objeto de estudio en elementos más simples sin perder—de modo irrecuperable— la visión de conjunto, las características generales y complejas del proceso mismo. Así mismo permite orientar la atención sobre los actores, fenómenos, dinámicas y temáticas que son habitualmente colocados fuera por las perspectivas de investigación y trabajos más tradicionales (que se ocupan de instituciones específicas o dominantes para cada fase o de productos finales en clave estructura funcional, etc.) (Díaz, 1998, p. 10) (Subrayado propios)

Al mismo tiempo la autora previene del riesgo de confundir el modelo cíclico con un proceso que observa las políticas como:

Una secuencialidad lineal y temporal (que “achata” y su riqueza y complejidad) ni los deslizamientos hacia tentaciones normativistas y prescriptivas que emergen de toda concepción orgánica. Habrá que reconocer que el diseño mismo del modelo del “ciclo” retoma para sí una metáfora biológico-organicista: el ciclo es un ciclo vital; contiene explícitamente y una extinción.
(Díaz, 1998, p. 77)

Si bien entonces, no es válido reducir la política pública como una serie de etapas rígidas y completas, sí es posible desde el análisis, realizar un recorte que permita entrever de forma especializada la dinámica surtida durante un momento específico de la política, agregando que las conclusiones arrojadas, no pueden tener pretensiones universales totalizando la materia de la política.

Es posible entonces, construir ciertas piezas explicativas que den cuenta de la sinergia y tensiones que acaecen en un momento temporal del ciclo vital de las políticas públicas. De allí que desde lo descriptivo, la política también reboza lo meramente efectuado y los resultados obtenidos de aquella movilización accionaria.

Ahora bien, adentrándonos sobre la dimensión teórica de las políticas, se tiene que esta labor no prescinde de las construcciones conceptuales provenientes de una vía descriptiva. De hecho, la imbricación entre ambas ópticas, intenta ubicar los componentes formales que distinguen una política pública como entidad, dentro de un marco subjetivo que produzca explicaciones acerca de las fuerzas que interactúan para diseñar un producto público. Precisamente sobre esta idea Aguilar (1992, p. 29) describe una triada categorial, a partir de la cual se sustentan diversos enfoques que pretenden explicar lo esencial de la acción pública, dichos componentes son: el poder, el consenso y el conflicto. Cada uno es tratado diferencialmente según las diferentes corrientes teóricas, en cuanto a la forma en que se materializan en la producción de la política y por supuesto, en lo relacionado con la funcionalidad del *output* como instrumento político. (Subirats, Knoepfel, Larrue & Frederic Varonne, 2008)

De esta forma, Meny y Thoenig (1992) y Subirats, (et. al. 2008) sintetizan cinco modelos teóricos que pretenden interpretar las políticas públicas, cada uno aportando una interpretación del papel del Estado en la producción de estas.

III. Enfoques para el análisis de políticas públicas. **Enfoque social o pluralista**

Desde este enfoque las políticas públicas son un resultado meramente reactivo, toda vez que el Estado se concibe como una organización político administrativa encargada de responder a las pretensiones de la ciudadanía, en palabras de Meny y Thoenig:

Las políticas públicas serían respuestas a las demandas sociales que debería analizarse desde una lógica de optimización de las decisiones colectivas y de racionalización tanto de los procesos de toma de decisiones como de la conducta de los burócratas. (Meny y Thoenig, 1992, p. 18)

De lo anterior se destaca que se integran la base conceptual que articula la denominada escuela de “*public choice*”, enfoque desde el cual las actuaciones estatales que responden a las demandas impetradas por la ciudadanía, se surten desde un modelo en el que el producto público “es el resultado y desarrollo de una elección racional (*rational choice*)” (Aguilar, 1992, p. 37), adhiriendo a lo planteado por el autor precitado:

[Se] considera a decisores y operadores como actores que se comportan racionalmente maximizando valores y minimizando costos, después de haber examinado toda la información pertinente y construido las opciones relevantes. En esta óptica la política decidida es básicamente el curso de acción eficiente para la realización de los objetivos perseguidos y el curso estratégico frente a otros competidores que supuestamente proceden también según reglas de la racionalidad estricta. (Aguilar, 1992, p. 39)

El anterior planteamiento ubica en un plano trascendental a los actores que intervienen en la hechura de la política pública, sin embargo, las dimensiones teóricas de esta propuesta no se agotan en los agentes estatales, por el contrario, trata de abarcar el curso de acción sin perder de vista el protagonismo

que tiene el sujeto demandante de acción pública. En esta perspectiva, la intencionalidad del ciudadano en cuanto al incoamiento de pretensiones hacia el Estado, es abordada (también) desde la elección racional como perspectiva de acción. Esta opción teórica se compone básicamente de tres componentes según Martínez García: “1. Los individuos toman decisiones racionales con arreglo a fines, 2. Dadas sus preferencias (elemento subjetivo de la acción) y 3. Teniendo en cuenta cuáles son las restricciones en las que pueden tomar sus decisiones (elemento objetivo de la acción)” (Martínez García, 2004, p. 3)

Esta propuesta ubica entonces al sujeto como descendiente directo del *homo economicus*, teniendo en cuenta que su comportamiento y su acción decisional se encuentran reguladas desde móviles eminentemente fundados en sus intereses personales. Igualmente, la maximización de sus elecciones es realizada de forma reflexiva, completa y transitiva. La primera cualidad consiste en que las posibilidades decisionales del individuo son comparables en sí mismas. El segundo rótulo es externo, pues se refiere que ante cierto conjunto de opciones es posible realizar procesos comparativos entre ambas. Esta característica ha sido complejizada por Elster al introducir la variable de la información en cuanto a su disponibilidad y completud como insumo decisor.

Finalmente el tercer rótulo puede ser explicado de la siguiente forma: ante la preferencia de dos opciones, si la no escogida es preferida ante la comparación con otra tercera opción, en el momento de comparar la escogida inicialmente con la no escogida en segundo momento, la elección se situará sobre la primera. Lo anterior, permite la ordenación de las opciones frente a las cuales el sujeto pretende seleccionar alguna, haciendo la claridad, que este presupuesto no es aplicable para barajar preferencias colectivas.

La elección racional ha sido bastante criticada desde varios ámbitos de la doctrina. Desde la teoría politológica se argumenta que es una postura que no tiene vigencia contextual ya que riñe con la teoría grupal de la acción como instrumento de participación y movilización de demandas, Meny y Thoenig (1992).

Del mismo modo, otros autores como Zafirovsky (1999) crítica la teoría de la elección racional por considerar que dicha propuesta teórica al reducirse al proceso decisional del individuo para el alcance de fines monetarios, riñe

con otro tipo de objetivos políticos más colectivos como el status. Igualmente, Bunge (1999) plantea la limitación de la propuesta para la realización de reformas sociales, al mismo tiempo anota su inutilidad para el estudio de los movimientos sociales.

Por otro lado, también se le critica que reduce las explicaciones sociológicas a fenómenos puramente individuales, por lo que igualmente carece de fuerza analítica para incorporar el sentido de las prácticas sociales (Martínez García, 2004). Los principales representantes de estas críticas son Searle (1995) quien plantea que si bien existen intencionalidades individuales, también existen las intencionalidades colectivas, por lo que considera que no es posible limitar toda explicación a un pronombre singular en primera persona. Este planteamiento es afín a lo dicho por England & Kilbourne (1990) quienes expresan que las sociedades no están formadas por yoes escindidos.

Opuesto a lo anterior, la aplicación de la teoría de la elección racional dentro de la escuela del *public choice* es defendida por Buchanan y Tullock citado por Meny y Thoenig, expresando que: “a lo largo de nuestro análisis, el término ‘grupo’ puede ser sustituido por el término ‘individuo’ sin que los resultados se vean sustancialmente afectados” (Buchanan y Tullock, 1962, p: 9 citado por Meny y Thoenig, 1992, p. 47).

Referente a este punto, Ostrom (1977) insiste sobre la convergencia de individuos como integradores de las organizaciones, bajo la necesidad de construcción de acuerdos que logren conciliar los intereses individuales y los intereses colectivos. En este sentido, si bien el sujeto se moviliza a partir de intereses particulares, es precisamente el componente organizativo el que puede permitir internalizar ciertas metas y cuadros valorativos genéricos, pudiendo generar acuerdos multiorganizativos que permitan puentes (funcionales) entre lo individual y lo grupal.

Continuando con las características del *public choice*, también se plantea desde este enfoque la dicotomía entre los bienes privados y los bienes públicos. Los primeros son producidos por el mercado y los segundos se derivan a partir de la prestación de servicios públicos (por actores estatales y no estatales) y de la propia producción de aquellos que realizan las administraciones públicas. Al respecto Meny y Thoenig plantea que:

Los teóricos del public choice tratan de <<identificar>> (packageability) los bienes públicos aplicando el método utilizado con los bienes privados: midiendo sus costos y la asignación de estos a los beneficiarios del servicio. De esta manera, esperan controlar al máximo las externalidades (positivas y negativas) producidas por un bien público determinado. (Meny y Thoenig, 1992, p. 48)

Es importante denotar que una de las preocupaciones centrales de esta escuela son los mecanismos de asignación de recursos, en clave con la forma y estructura de gobierno. Esta alineación se debe precisamente a que se opera bajo el paradigma consistente en que las decisiones públicas y los canales distributivos de las organizaciones, tienen la fuerza para moldear los comportamientos de los individuos, en tanto el elevamiento de pretensiones sociales. Si bien se parte de un Estado que reacciona ante las necesidades que la ciudadanía visibiliza, la respuesta que se construye para estas tiene un doble efecto. Por un lado, responder ante la satisfacción de aquellas, del por otro, propiciar moldeamientos conductuales que logren una suerte de equilibrio político en cuanto a la asignación de recursos concebidos como limitados y escasos.

A nivel de organización político administrativa, la escuela del *public choice* pregona la máxima: *small is beautiful*, por lo que difiere de una súper estructura administrativa que centralice las decisiones de asignación de bienes públicos, oponiendo por tanto “estructuras descentralizadas, especializadas y de pequeño tamaño” (Meny y Thoenig, 1992, p. 48), lo anterior implica la creación de múltiples organizaciones especializadas de carácter local, que aunadas al concepto de reacción administrativa por expectativas de la ciudadanía (en cuanto a la garantía de bienes y servicios), terminan generando diversas redes prestacionales especializadas, de acuerdo a las necesidades externalizadas en el plano local. Se trata entonces de la generación de auténticas comunidades políticas que determinan la oferta estatal en su micro universo de intervención. Ostrom y otros autores se pronuncian al respecto en los siguientes términos:

La elección de los servicios públicos locales implícita en cualquier sistema local de gobierno presume que las variaciones sustanciales se abrirán paso entre los modos de organización pública y entre la población de las diferentes comunidades locales de una metrópoli. Las formas de autonomía y de

gobierno a nivel local constituyen un compromiso sustancial a favor de un sistema policéntrico. (Ostrom et al, 1961, p: 387, citado por Meny y Thoenig, 1992, p: 49)

Enfoque neweberiano

Esta perspectiva trata de revitalizar los conceptos teóricos aportados por Max Weber al modelo burocrático como alternativa administrativa organizacional para la producción de la acción estatal. Dicho modelo se desarrolló primariamente en Gran Bretaña y en Estados Unidos en los años 1974 a 1976, teniendo como marco inicial de articulación las políticas públicas urbanas. Es una postura que se caracteriza por una adaptación contextual de las teorías esbozadas en su momento por Weber, en cuanto a la caracterización de la estructura burocrática como sistema de gestión encargado de materializar la actividad de la administración pública.

Es por ello que como primer paso para la comprensión de este enfoque, resulta pertinente citar al mismo Weber como fórmula recapituladora de las principales características de la organización burocrática, para quien:

Rige el principio de las atribuciones oficiales fijas, ordenadas, por lo general, mediante reglas, leyes o disposiciones del reglamento administrativo. Es decir: 1) Existe una firme distribución de las actividades metódicas –consideradas como deberes oficiales- necesarias para cumplir los fines de la organización burocrática. 2) Los poderes de mando necesarios para el cumplimiento de estos deberes se hallan igualmente determinad de un modo fijo, estando bien delimitados mediante normas los medios coactivos que le son asignados (medios coactivos de tipo físico, sagrado o de cualquier otra índole). 3) Para el cumplimiento regular y continuo de los deberes así distribuidos y para el ejercicio de los derechos correspondientes se toman las medidas necesarias con vistas al nombramiento de personas con aptitudes bien determinadas. (Weber, 1993, p: 131)

Dentro de este enfoque, la teoría burocrática weberiana es funcional en tanto que la defensa y desarrollo de la democracia representativa puede ser garantizado a través de un marco organizacional que cuente con una definida estratificación jerárquica, así como estructuras profesionales definidas para optimizar la actividad del Estado en la prestación de bienes y servicios. De esta forma, el talante teórico de esta corriente va en

contravía de otros enfoques que privilegian el achicamiento del Estado (*small is beautiful*), el desempoderamiento del mismo en la prestación de ciertos servicios, el retiro inminente de aquel del mercado, y la intervención mínima en cuanto la garantía de competencia económica balanceada entre agentes privados. El enfoque neoweberiano es partidario del fortalecimiento de la administración pública, toda vez que el Estado funge como eje central de garantía de los derechos.

Es importante destacar cómo esta corriente privilegia el asunto del talento humano. El modelo burocrático weberiano plantea la profesionalización del servicio administrativo a efectos de crear una estructura personal cualificada en la toma de decisiones públicas. Dentro de este mismo, los procesos de fomento al mérito para el ingreso, así como la división profesional de trabajo, son rasgos claros que terminan forjando una suerte de estructura humana con cierta capacidad de gobernabilidad, por lo que no gratuitamente esta condición ha sido nominada como el surgimiento de una nueva clase (Meny y Thoenig, 1992). Esta mirada, intenta problematizar la dicotomía clásica entre lo político y lo técnico desde el tipo de armazón racional que inspira la concreción de determinado *output* estatal, pues el debate más allá de centrarse en el *quién* de la decisión, pretende más bien destacar la legitimidad decisional de ciertos funcionarios cuya ocupación estatal no está derivada de un proceso democrático de elección popular. Por esta razón, es posible encontrar al interior de la administración pública diversas agendas de acción, interpretaciones disformes de situaciones problemáticas y desates óptimos que pueden entrar en rivalidad pese a los mecanismos de coordinación interna y externa que propone el modelo burocrático.

De acuerdo a Fuentes, Güemes & Isaza (2009) otros rasgos importantes de este enfoque residen en:

i) Reconocimiento de la sociedad civil como agente de cooperación en la producción de la actividad estatal, potenciando el encuentro sinérgico para la cooperación en la realización de acciones y no en el entendido de un desplazamiento funcional o el dimensionamiento de la sociedad civil como agente privado que realiza funciones públicas. El quid consiste en fortalecer los dispositivos de participación de la sociedad civil “desde el reconocimiento de la especificidad y relevancia de la función y la cultura política” (Fuentes et al, 2009, p. 9).

ii) En concordancia con lo anterior, el fortalecimiento de la democracia representativa, directa y deliberativa, que ocupan un lugar imperativo en la agenda de este enfoque teórico, y es que es menester recordar, que precisamente el neoweberianismo, intenta tornarse como reactivo a los presupuestos políticos que sustentan la denominada “nueva gerencia pública”, en cuanto al vislumbramiento que realiza aquella de una sociedad justa o imparcial, entendida como cuando cada individuo, en términos de Nozick, es capaz de perseguir sus propios objetivos sin la interferencia de otras fuentes externas, como el estado (Nozick, 1974, citado por Arellano y Cabrero, 2005, p: 601).

iii) La adopción de nuevas tecnologías de control de recursos del Estado es parte vital de esta corriente. Principalmente se manifiesta en la creación de dispositivos *ex-ante* y *ex-post* para garantizar la rendición de cuentas, el auditaje, el control disciplinario y el control político, lo que según los autores, es una suerte de adopción del mecanismo de evaluación de resultados.

Finalmente, iv) la profesionalización del servicio adquiere una dimensión que sobrepasa la concebida por Weber en primera instancia, toda vez que desde este enfoque:

La capacitación del funcionario no sólo [debe residir] en materias jurídicas o de una esfera específica de la actividad sino en habilidades sociales que lo capaciten para desempeñarse en áreas multidisciplinares así como para interactuar cooperativamente con la ciudadanía. (Fuentes, et al, 2009, p. 64)

Enfoque neo marxista

En primer lugar, desde este enfoque se ubica al Estado como un instrumento que se encuentra al servicio de una clase social, por ende las políticas públicas como expresión administrativa se pueden definir como dispositivos con vocación de mantenimiento de ese orden, el cual es entendido como un estado de cosas que vectorialmente se encuentra alienado al posibilitamiento opresivo de una clase socio económica sobre otra, teniendo como causa prima de las problemáticas estructurales, la existencia del capitalismo como modelo económico de desarrollo de las naciones. Esta primera acepción de orden desde una perspectiva de opresión de clase, representa el paradigma marxista clásico sustentado sobre las contradicciones entre fuerzas y relaciones de producción, al respecto Zuleta plantea:

El marxismo lleva a cabo una crítica muy radical del orden capitalista que se refiere, no a una forma determinada de propiedad, sino a la propiedad como tal, definida por supuesto, en términos marxistas, como diferentes formas históricas de derecho al plustrabajo. De la misma manera lleva a cabo una crítica del Estado, de la división de la sociedad en clases y de las diferentes formas de la división social del trabajo que se fundan en la explotación. La característica de esta crítica consiste en que apunta a disolver todas las formas que se presentan a la conciencia cotidiana bajo la figura de una objetividad natural y transhistórica, y a mostrar su dependencia de condiciones históricas. (Zuleta, 1975, p.)

Esta perspectiva trabajada por Henri Lefebvre, Manuel Castells, David Harvey y Milton Santos, asume inauguralmente que:

Las injusticias sociales y sus manifestaciones espaciales son inherentes al sistema capitalista; por consiguiente, solo es posible alterar su forma y el contenido de la ciudad aboliendo el sistema capitalista que descansa en la propiedad privada y en la posesión monopolista del suelo urbano. (Estébanez, 1988, p. 36)

En este sentido, este enfoque de análisis de las políticas públicas permite pensar la realidad social, la administración pública y el Estado, desde una perspectiva que no se agota en la dualidad de clases y los medios de producción económica como unidades de análisis concretos. A la vez, es una corriente que intenta tejer otras posibilidades analíticas, desde otros contextos y claves discursivas, que aunque están vinculadas *ratio materiae* al orden capitalista, su explicación en términos de develación de las circunstancias opresivas y requiere de desarrollos teóricos especiales en cuanto el núcleo mismo que define la tipología y forma de opresión.

Es en esta perspectiva que circularon los trabajos de Castells, quien básicamente concentró sus esfuerzos analíticos en la cuestión urbana, no como un objeto teórico, sino como un objeto ideológico (González, 1998). Así pues, lo urbano puede ser interpretado en una doble vía: por un lado, como lo relacionado con “la concentración espacial desde ciertos límites de población y densidad” (González, 1998, p. 311) y por otra, como la “difusión del sistema de valores, actitudes y comportamientos bajo la denominación de cultura urbana” (Castells 1983, citado por González, 1998, p. 311).

Castells inicia sus estudios desde una óptica marxista clásica, al utilizar insumos y categorías propias de esta corriente, presentando la urbanización desde su naturaleza política en cuanto resultado de interacción y predominio de un modo de producción. No obstante, posteriormente necesitó romper con la metodología marxista clásica, para irrumpir en nuevos escenarios analíticos que dieran claridad y alcance a sus propuestas explicativas sobre el asunto urbano, tal es el ejemplo del uso de la categoría de los movimientos sociales y su dinámica como foco de análisis que pretendía visibilizar lo relacionado con la agencia y la transformación social (Castells, 1983).

Igualmente, Holloway desarrolló una crítica a la administración pública desde la teoría marxista teniendo como punto de partida el siguiente:

Las ciencias burguesas tienden a presentar una visión del mundo de arriba abajo; el mundo y sus problemas son vistos desde la perspectiva de los dominantes, para quienes el crimen, el desorden, la movilización son “problemas sociales” a solucionar. Nunca se presentan a la ley y el orden, a la policía y el gobierno como problemas sociales, aunque hacen un daño mucho mayor. El hecho que la visión del mundo de la ciencia burguesa sea de arriba abajo es mucho más claro en el campo de la administración pública –la ciencia a cargo de mantener a la sociedad bien controlada- (Holloway, 1982, p. 17)

Definitivamente este enfoque es ante todo una posibilidad de ruptura epistemológica, debido a que el análisis en esta vía, implica alcanzar un radio explicativo que dé cuenta de las fuerzas opresivas materializadas hacia ciertos sujetos bajo condiciones de producción económica, social, cultural y discursiva. Esto implica necesariamente, encontrar al Estado como centro de producción de las condiciones necesarias para diseñar y mantener dicho contexto de opresión, por lo que finalmente las políticas públicas terminan siendo dispositivos que normalizan y estilizan las relaciones de poder en términos de mantenimiento del *statu quo*.

En un sentido amplio, el enfoque marxista observa las medidas administrativas estatales como instrumentos de apaciguamiento de las luchas internas que se surten dentro determinado espacio socio político. La arquitectura de tales medidas obedece a diagramaciones problemáticas que dejan por fuera nodos estructurales, que suponen la crítica y deconstrucción de las instituciones reificadas por el sistema para mantener el orden opresivo vigente.

Así el *policy making* es una actividad enfocada a la construcción de problemas públicos sin componentes que permitan racionalizar la conexión directa del problema con un rasgo definitorio del sistema. *Verbi gratia*, una política social enfocada para la garantía de derechos económicos y sociales de una población de especial protección, no partirá del cuestionamiento del sistema de clases, o de las estrategias macro económicas que determinan al individuo en cierta posición societal ni de las políticas generales de distribución de riqueza, sino que encuadra la manifestación del problema desde vértices que permitan el trasegar la situación bajo soluciones subóptimas.

En concordancia con lo anterior, los mecanismos estatales que recogen líneas de acción estarán lógicamente determinados por la percepción problémica que desata el intento de actividad estatal, por lo que estos tienen una fuerza programada, la necesaria para lograr estabilidad en la relación opresiva que termina siendo legitimada y sostenida por la carga accionaria pública.

Este último aspecto nos permite entrever en este enfoque el papel de los sistemas jurídicos como instrumentos facilitadores de la acción estatal en términos de políticas públicas. En este sentido, el derecho es el dispositivo que traduce en realidad y obligatoriedad las condiciones económicas, políticas, sociales e inclusive, epistemológicas que sostienen un Estado. Es específicamente a través de las leyes, los decretos y las resoluciones administrativas que se construyen los cimientos axiomáticos que forjan el *ethos* de los Estados.

De esta forma, cuando una norma reconoce un derecho determinado, demarca igualmente el núcleo esencial del mismo, es decir, la situación fáctica y subjetiva que permite inferir que dicho derecho se encuentra en ejercicio. Así entonces, cuando una política pública intenta romper con déficits de derechos (situación problema) a través de ciertas acciones para llegar a una situación futura de ejercicio (situación ideal), la operación política encubierta en tal entramado público, consiste precisamente en ubicar jurídicamente al sujeto en la macro relación de opresión que trae implícito el reconocimiento formal de un derecho.

En esta medida los sistemas jurídicos son blanco tórrido de los teóricos marxistas, puesto que el derecho significa el sostenimiento y la legitimación constante de la estructura opresiva. Idea que se relaciona con el planteamiento de la imposibilidad material de la política pública para contravenir o poner en

crisis a instituciones, prácticas y representaciones políticas que integran las estructuras del sistema político jurídico. Contexto que precisamente genera problemas públicos los cuales tienen oportunidad de tratamiento estatal en términos paliativos pero a la vez neutrales, es decir, desde la no afectación de la relación asimétrica de poder enmarcada por aquellos poseedores e instrumentalizadores de los medios de producción y los que son objeto de alienación y definición en tanto desposeídos de dichos medios.

Así entonces, desde una perspectiva sistémica, el Estado se entiende como subsistema integrado en un entramado sociopolítico. De esta forma, aquel está incapacitado políticamente para producir medidas contradictorias a su naturaleza y a su posibilidad de interacción efectiva con las demás agrupaciones organizacionales interconectadas dentro de un marco contextual de opresión en específico. Este argumento se sustenta con lo planteado por Parsons en el sentido que:

Una organización es un sistema que, al lograr su objetivo, 'produce' algo identificable que puede utilizarse de alguna forma en otro sistema; es decir, el producto final de una organización es un principio para otro sistema. (Parsons, 1993, p. 522)

Esta perspectiva sistémica es útil como campo de diagramación del enfoque marxista en cuanto al análisis e interpretación de las políticas públicas (micro nivel), la administración pública (meso nivel) y el Estado (macro nivel), pues permite entrever los productos estatales como construcciones eficaces para mantener el calibre de la relación del sujeto respecto al entorno que lo ubica en una relación de explotación, dependencia y opresión.

En adición, esta acción es cíclica, toda vez que la consistencia material del producto tiene que ver con su vocación misma para fungir como insumo de procesamiento en otros niveles organizacionales. Por tanto, en el momento de recorte analítico de realidad para realizar un encuadre problémico pertinente de actuación estatal, necesariamente dicho resultado (la formulación problémica) estará impregnado de la materia producida en primer lugar, en tanto interacción de aquel con el entorno. Así, lo percibido como activador de esfuerzo estatal es el efecto mismo del balance sistémico del que debe gozar toda estructura. Esta visión fabril de producto se justifica en lo dicho por Katz y Kahn, para quienes:

Nuestro modelo teórico para comprender las organizaciones es el de un sistema energético de input-output en el que el retorno de energía del output reactiva el sistema. Las organizaciones sociales son sistemas flagrantemente abiertos, y la conversión del output en input de energía consiste en las transacciones entre la organización y su entorno. (Katz y Kahn, 1993, p. 563)

Lo anterior también implica una consecuencia adicional y es de tipo cognoscitivo: las políticas públicas al tener inmersa una interpretación y dimensión del problema en niveles superficiales y no estructurales, terminan por romper la relación primaria causa- problema, sustituyéndola por la elaborada en la formulación de la política. Esta circunstancia incapacita al sujeto para entrever la vocación normalizadora de la política e instala en aquel una percepción falaz del nivel de la situación problemática que es tratada estatalmente.

Lo anterior se aplica así: la clave de cualquier problema público es la facilitación de la opresión, se tiene que la base de las políticas públicas sustentan la existencia de un problema. Desde el enfoque marxista significa que la decisión del dibujo de lo problemático tiene que ver con aquello que puede dificultar el mantenimiento de la opresión. De esta manera y recordando la definición de política que hace referencia a lo que el Estado decide o no decide hacer, la acción u omisión misma tiene como fórmula de activación la posibilidad de concreción de condiciones políticas que mantengan al sujeto en el plano típico de dominación.

Así, en la praxis el análisis burgués de las políticas públicas parte del axioma contractualista de la existencia del Estado para garantizar ciertas prerrogativas a los individuos. Por ende, las políticas públicas como respuesta articulada a la esquematización problemática, son abordadas no en clave de impacto de aquellas en las relaciones de poder, sino desde la potencia expresa de las líneas de acción de la política para alcanzar los márgenes de impacto esperados.

El grado de problemas públicos universales enerva la posibilidad del sujeto de acceder a los matices estructurales del problema mismo (utilizamos la categoría de problemas universales, para expresar una situación teórica diferente a la anterior en la que el Estado asume el tratamiento de circunstancias consideradas objetivamente como opresivas al individuo). Cuando se habla de objetividad, hacemos referencia al sustento histórico en el derecho

natural o en la costumbre en la que se tiene como percibida una situación fáctica como agresora de la dignidad humana o en general a cualquier atributo natural del ser.

Antes de desarrollar esta idea, cabe preguntarse: ¿por qué si desde el enfoque marxista se interpreta la política pública como fórmula de opresión, le interesaría al Estado actuar proactivamente ante la solución de problemas que precisamente puedan colocar al individuo en posiciones de resistencia e intención de deconstrucción? La respuesta tiene que ver con que precisamente son estos problemas universales, (v.gr, el reconocimiento de la llamada “multiculturalidad como idea de la agenda liberal, las políticas de equidad de género, las políticas LGBTI, etc.) la alternativa más estratégica para facilitar líneas políticas sofisticadas de dominación del individuo, toda vez que la forma de matización del problema en el proceso de elaboración de la política se confecciona de tal manera que cualquier análisis posterior indique, por un lado, que el problema no deriva de la existencia misma del Estado capitalista, y por otro, que la carga accionaria de la política represente posibilidades de disminución del nivel problémico.

Lo anterior genera el desplazamiento cognoscitivo que se viene describiendo, debido a que el parámetro de medición que se utiliza, tanto para la formulación del problema como para el juzgamiento del impacto, deriva del desate de tales problemas sin la afectación sustancial de las relaciones de poder preconstituidas alrededor de estos. Pero la presentación viciada del nivel problémico genera que la política sea percibida como un instrumento positivo de avance, incurriendo sin mayores reparos los destinatarios de las mismas en su aceptación y legitimación. No solo en cuanto a la oferta particular de la línea accionaria, sino desde la adherencia al contenido político que ella pregona, incluido el sesgo epistemológico.

Enfoque neocorporativo

Este enfoque es un modelo teórico que se centra en analizar la decisión pública a partir de la influencia generada por actores, que organizados bajo un molde particular de representación, movilizan intereses con el objetivo de ser satisfechos vía acción estatal. En otras palabras, se centra en la forma en que ciertas demandas se estructuran, se ponen en juego y se articulan en los canales estatales a partir de cierto tipo de formas organizacionales, que generando un capital asociativo, buscan afectar la posibilidad de fluidez de

pretensiones colectivas. Se trata en síntesis de un intento de construcción de un orden social a partir de la arquitectura de grupos sociales, que convocando intereses individuales, puedan estos converger en la movilización de intenciones colectivas. La validez de este postulado está condicionada a la adherencia a las corrientes teóricas que entrevén la posibilidad de agencia de la organización sobre el sujeto. (Streeck y Schmitter, 1985, p. 16)

Para profundizar en las características de este enfoque se propone la definición aportada por Schmitter en los siguientes términos:

Un sistema de representación de intereses en el cual las unidades constitutivas se organizan en un número limitado de categorías únicas, obligatorias, no competitivas, organizadas de manera jerárquica y diferenciadas a efectos funcionales, reconocidas o autorizadas (si no creadas) por el Estado, que les concede deliberadamente el monopolio de la representación dentro de sus categorías respectivas. (Schmitter, 1974, citado por Meny & Thoenig, 1989, p. 66)

Antes de pasar el desglose de esta definición es fundamental aclarar que históricamente este enfoque surge desde una versión macro corporativa, toda vez que el asunto de la representatividad era esquematizado como posibilidad de convergencia de “grandes conglomerados de clase, altamente centralizados, articulados por arreglos sumamente amplios” (Cansino, 1997, p. 2)

Lo anterior se debió precisamente a las posibilidades históricas de la época, pues fue el escenario posterior a la segunda guerra mundial la plataforma sobre la que se tejió esta propuesta asociativa, existiendo en aquel momento contextual, economías nacionales relativamente autónomas que aun cuando se estaba al frente de la estructuración de un mercado común, existían en las jurisdicciones domesticas tendencias políticas y económicas (keynesianas) que privilegiaban el control estatal sobre las “demandas, las decisiones y las administraciones locales” (Cansino, 1997, p. 2)

El mismo Schmitter plantea que el desuso posterior de la teoría keynesiana, como alternativa para la gestión y administración del sistema capitalista, trajo como consecuencia la perdida de posibilidad de concreción real de este enfoque macro corporativo, pues el viro ideológico hacía tendencias teóricas que desplazaron paulatinamente, el carácter hermético de las diferentes

economías nacionales, provocaron que los llamados grandes arreglos representativos de clase que proclamaba en primera instancia este enfoque, no tuvieran la fuerza para explicar las decisiones de los Estados.

Sumado a lo anterior, aparecieron nuevas variables, tales como la desregulación de los mercados, los acuerdos de gestión económica internacional, el seguimiento de directrices de banca multilateral, gestiones político económicas obligatorias derivadas de acuerdos de cooperación internacional, etc. Dichos elementos, escapaban a la fase teórica inicial que propugnaba por grandes arreglos de clase, cuya fuerza fuese pertinente para influenciar la órbita de administración política económica del Estado sobre el mercado.

En este sentido se refiere Schmitter en entrevista con Cansino:

Ciertamente, permanecerán algunos compromisos, pero ya no se articularán en la estructura corporativa que prevaleció en la posguerra. El único nivel posible en el que todavía se puede imaginar a reemergencia del corporativismo es en el nivel europeo. Y aun aquí no veo signos claros, debido sobre todo a dificultades provenientes tanto del lado del comercio como del capitalismo.

En mi opinión, la superación del corporativismo de ese tipo—la primera variedad— se debe en gran medida a la reacción y a la resistencia de los intereses comerciales. No fue destruido por los trabajadores. Por el contrario, permanece como un interés de la mayoría de los grupos de la clase trabajadora en el nivel nacional, entre los que todavía tiene lugar algo como aquella forma de negociación explícita a nivel de clases. Son los capitalistas quienes han sustituido al corporativismo, y no tienen ningún incentivo para restablecerlo a nivel nacional o internacional como, por ejemplo, el mercado europeo. Y, por supuesto, a nivel global es totalmente impensable. En consecuencia, esa forma de corporativismo está muerta. (Cansino, 1992, p: 2-3)

Es en esta primera dimensión teórica que tiene consonancia la definición inicial citada por el autor, puesto que dentro del neocorporativismo se estructura una relación vertical en el que las políticas públicas terminan siendo el resultado de la interacción comunicativa entre federaciones centrales (*peak organizations*) y portavoces estatales (Meny y Thoenig, 1989).

Este enfoque intenta asegurar la legitimidad de las políticas públicas a través

de la incitación a la macroasociación en la que los actores con intereses comunes se corporativizan, presentando sus demandas y propuestas organizacionalmente. En esta línea, este enfoque presenta una suerte de plus de legitimidad, traducido no solo respecto a la existencia formal de la “corporación”, sino también en cuanto a su monopolio de representatividad política (en función al tópico que los agrupa) y del reconocimiento estatal (en función de la agenda que pretenden fluir.)

Es importante hacer claridad que el *ethos* de este enfoque, reside en el objetivo de llegar a un modelo económico y social aceptable, en términos del balance estratégico, entre las expectativas estatales surtidas en el devenir político y las prerrogativas construidas colectivamente que sostienen y legitiman la agrupación social como mecanismo representativo. Definitivamente, esta paridad ideal genera necesariamente imbricar en el análisis dos conceptos claves trabajados históricamente en la ciencia política, hablo de la categoría de la *autonomía relativa del Estado* y como emergente a la anterior, lo atinente a los *intereses del Estado*.

Lo expresado anteriormente, porque este modelo propugna por articular una instancia social de representatividad política, dotada de fuerza de acción cuyo radio de impacto afecta la decisión pública, inclusive desde la posibilidad de desalinearse de aquella, el alcance del bien común o la producción de valor público, en lenguaje de la gestión pública. En efecto, Schmitter plantea en cuanto al concepto citado primariamente que:

Esta relativa autonomía no es conductista, en el sentido de depender de las preferencias de los funcionarios (Nodlinger, 1981); ni es funcional, en el sentido de provenir de la exigencia de asegurar las necesidades de reproducción a largo plazo del capitalismo (Poulantzas, 1972 y 1975); no es táctica, en el sentido de que simplemente disfrace los intereses de una clase dominante que no está en el poder, tras la fachada de la neutralidad estatal (Block, 1977). Es estructural> y se basa en los intereses institucionales del Estado. (Schmitter, 1985, p. 51)

La peligrosidad entonces de posibilitar productos estatales cooptados por intereses no públicos es latente en este tipo de modelos, por ello la necesidad de tener como punto de partida los intereses institucionales del Estado. Frente a esto surgen entonces dos preguntas que responderé conjuntamente para

clarificar teóricamente este modelo. Primera: ¿cómo están determinados los intereses institucionales del Estado? Segundo: si estructuralmente se preserva la autonomía relativa del Estado en cuanto a su deber de movilizar agendas representativas, ¿no existe acaso un conflicto con la naturaleza del modelo que al parecer desplaza su potestad decisoria de agenda sobre órganos representativos reconocidos?

En primer lugar, se considera pertinente la diferenciación realizada por Schmitter en cuanto a la naturaleza diferencial de los intereses del Estado de los intereses de gobierno y a su vez de los intereses de los funcionarios. Al estar el Estado operado internamente por gobernantes y funcionarios, la delgada línea entre la triada expuesta puede tornarse confusa y problemática. Así, el autor precitado menciona categóricamente que los intereses del Estado están definidos por el “sistema interestatal del que forma parte” (Schmitter, 1985, p. 55), donde están todos aquellos aspectos relacionados con el posicionamiento de aquel en “un sistema económico mundial altamente competitivo” (Schmitter, 1985, p. 56). En este ámbito, se incluye la pretensión de la preservación territorial, como requisito mismo que determina la extensión en el tiempo de tal organización jurídico administrativa, social y política.

Como segundo elemento, también se menciona el interés por lo que se denomina uso de la autoridad legítima (Schmitter, 1985, p. 56) haciendo referencia a la capacidad para tornar efectiva una medida administrativa o legislativa dentro del espacio sobre el cual el Estado es soberano. Finalmente, se encuentra el interés del Estado por encarnar en sus fibras constitutivas la construcción social y política que agrupa los intereses que todos los ciudadanos tienen en común, en términos del propio autor, se trata de “una capacidad creíble y legítima de apelar a la autoridad del Estado para que respalde sus ofertas y acuerdos” (Schmitter, 1985, p. 57)

Esta última pretensión simbólica está relacionada con el *status* de este tipo de intereses desde el modelo neo corporativo. Así, teniendo en cuenta la pluralidad de efectos según la organización política particular de cada Estado, el modelo neo corporativo puede, entre otras, ocasionar el aumento de demandas sociales, incluido el costo (económico, político, técnico, humano, etc.) de procesamiento de aquellas para las administraciones públicas. En esta vía, la confección de decisiones públicas basadas en este esquema de concertación, puede ocasionar externalidades negativas materializadas en la afectación de otro tipo de intereses, que aunque pudiesen no tener estructurada una capacidad de concertación y diálogo con los cuadros estatales, si tienen valía

política en términos de articulación en un régimen supuestamente democrático; esta contrariedad relacionada con el ‘deber ser’ del modelo lo estima el autor así:

Es, [el modelo] en efecto, conservador, ya que refleja las relaciones de propiedad y de poder existentes, y al mismo tiempo, es potencialmente transformador, ya que las sujeta a negociaciones explícitas y repetidas. (Schmitter, 1985, p. 57)

La vocación interna del modelo neocorporativo parece sugerir una inclinación constante por someter a discusión los consensos y disensos sobre los intereses mismos del Estado. Podría encontrarse en esa fórmula una alternativa para garantizar la dinámica permanente de las concertaciones públicas como puerta de entrada a la canalización de demandas e impresiones políticas de agrupaciones societales, o también, para generar cambios de posiciones respecto a las corporaciones mismas o al reconocimiento que formaliza el Estado como pase de entrada al escenario de diálogos y acuerdos. Es precisamente esto último, lo que destacan los adherentes a este modelo, bajo una suerte de relación necesaria que parte de la carencia de cierto tipo de capital de uno y otro lado:

Si la perspectiva que he desarrollado anteriormente es acertada, el nacimiento del neocorporativismo (y su persistencia) no puede predecirse desde las micromotivaciones de los intereses de agentes privados y empleados públicos. Ni puede analizarse exclusivamente en términos de los imperativos macrofuncionales de la economía capitalista o de los sistemas democráticos. Estos supuestos deberían, sin duda alguna, tenerse en cuenta para comprender las condiciones que favorecen la elección de este instrumento político frente a otro, pero la base estructural reside en ese nivel intermedio de los acuerdos por conveniencias mutuas entre representantes de las organizaciones de intereses y representantes del Estado. (Schmitter, 1985, p. 57-58)

Estas interacciones a las que hace referencia el autor tienen diversas formas de implementación haciendo referencia a los arreglos organizacionales concretos que se perfeccionan para lograr objetivos de carácter público. Así pues, el prototipo de interacción organizacional que se describió en primer lugar como “corporación representativa- Estado”, y que pretende moldear política-

mente la relación sociedad civil-Estado, puede ser operativizado a través de lo nominado por científicos políticos como: “Gobiernos de interés privado” (Schmitter, 1985; Streeck y Schmitter, 1985)

En los términos del autor citado se encuentra la siguiente definición doctrinal:

Un gobierno de interés privado (PIG es el desafortunado acrónimo en inglés) existe donde una organización no estatal controla en régimen de monopolio bienes, servicios o status que son indispensables para sus miembros. Por ello, es capaz de influir y potencialmente controlar sus conductas, y lo podrá hacer con un estímulo específico en forma de autorización y ayuda estatal. El estado impondrá a cambio ciertas responsabilidades y comportamientos públicos a la organización. (Schmitter, 1985 p. 60)

Considero necesario en este punto realizar un acento sobre los elementos que distinguen este tipo de arreglo organizativo, de otros que por su estructura presentan visos de neocorporativismo y por ende, podrían asemejarse al que el autor esboza. En efecto, no se refiere este modelo a aquellos resultantes organizacionales cuya génesis parte de la colonización de fuerzas privadas y particulares. Este fenómeno puntual, se produce no desde la intencionalidad directa del Estado de desterritorializar en lenguaje organizativo sus dominios públicos, sino que sucede por debilitamientos burocráticos y el interés privado de un sector organizativo que pretende aprovechar el poder público, como alternativa de producción de acciones administrativas enfocadas a satisfacer sus beneficios particulares.

Tampoco corresponden a la naturaleza de este modelo las acciones de subyugación perfeccionadas por sujetos participes del gobierno de un determinado Estado, que aprovechando cierto tipo de capital, captura estructuras organizacionales públicas para canalizar el interés de gobierno bajo la máscara del interés del Estado. El ahondamiento sobre este tipo de encuadres organizacionales con visos neocorporativos ha sido ahondado investigativamente, entre otros, por McConnell (1996), Lowi (1979) y Malloy (1977).

El texto titulado por Schmitter “*Private interest Government. Beyond Market and State*” muestra una serie de “ventajas funcionales” de este molde asociativo, entre ellas, se tiene por ejemplo lo relacionado con los límites de la regu-

lación estatal, especialmente en los asuntos de implementación de políticas. En particular, los representantes de este modelo consideran que fomentar gobiernos privados con cierta dotación de representatividad, facilita el avance en las fases de implementación de las políticas debido a la relación existente entre el *staff* encargado de dicho proceso y los receptores finales de la misma. En otras palabras, se considera que el hecho de pertenencia símil de implementadores y receptores en una “corporación” cierra posibles brechas entre las expectativas potenciales de la política y los resultados concretos. Lo anterior, por la fuerza de las estructuras organizacionales para internalizar información en los individuos.

Aunado a lo anterior, también se encuentra el asunto de la legitimidad política, problema mayúsculo para las administraciones públicas, por las tensiones producidas en el momento de convocar diversos actores no gubernamentales, para discutir y decidir sobre problemas públicos. En la misma línea, encontramos que la legitimidad también se refiere a los límites de intervención del Estado y por ende, a la forma en que aquel se moviliza frente a diversas situaciones problemáticas. Ante esta mirada, los neocorporativistas plantean los gobiernos de interés privados, como fórmulas que disminuyen las tensiones entre actores no estatales y estatales, al propiciar espacios organizacionales que acercan los interesados en la producción de la política. En palabras de Schmitter:

By turning behavioural regulation into a matter of the organized self-interest of affected groups, it leaves the legitimation of regulatory interference to group representatives who, instead of having to call upon general, society-wide values and obligations, can have recourse to more tangible group-specific norms and interest perceptions. (Streeck y Schmitter, 1985, p. 22)

Enfoque neo institucional

En primer lugar es pertinente clarificar que el neo institucionalismo no se puede conceptualizar como una exclusiva corriente teórica, debido a que su desarrollo ha tenido diversos formatos epistemológicos, en esta vía, encontramos el enfoque neo institucional histórico (Evans, P.; Rueschemeyer, D.; Skocpol, T., 1979), el de tipo económico (Cosase, 1998), el sociológico (Meyer y Rowan, 1977) y el politológico (March y Olsen 1977)

Para efectos prácticos, nos detendremos en el enfoque politológico como esce-

nario interpretativo de las políticas públicas. En primer lugar, se expondrá la importancia del Estado en este modelo, para luego presentar las instituciones como categoría central de esta línea teórica, mencionando la relación de aquellas con los sujetos, desde las decisiones de racionalidad limitada de estos últimos.

Este modelo privilegia el abordaje del Estado como categoría de análisis debido a su fuerza explicativa de los fenómenos políticos, principalmente, por constituirse debido a su naturaleza, como “el reflejo de una realidad empírica variable” (Nettl 1968, citado por Meny et. al. 1992, p. 72).

Skocpol exhibe por ejemplo diversas investigaciones en Latinoamérica, África y Asia que han examinado el rol del Estado en la realización de reformas políticas y su efecto en la delineación del desarrollo económico. En igual perspectiva, estudios realizados en democracias industriales avanzadas de Europa, Norteamérica y Japón, han centrado investigaciones en el papel de los Estados en el desarrollo de programas sociales y en el manejo de problemas económicos internos y foráneos (Skocpol, 1985).

La presentación de estas empresas investigativas intentan probar que el Estado es un actor trascendental, cuya estructura tiene la fuerza para afectar procesos económicos, políticos y sociales. Lo anterior, se traduce en primer plano en la necesidad metodológica de incluir su capacidad de acción, respecto a una investigación que pretenda dar cuenta –integralmente- del desenvolvimiento de un fenómeno político.

Pero es que lo descrito anteriormente, contrastaba con los instrumentos teóricos y metodológicos de los paradigmas pluralista y estructural funcionalista que se encontraban vigentes en los Estados Unidos durante los años cincuenta y sesenta. Esto porque las investigaciones centradas en las políticas y en las actividades gubernamentales, vislumbraban al Estado como una categoría en desuso asociado a estudios netamente legalistas y formalistas que recaían sobre principios constitucionales, esto debido a que:

Government was viewed primarily as an arena within which economic interest groups or normative social movements contended or allied with one another to shape the making of public policy decisions. Those decisions were understood to be allocations of benefits among demanding groups. (Skocpol, 1985, p. 4)

Lo anterior generó que las investigaciones se centraran sobre el abordaje de

las demandas de los actores no gubernamentales (*input*) y los efectos de las respuestas estatales frente a los productos públicos, dejando de lado el estudio del procesamiento político administrativo, es decir, la actividad que acaecía al interior del Estado para materializar *outputs*. Fue la utilización de este enfoque lo que terminó develando su incapacidad para allanar e interpretar información que solo podía ser recolectada a partir de la indagación de la actividad del Estado, pues estos caminos investigativos estaban diseñados para no tener en cuenta el “proceso fabril” de las decisiones públicas.

De hecho, estas investigaciones, iluminadas particularmente por el enfoque pluralista, terminaron por entrever la brecha existente entre las pretensiones de la sociedad civil o en general de los actores no gubernamentales, y los intereses de los decisores públicos en cuanto al producto estatal final (Skocpol, 1985).

Estos hallazgos investigativos pusieron sobre el relieve el estudio del Estado, en tanto actor político potente con fuerza de construcción de productos públicos, cuyo impacto afecta las estructuras sociales y económicas. En adición a lo anterior, no se puede dejar de nombrar el surgimiento de enfoques neomarxistas a mediados de los sesenta que se caracterizaban, *contrario sensu* a las vertientes esbozadas, por tomar al Estado como centro de frontales críticas en virtud de sus funciones (inherentes) preservativas y expansivas de los modos de producción capitalista y, por ende, se erigía cual instrumento que fomentaba la opresión de clases.

Como se puede notar, la importancia de la categoría “Estado” desde este enfoque es máxima por lo que necesariamente se avanzó en el debate, desde la órbita del estudio del Estado, su intervención en la economía y en la política. De igual forma, la “modernización” y fortalecimiento de los Estados Unidos e Inglaterra, así como sus posibilidades de intervención desde una perspectiva geopolítica, terminaron exigiendo en términos metodológicos la inclusión del Estado como actor y moldeador de estructuras institucionales. Es precisamente esta última capacidad, lo que justifica su irrupción en el modelo neoinstitucionalista.

Lo anterior, porque la institucionalidad es el marco analítico de este enfoque, caracterizado primordialmente por sobrepasar el esquema explicativo típico de la decisión pública, desde la agregación individual de intereses que, aunada al intercambio racional, genera “coaliciones e intercambios voluntarios”. Por el contrario, el camino explicativo de este enfoque reside en abordar

aquellos intereses individuales, sin olvidar que están insertados en un marco de normas y reglas que ha tenido en definitiva, injerencia en la forma en que el sujeto estructura sus preferencias y valores, por lo que se riñe inmediatamente este enfoque con aquellas perspectivas eminentemente racionales y conductistas que escinden analíticamente al sujeto político de su marco formal e informal de reglas.

Es por ello fundamental aclarar que el modelo neoinstitucionalista no asume la homogeneidad actoral por inferir un marco de análisis institucional que aglutina actores políticos determinados, de hecho, se asume que las preferencias de los actores no se mantienen coherentes a lo largo de un proceso político particular e inclusive se califican sus preferencias en parte como exógenas. (March y Olsen, 1997)

El conflicto, la negociación y la concertación son categorías básicas para instrumentalizar este modelo explicativo, pero se parte de la perspectiva que el escenario institucional es un primer nivel de tamizaje que lógicamente implica tender puentes de acercamiento de pretensiones diversificadas a través de valores y aspiraciones compartidas. Pero en adición, también se asume que la existencia de procesos institucionales mantendrá una plataforma más o menos estable de discusión y articulación política.

En conclusión, el realce de las instituciones que plantea este modelo se debe a la necesidad de ampliar las variables analíticas a la hora de estudiar el proceso de materialización de una decisión pública, teniendo en cuenta no solamente el universo individual del sujeto, sino conectándolo al plano institucional donde este se encuentra insertado. Si bien esta perspectiva no se desliga del todo de la perspectiva racional de la decisión, si es diferente a aquella en cuanto aborda la influencia de un marco contextual amplio sobre los valores, creencias y pretensiones del individuo, por lo que categorías como “identidad”, “costumbres” y “organizaciones” son necesariamente insumos que aportan claridades sobre la forma en que el sujeto se posiciona y moviliza sus intereses (Peters, 2003).

Estos cinco enfoques explicitados, hacen parte del abordaje teórico de la categoría de política pública como objeto transversalizado por los conceptos de “poder”, “consenso” y “conflicto” (Aguilar, 1992). Dicha triada genera las múltiples posibilidades metodológicas de explicar la política (como produc-

to de la élite y como instrumento de legitimación de una corporación), pero adicionalmente permite inferir a la política como un producto no universal y estable que procesa el poder en diversas magnitudes.

IV. Tipología de políticas públicas

Por lo expuesto en el apartado anterior, y a manera de coda general de este capítulo, se considera loable finalizar con la clasificación de las políticas públicas en los términos de Lowi (1972), pero apoyándonos a su vez en los desarrollos de Aguilar (1992) y Regonini (1990).

En este orden de ideas, encontramos los siguientes tipos:

Políticas Públicas regulatorias

El formato de este tipo de política es ante todo conductual, esto implica necesariamente interpretar las líneas de acción de determinada política como un mecanismo de moldeo o alteración comportamental. Las líneas de la política están pensadas en términos de afectación al sujeto, por lo que necesariamente la génesis de aquella parte de la problematización de una conducta subyacente a cierto grupo de individuos pertenecientes o no a una misma franja poblacional, pero con un elemento determinante: algún rasgo conductual que se eleva comunitariamente hasta convertirse en un problema que ingresa a la agenda pública. Al respecto la voz de Regonini:

[Este tipo de políticas] condicionan los comportamientos de determinadas categorías, imponiendo el respeto de códigos, estándares de prestación o restricciones a la libertad de iniciativa. Un código de la circulación, una legislación para la defensa de los consumidores o la limitación del poder de los monopolios, una normativa contra la contaminación atmosférica, son ejemplos de política de este tipo. (Regonini, 1990, p. 82)

Aguilar (1992) establece que el escenario de producción de este tipo de políticas se caracteriza por “el conflicto y la negociación entre grupos de poder” teniendo como génesis de turbulencia política, la afectación en términos conductuales que se discute a lo largo de la política, así como los efectos colaterales de la fuerza regulativa de aquella. En definitiva, al estar en juego un asunto tan coyuntural como lo es la regulación de una esfera de acción determinada a través de la indicación comportamental, las alianzas actorales

que se presentan en este tipo de políticas tienden a ser efímeras, máxime cuando las eventuales transacciones no van a favorecer en iguales términos a los implicados actorales.

Políticas distributivas

En primer lugar, la plataforma actoral de este tipo de políticas es pacífica, pues generalmente la traducción de las líneas de acción de la política, implica la construcción de condiciones afirmativas para cierto tipo de colectividades que tienen pretensiones de intervención, que por su naturaleza, no requieren -en términos fiscales- la imposición de costos sobre otro tipo de colectivos. A su vez, tampoco recaen sobre temáticas de intervención tórridas en la vida política de un Estado o espacio local determinado.

La afectación, en términos comportamentales de este tipo de políticas, difiere de las políticas regulatorias, en tanto su contenido no está enfocado a la materialización de una conducta específica, como acaecería en una política que *verbi gratia* ataja las prácticas monopolísticas en cierto sector económico. Por el contrario este tipo de política, facilita y cataliza la realización de ciertas actividades que bajo su ausencia, se complejizaría la producción de dichas acciones, por ejemplo, una política de subsidio agrario.

Políticas redistributivas

Se caracterizan por ser contentivas de líneas de acción, con la fuerza e intención de cruzar el sistema social y político. Por esta característica, el encuentro actoral para el diseño y puesta en marcha de esta política tiende a ser plural y conflictivo.

Por el quid de este tipo de políticas, los enfoques teóricos que privilegian el asunto de las “élites” y “clases” encuentran terreno muy fértil para para sus explicaciones politológicas, puesto que este prototipo avoca la irrupción de dos grandes tipos de subjetividades interrelacionadas.

Por un lado, encontramos los beneficiarios directos del paquete accionario de la política. Éste óbice enmarca la situación problemática que transversaliza al sujeto y que es procesada por el Estado fabricando una serie de *outputs* que remedian o disminuyen la carga problemática de dicha situación que afecta a los ciudadanos. Por otro lado, se encuentra la población que es impactada por la política de forma directa o colateral. La primera modalidad,

se refiere a la imposición expresa por parte de la política de cierto tipo de cargas económicas o simbólicas, cuyo cumplimiento requiere la realización de cierto tipo de comportamiento o la abstención de cierta acción, frente a las cuales el sujeto fácilmente podría diferir, en tanto su fuero interno y como en su empoderamiento político, por lo que la probabilidad de conflicto es bastante alta.

En el mismo nivel, la afectación colateral de la política tiene que ver con el posicionamiento político del sujeto, en cuanto a lo que la política pública concibe como problemático y determina como modalidad de acción para afectar dicho escollo. Este tipo de posicionamiento no se refiere a una mera disonancia respecto al quid de la política, sino más bien respecto a la vinculación socio política del ciudadano en relación al Estado, en tanto considera que su adherencia política a la estructura estatal es desconocida, pero a la vez cooptada en términos reales y simbólicos para fortalecer la presencia “asistencial” del Estado, en sectores poblacionales que él mismo no integra y que de hecho, difiere en cuanto a la segmentación de beneficiarios y el estilo de la acción que propone la política.

En otras palabras, el efecto es colateral en tanto que la afectación es percibida como la percepción de que la “cuota” simbólica, económica, física, cultural, jurídica y política, que refiere el sujeto para la legitimación y mantenimiento del Estado, es convertida en un dispositivo inconducente e impertinente de satisfacción de necesidades para colectivos receptores de aquel.

Otro rasgo interesante de este tipo de políticas sobresale cuando se hilvana el concepto de *coacción política* propuesto por Lowi (1972), haciendo referencia a la dotación de obligatoriedad de la política, en tanto la capacidad del Estado de materializar obligatoriamente sus efectos. Sobre lo cual explica Aguilar:

Lo que ahora se añade de manera clara y preponderante es que el tipo de política esperable está a su vez y en el fondo determinado por el tipo de coacción que el gobierno podría razonablemente emplear en el tratamiento de las cuestiones. La coacción es llamada “horizontal”, para denotar su extensión y alcance: si concierne sólo a las conductas o llega también a efectuar los contextos de la acción. Es llamada “vertical”, para denotar su intensidad y fuerza: si comporta sanciones inmediatas y directas o sólo remotas. (Aguilar, 1992, p. 34)

A partir de lo dicho por Aguilar se tiene que en las políticas redistributivas el marco de coacción es bastante amplio, teniendo en cuenta que el espectro natural de la política impacta ciertos contextos para malearlos y expresarlos en condiciones que desaten los nudos problemáticos, que en primer lugar dieron entrada a la construcción del problema y su ingreso a la agenda pública.

Los actos formales que componen entonces este tipo de políticas, posibilitan la aplicación de “sanciones directas e inmediatas”, para garantizar la materialización de los cambios contextuales en los que se ve inmersa la acción individual. Este tipo de componentes aumenta el rango de probabilidad de conflicto, debido al interés que comporta el actor respecto a su escenario de desenvolvimiento político, económico y social.

Políticas constitucionales

Este tipo de políticas tiene como superficie de impacto el régimen político y administrativo (Aguilar, 1992). Así mismo, la raigambre de estas políticas emerge de la exploración que realizó Lowi (1972) sobre la categoría de *coactividad* y su relación con la formalización de las políticas públicas. En efecto, la textura constitucional reside en la alteración de los canales de ejercicio del poder político o en la reforma del espectro de la jurisdicción gubernamental, así, que por este tipo de materias, es trascendental el desarrollo de mecanismos coactivos que aseguren la ejecutividad de la intención política.

Esta visión de las políticas públicas eleva la intencionalidad teórica que ha tenido lo desarrollado en este acápite. Apartado en el que descriptivamente se dio cuenta los rasgos primordiales de la categoría central “política pública”, como plataforma operativa para abordar vertientes teoréticas, que sirven como instrumentos de descomposición de la unidad de análisis de esta investigación.

Precisamente, Lowi comprueba que cada tipo de política comporta una arena de conflicto particular, con diferentes posibilidades de fungir actoralmente desde capitales y enfrentamientos diferenciales, lo que provoca que en últimas, la política no emerja del contexto político y se presente como tal ante el analista, sino que se trata de una autentica operación de construcción conceptual, en la que la se intenta concatenar diversas fuerzas y elementos intrínsecos al proceso político del caso de investigación y que circulan a su

vez, en un espacio recortado y percibido desde acciones cognoscitivas, portadoras de valores, impresiones previas, aspiraciones e intereses decisionales. Esta carga ineludible de subjetividad a la hora de enfrentamientos teóricos es explicada por Willis citado por Besse quien expresa:

No existe una forma verdaderamente atórica para ver un objeto. El objeto sólo se percibe y se entiende a través de una organización interna de los datos, mediada por constructos conceptuales y formas de ver el mundo. El informe final sobre un objeto dice tanto acerca del observador como del objeto mismo. Los informes pueden leerse hacia atrás para descubrir y explicar la conciencia, cultura y organización teórica del observador. (Willis 1980, p: 6, citado por Besse, 2000, p. 12)

Lo anterior, se deriva finalmente en afirmar que el concepto de política pública es problemático debido a que el investigador académico no puede agotar la categoría con elementos puramente descriptivos y universales, ni tampoco lo hace, abordándola como producto fabricado y nominado como tal por el *policy maker*.

Por el contrario, es diseñado por el mismo sujeto como insumo operativo y teórico, y es procesado según los fines analíticos del mismo.

Bibliografía

Aguilar, Luis F. (1992). *La hechura de las políticas*. Vol. 2. México: Miguel Ángel Porrúa.

Anderson, James. (1984). *Public Policy-Making*, New York: Holt-Rinehart

Arellano, David; Cabrero, Enrique. (2005). La Nueva Gestión Pública y su Teoría de la Organización: ¿Son argumentos antiliberales? Justicia y equidad en el debate organizacional público, en *Gestión y política pública*. México, Vol. 14, no 3.

Cansino, Cesar. (1997) Corporativismo y democracia. Una entrevista con

Philippe

Schmitter, entrevista, México, Periódico Este País, disponible en: http://estepais.com/inicio/historicos/70/7_entrevista_corporativismo_casinero.pdf >> Última visita: septiembre 6 de 2014.

Castells, Manuel. (1983) *La cuestión urbana*, México: Siglo XXI.

Coase, Ronald, (1998) The new institutional economics. *American Economic Review*. Pittsburgh.

Díaz, Cristina, (1998). El ciclo de las políticas públicas locales: notas para su abordaje y reconstrucción en Venesia, Juan Carlos (Comp.): *Políticas públicas y desarrollo local*, Rosario: Fundación Instituto de Desarrollo Regional.

Dye, Thomas (1972) *Understanding Public Policy*. N.J: Prentice-Hall, Eaglewood Cliffs.

Estébanez, José. (1992) La dimensión espacial en el estudio de la ciudad en *Anales de Geografía de la Universidad Complutense*. Madrid, Vol. 12.

Evans, Peter, Rueschemeyer, Dietrich, y Skocpol Theda, (1985). *Bringing the state back in*. Cambridge: Cambridge University Press.

Fuentes, Guillermo; Güemes María Cecilia; Isaza, Carolina. (2009) Modernizar y democratizar la Administración Pública. Una mirada desde la realidad latinoamericana. *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública*. Santiago de Chile, Vol. 11.

González, María José, (1998). La cuestión urbana: algunas perspectivas críticas, en *Revista de estudios políticos*. Madrid, Vol.101.

Heclo, Hugh. (1972) Review Article: Policy Analysis. *British Journal of Political Science*, London, Vol. 2.

Holloway, John. (1982). *Fundamentos teóricos para una crítica marxista de la administración pública*. México, Instituto Nacional de Administración Pública.

Kast, Fremont y Kahn, Robert. (1993). Organizaciones y el concepto de sistemas.

Lecturas de Teoría de la organización Vol I. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas.

Lasswell, Harold. (1996) La concepción emergente de las ciencias políticas, en:

Aguilar L. *El estudio de las políticas públicas*, México D.F.: Miguel Ángel Porrúa.

Leca, Jean. (1996) Les fondements de l'étude des régimes *Découverte de la science politique.* Paris: Cahiers Français.

Lowi, Theodore. (1979) *The end of liberalism*, New York, Norton.

Malloy, James, (1977), *Authoritarianism and Corporatism in Latin America*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press.

March, James y OLSEN Johan. (1997). El Ejercicio del Poder desde una perspectiva Institucional. *Revista Gestión y Política Pública*. Rosario, Primer semestre, vol. 6, no. 1, p. 41 – 73.

Martínez, José Saturnino. (2004) Distintas aproximaciones a la elección racional. *Revista Internacional de Sociología*. Córdoba, Vol. 62, no 37.

McConnell, Grant. (1966). *Private Power and American Democracy*, New York:

Knopf.

Medellín, Pedro, (1997). Inestabilidad, incertidumbre y autonomía restringida:

elementos para una teoría de la estructuración de políticas públicas en países de baja autonomía gubernativa. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. Caracas.

Meny, Yves y Thoenig, Jean-Claude. (1992) *Las políticas públicas*. Madrid: Ariel

Meyer, John W y Brian Rowan. (1977) Institutionalized organizations: Formal structure as myth and ceremony. *American journal of sociology*, Chicago.

Ostrom, Elinor. (1977). Public goods and public choices. *E.S. Savas, ed. Alternatives for delivering public services: toward improved performance. Boulder, Colorado, Westview Press*

Oszlak, Oscar, (2006). Burocracia estatal: política y políticas públicas *Revista POSTData*, Buenos Aires, Vol. 11

Rose, Richard, (1969) *Policy-making in Britain*, London: Macmillan.

Schmitter, Philippe C. y STREECK, Wolfgang. (1985) *Private Interest Government: beyond market and state*, London/Beverly Hills: Sage

Schmitter, Philippe C. y Streeck, Wolfgang. (1985) *Private Interest Government: beyond market and state*, London/Beverly Hills: Sage

Schmitter, Philippe. (1985). Neocorporatismo y Estado. *Reis*, Madrid, Vol. 31.
Subirats, Joan, Knoepfel, Peter, Larrue, Corinne y Varone, Frédéric. (2008). *Análisis y gestión de políticas públicas. Parte I, "El Marco Teórico"*, Madrid: Ariel.
Webber, Max. (1993) ¿Qué es la burocracia? *Lecturas de Teoría de la organización Vol. 1*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas.

Zuleta, Estanislao (1975) El marxismo, la educación y la Universidad. Conferencia dictada en la Universidad del Valle. Cali, Colombia

La teoría de la carga dinámica de la prueba aplicada en las acciones de extinción del dominio en Colombia

¿Vulneración al derecho fundamental al debido proceso?

Carlos Eduardo Saraza Gómez

I. Introducción.

Los Estados a través del tiempo, han exhibido una evolución que encuentra estrecha relación con la teleología de los mismos: la visión finalista que apunta a la realización integral del ser humano en sociedad. En las diferentes etapas evolutivas, que van desde el nacimiento del concepto en el pensamiento del hombre, pasando por la idea griega de las ciudades-estado (*pólis*), por la nominación expresa de *lo stato* que introdujo Nicolás Maquiavelo en su obra *El Príncipe*, hasta el actualmente denominado Estado Social de Derecho, este fin se observa como una constante.

En ese afán -necesidad- evolutivo, los Estados en cada una de sus etapas de formación y teniendo en cuenta una amplia gama de criterios, han implementado mecanismos para intentar garantizar a sus integrantes la realización efectiva del fin antes descrito. Para ello se han valido de diversos instrumentos mediante los cuales sus gobernantes canalizan el pensamiento racional y lo ponen al “servicio” de la comunidad; es así como se llegan a positivizar normas que tienen origen en el derecho natural y se desarrollan dispositivos que permiten su establecimiento e implantación como categorías generales. Lo anterior presupone que la inserción de dichos instrumentos es un acto loable por parte de quienes tienen la responsabilidad de la dirección estatal y que, al menos en teoría, lo que buscan aquellos es el bienestar general de sus gobernados.

Sin embargo, en la realidad pragmática, en el plano visible de la aplicación de algunos de dichos preceptos, se puede notar cómo estos afectan de manera negativa a una parte considerable del total de la población a quienes van dirigidos. Como ejemplo de ello se puede citar la universalmente conocida *lex talionis*

(ley del talión), que consistía en imponer un castigo que tuviese una identidad y proporcionalidad con el crimen cometido. Si bien el principio de aplicación de dicha norma de justicia retributiva comportaba un control “justo” por parte del órgano encargado del control social (Estado), era también evidente que con ella se causaban serios perjuicios a la persona contra quien se dirigía ese poder punitivo.

Lo anterior se puede ilustrar también desde el ámbito de la literatura, acudiendo a una metáfora tomada del sarcástico mundo creado por Kafka (1980), en su obra *El Proceso*, donde el autor enfrenta a la forma en que el Estado, a través de un conato de regulación conductual por medio de la adopción de una norma concreta, desconoce o, como mínimo, pone en tensión algunas garantías fundamentales que supuestamente está en el deber de garantizar: “En realidad, la defensa no está permitida por el hecho de la ley, sino simplemente tolerada, e incluso existen discusiones sobre si los correspondientes pasajes de la ley permiten al menos una interpretación tolerante” (p.120).

Lo interesante del asunto es que, guardadas las proporciones y teniendo en cuenta los contextos de la actualidad, este tipo de situaciones se siguen presentando cuando el Estado por medio del órgano competente para proferir normas (legislador), quiere regular ciertas situaciones sociales y, en ese ejercicio, atropella fehacientemente a los ciudadanos ya sea con el contenido de las normas en abstracto, bien con su aplicación específica (Jurisdicción).

Lo que ocupa concretamente a este ejercicio reflexivo, es una aspiración de discusión académica encaminada a determinar si en Colombia, un Estado promulgado como social de derecho por la Asamblea Nacional Constituyente en la Carta Política de 1991, una norma concreta y su consecuente aplicación “jurisdiccional”, vulneran algunos de esos derechos o garantías superiores que la misma Constitución prevé de manera expresa.

Por consiguiente, esta discusión se centrará en el debate que existe entre la posición oficial (Gobierno, Corte Constitucional) y la posición disidente (algunos Magistrados y ciertos sectores de la comunidad académica), frente a la posibilidad de que se esté conculcando el Derecho fundamental al debido proceso con la disposición y aplicación en la práctica de la inversión de la carga de la prueba y la teoría de la carga dinámica de la prueba en las accio-

nes de extinción del dominio que se encuentran desarrolladas por las Leyes 793 de 2002²³ y 1708 de 2014 y que encuentran su “sustento constitucional” en el artículo 34 de la Carta Magna de Colombia.

Desde los albores de esta acción instituida por el Estado Colombiano, la misma ha tenido más detractores que seguidores por cuanto, desde el punto de vista de la academia, de algunos doctrinantes y algunos operadores de justicia, es violatoria de ciertos Derechos Fundamentales (entre ellos el debido proceso), que están expresamente contenidos no sólo en la Constitución de 1991, sino también en tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia.

Pese a ello, se ha mantenido la postura oficial que le da un carácter *sui generis* a la cuestionada norma y que la legitima. Dicha inclinación encontró en su momento eco en la Rama Judicial del Poder Público, específicamente en la Corte Constitucional, quien declaró la exequibilidad casi total de la norma en cuestión (ley 793/02), pasando por alto tanto las observaciones críticas realizadas desde la oposición como (y esto es lo más importante), los criterios objetivos y subjetivos intrínsecos en las garantías y derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta que tanto la Constitución Política como la ley 793 de 2002 se encuentran en vigencia –esta última para algunos casos concretos tal como antes se explicó- se legitima la eficacia de discutir sobre la pugna ideológica que plantean las dos posiciones descritas, que además es necesaria y sana para el ordenamiento interno colombiano, para la seguridad jurídica, para la comunidad académica y para las personas a quienes el Estado debe la absoluta protección de sus derechos y garantías superiores. Lo anterior puede llevar, de ser el caso, a realizar propuestas que liberen esas tensiones o que, como mínimo, contextualicen cronológica e históricamente, una discusión que cuenta ya varios años en el escenario jurídico colombiano.

Para lograr el cometido de esta discusión académica, se hará una exposición sistemática de las categorías principales que presuponen el objeto de estudio, definiendo y contextualizando el debido proceso, el derecho de dominio, la carga de la prueba y la teoría de la carga dinámica, la acción de extinción de dominio y contrastando las posiciones que se hallan en tensión ideológica,

²³ El análisis se centrará en esta ley que a pesar de haber sido derogada, se halla vigente por virtud del régimen de transición que previó el legislador en el artículo 217 de la Ley 1708/2014.

para finalmente realizar un análisis de las mismas y adoptar una posición; así como también exponer las conclusiones que ha dejado el proceso investigativo.

De otro lado, es propicio anunciar de entrada que nuestra postura al respecto se identifica de manera diáfana con el sector que disiente de la postura oficial. En consecuencia, se cree y se demostrará, que el Estado colombiano ha venido menoscabando, vulnerando y desconociendo el Derecho Fundamental al debido proceso (entendido en la amplitud de su extensión), de las personas que son objeto de las acciones de extinción del dominio adelantadas por la Fiscalía General de la Nación en el marco de la supra mencionada Ley 793 de 2002, al disponer y aplicar la inversión de la carga de la prueba y la teoría de la carga dinámica de la prueba en este tipo de juicios.

II. El Derecho Fundamental al Debido Proceso

La génesis del Derecho fundamental al debido proceso se remonta a la historia inglesa, aproximadamente en el año 1215 cuando algunos barones integrantes de la nobleza de ese país, se insubordinaron ante el rey Juan I *Sans Terre* (sin tierra), a fin de que les fueran respetados algunos derechos y garantías que se les reconocieron expresamente en épocas anteriores. Estas impetraciones se tradujeron, luego de una sucesión de reuniones entre la nobleza y el rey, en el texto de la conocida Carta Magna o Carta de las Libertades.

Varios siglos más tarde, en el año 1628, los derechos reconocidos en la mencionada Carta, pasaron a ser refrendados y ampliados tanto en su ámbito de aplicación como en su cantidad, mediante la promulgación de la Petición de Derechos (Petition of Rights). El rey Carlos I de Inglaterra, luego de soportar las presiones legislativas tanto de la Cámara de Lores como de la Cámara de los comunes por su indebida y desafortunada intervención en la Guerra de los Treinta Años, avocó esta causa y aprobó en su totalidad la solicitud elevada por los miembros del parlamento, la que incluía garantías superiores como el *habeas corpus* y el *due process of law* (debido proceso legal).

A pesar del reconocimiento de algunos derechos básicos de los súbditos por parte de las monarquías de la época, el irrespeto por la persona humana era flagrante tanto en el Estado Inglés como en los demás Estados europeos. Esta actitud inquisitoria llevó a que muchos pensadores, filósofos y académicos a

criticar, algunas veces de frente y otras desde el anonimato, a los regímenes vigentes. Autores como Rousseau, Hume, Montesquieu, Voltaire y Beccaria, entre muchos otros, elevaron sus voces y sus plumas para censurar las formas, los procedimientos y los resultados en la imposición de penas y la aplicación o ejecución de las mismas.

Las tesis planteadas por estas corrientes de pensamiento, aunadas a los ideales de la Revolución Francesa (Libertad, Igualdad, Fraternidad, Legalidad) y a diversos fenómenos de orden político, social y económico que tuvieron lugar en la Europa del siglo XVIII, dieron lugar a la promulgación en el año 1789, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*), en cuyo contenido se ratifica y se le da un carácter relevante el derecho al debido proceso. Al respecto, Camargo (2006) expresó:

Sin lugar a dudas, la garantía del debido proceso legal se consolida en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano...que da vida al Derecho Constitucional de estirpe liberal o democrática y, por consiguiente, al Estado de derecho. En efecto, el debido proceso legal está enunciado en los siguientes artículos de la declaración gala:

Artículo 5°. La ley no puede prohibir sino las acciones dañosas a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no manda.

Artículo 6°. La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente, o por sus representantes, a su formación. Ella debe ser la misma para todos, sea que proteja o que castigue. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos, sin otra distinción que la de sus talentos y virtudes.

Artículo 7°. Ningún hombre puede ser acusado, detenido ni arrestado, sino en los casos determinados por la ley, y según las fórmulas que ella ha prescrito. Los que solicitan, expiden, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado, o cogido en virtud de la ley, debe obedecer al instante; de no, se hace culpable por la resistencia.

Artículo 8°. La ley no debe establecer sino penas estrictas y evidentemente necesarias, y ninguno puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito, y legalmente aplicada. (p. 25).

Ya en el siglo XX, la evolución normativa y los alcances del derecho al debido proceso se han correspondido con la evolución de los tipos de estados, con la incorporación del derecho internacional al ordenamiento jurídico de los países y con la suscripción de Tratados, Pactos y Convenciones en desarrollo de ese mismo derecho internacional. Así, en 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU incorporó el derecho al debido proceso en sus artículos 10 y 11 y, posteriormente, con la adopción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dado en la Asamblea General de la ONU en el año 1966, este derecho adquirió, tal como lo enseña el profesor Camarago (2009), “la categoría de *jus cogens* como derecho humano de observancia *erga omnes*” (p. 29). Es decir, que ese derecho debe aplicarse con carácter obligatorio por todas y para todas las personas, además de que cualquier acto realizado que vaya en su contra, será absolutamente nulo.

De otro lado, y como si lo anterior fuera poco, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos celebrada en el año 1969 y conocida como Pacto de San José de Costa Rica, la redacción del artículo 27 le da un rango de derecho intangible, de derecho superior, a tal punto que este no puede ser suspendido por ni siquiera en la eventualidad de decretarse un estado de excepción.

Lo antes descrito deja ver, *per se*, la voluntad legislativa y normativa tanto estatal como internacional de darle una prevalencia al derecho al debido proceso, entendido como uno de los estandartes para la realización de las libertades del ser humano y, como extremo, para la consecución de los fines del Estado que deben orientarse a ese desarrollo integral del ser humano como ser integral en sociedad, tal como antes se anotó.

III. El Debido Proceso en Colombia

En Colombia, el Derecho Fundamental al debido proceso ha tenido un desarrollo que va de la mano con los instrumentos internacionales mencionados en el acápite anterior. Desde los textos constitucionales de los años 1810 y 1815, entre otros, se pueden encontrar vestigios de lo que hoy por hoy se

conoce como debido proceso. Incluso, en la Constitución de 1886 el constituyente intentó darle cierta preponderancia a este derecho pero sin los efectos amplios que tiene hoy día; se dejaba ver como un derecho con alcances limitados y permeable desde varios puntos de vista, puesto que en el artículo 26 lo contemplaba *in extenso* pero a renglón seguido, en el artículo 27, por medio de la previsión de algunas excepciones, lo limitaba de manera incomprensible, nótese:

Artículo 26. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le impute, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Artículo 27. La anterior disposición no obsta para que puedan castigar, sin juicio previo, en los casos y dentro de los precisos términos que señala la ley:

- 1° Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, los cuales podrán penar con multas o arrestos a cualesquiera que los injurie o les falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo;
- 2° Los jefes militares, los cuales podrán imponer penas *in contumacia*, para contener una insubordinación o motín militar, o para mantener el orden hallándose en frente del enemigo;
- 3° Los capitanes de buque, que tienen, no estando en puerto, la misma facultad para reprimir delitos cometidos a bordo. (Camargo, 2006, p.112).

Posteriormente, la Asamblea Nacional Constituyente incluyó este derecho en el Título II *De los derechos, las garantías y los deberes*, y lo enmarcó en el Capítulo I de la Constitución Política de 1991 como derecho fundamental, no sólo nominándolo expresamente; también dándole la amplitud ideológica y teleológica que el mismo presupone. El texto del artículo 29 de la Carta reza:

ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea

posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso. (Peña, 2008, p.41).

Los alcances de la inclusión de dicho derecho fundamental en el texto constitucional de 1991 son tan significativos que se ha convertido en un verdadero pilar del sistema jurídico colombiano, tal como lo señala Peña (2008), no sólo porque consagra el debido proceso como tal sino porque incorpora a la norma superior algunos principios que hacen parte de dicho derecho y que se tenían en el olvido, tales como, el principio de favorabilidad, la *nulla crimen sine lege* y la *nulla poena sine lege*. (p. 40).

Lo anterior es de vital importancia en un Estado Social de Derecho por cuanto presupone no solamente la garantía de que se respetarán los procedimientos establecidos para cada juicio en concreto sino que, con ello, también se observarán los límites que tiene la atribución sancionatoria del Estado (*Ius puniendi*), el derecho a no ser investigado o sancionado por faltas que no se encuentren definidas con antelación a la ocurrencia del hecho y otra serie de garantías que ofrecen la seguridad, al menos teórica, de que a los asociados se les respetará la dignidad humana que es uno de los principios fundamentales de la Carta Política y, por ello, uno de los fines que persigue el Estado. Al respecto, Barreto y Sarmiento (1997), expresan:

Frente a la atribución del Estado de imponer castigos, las personas tienen derecho a que tanto en la definición de los eventos que dan lugar a una sanción, como en los procedimientos tendientes al establecimiento de las responsabilidades, se cumplan ciertos requisitos. Ello con el fin de hacer que el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado no sea arbitrario y respete la dignidad de la persona y todos sus derechos los cuales no se pierden por ser objeto de una acusación (...). Las conductas que pueden llevar a la imposición de una pena deben ser definidas de forma clara y precisa, de tal manera que no sea posible confundirlas con hechos similares (...) Una per-

sona acusada tiene derecho a ser juzgada por el juez que previamente haya sido encargado de tal función por la Constitución y la ley (...). En todo juicio deben seguirse cada uno de los pasos que constituyen el proceso y cumplirse a cabalidad con las formas prescritas para su desarrollo (...). Quien sea objeto de una acusación tiene derecho a actuar para desvirtuarla, contravirtiendo las pruebas o presentando otras a su favor. (p. 106-107).

La cita extensa hace parte de un análisis que realizan los autores referidos sobre el artículo 29 de la Carta Política y permite inferir, entre otras cosas, que el derecho fundamental al debido proceso tal como se encuentra previsto en las normas del ordenamiento jurídico interno y en las de orden internacional suscritas y ratificadas por Colombia, no se limita únicamente a la observancia de las formas propias de cada tipo de proceso en particular, sino que va más allá de lo estrictamente formal para adentrarse en los terrenos de lo sustancial; es decir, con la aplicación amplia del derecho al debido proceso, se garantizan y se efectivizan los principios y derechos fundamentales previstos en la Constitución Política y en los tratados internacionales.

En otras palabras y parafraseando a Camargo (2009), existen otras garantías inherentes, esenciales, inescindibles del debido proceso, tales como son: la *nulla poena sine previa lege*, *nullum crimen sine previa lege*, la presunción de inocencia, la ley favorable, la impugnación de la sentencia, el juicio oral y público, la contradicción probatoria, el *non bis in ídem*, la irretroactividad de la ley, la prohibición de invertir la carga de la prueba -por mencionar solamente algunas-, cuyo desconocimiento en todo o en parte, hacen que indefectiblemente se altere y se conculque, de facto, el derecho fundamental materia de estudio. (p. 146)

En este mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha proferido diversas decisiones manteniendo una línea jurisprudencial homogénea en lo que respecta a la noción de debido proceso y al alcance del mismo. Con el ánimo de no caer en el juego de repeticiones innecesarias, se citarán dos de esas decisiones: En la sentencia C-980/2010, la Corte Constitucional Colombiana (CCC en adelante), órgano de cierre constitucional define el debido proceso como el “conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos (...)”. Además, la mencionada Corporación establece de mane-

ra general ese cúmulo de garantías que lo conforman y que hacen parte de su núcleo esencial. De igual manera, en decisión T-001/93, el Tribunal Constitucional definió el debido proceso en los siguientes términos:

(...) es el que en todo se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de Derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeterlegem. Como las demás funciones del Estado, la de administrar justicia está sujeta al imperio de lo jurídico: sólo puede ser ejercida dentro de los términos establecidos con antelación por normas generales y abstractas que vinculan positiva y negativamente a los servidores públicos. Éstos tienen prohibida cualquier acción que no esté legalmente prevista, y únicamente pueden actuar apoyándose en una previa atribución de competencia. El derecho al debido proceso es el que tiene toda persona a la recta administración de justicia. (CCC, Sentencia T-001, enero 12 de 1993)

Queda claro entonces que en Colombia el derecho al debido proceso comporta un axioma adherido a los fines del Estado social de Derecho; que su observancia se debe en todas las actuaciones jurisdiccionales y administrativas según mandato constitucional; que posee en su esencia diversas garantías que lo conforman y que su exigencia por parte de los ciudadanos es apenas una consecuencia natural que surge de la afiliación o asociación al Estado con ocasión de ese “contrato social” tácito resultante de la relación de doble vía, de interdependencia, que construyen Estado y asociado.

IV. El Derecho a la prueba

Tal como lo indica Michele Taruffo (2008), la función que tiene la prueba en un proceso es la de brindar un recurso al fallador para intentar alcanzar la verdad (si es real o procesal es otra discusión), acerca de los hechos que se encuentran en pugna o litigio (p. 16).

Partiendo de este contexto, si las partes se encaminan a llevar al juez cada una su propia verdad, es apenas lógico que exista un mecanismo que propenda a la protección de la facultad que estos litigantes poseen, en igualdad de condiciones, para presentar los medios de prueba que sustenten esa verdad que exponen.

Es allí en donde hace su aparición en el panorama jurídico uno de los derechos con mayor relevancia en la actualidad, a tal punto, que en los orde-

namientos modernos se ha ligado a los derechos fundamentales de defensa y debido proceso. El derecho a la prueba se muestra como una de las realidades que deja ver la efectivización no sólo de los derechos fundamentales contenidos en los Instrumentos Internacionales, sino también de los contemplados en las Cartas Políticas y las garantías procesales previstas en los ordenamientos internos de cada país. A este respecto, Taruffo (2008) señala:

Según la posición dominante, el derecho a presentar todas las pruebas relevantes es parte esencial de las garantías generales sobre la protección judicial de los derechos y del derecho de defensa, pues la oportunidad de probar los hechos que apoyan las pretensiones de las partes es condición necesaria de la efectividad de tales garantías. Un claro argumento que apoya este principio es que las garantías procesales de las partes serían meramente formales y vacías si se les impidiera presentar todos los medios de prueba relevantes que necesitan para acreditar sus versiones de los hechos en litigio. (p. 56).

Así las cosas, se puede predicar que la aplicación, verificación y respeto del derecho a la prueba, es una de las maneras de materializar los derechos fundamentales aludidos y, por ende, de garantizar la igualdad de armas entre las partes que se ven enfrentadas en un litigio tal como se encuentra previsto en Colombia, donde este derecho tiene rango constitucional, pues se encuentra estipulado en el contenido del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia: “(...) Quien sea sindicado tiene derecho (...); a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra(...)” (República de Colombia, 2001, p. 12), criterio que es recalcado por la Honorable Corte Constitucional en la motivación de diversas providencias, como la contenida en la sentencia T-393/94, que al tenor reza:

El derecho de toda persona de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra dentro de un proceso disciplinario, constituye un derecho constitucional fundamental, y dado que la declaratoria de inconducencia de una prueba puede conllevar la violación del derecho de defensa y del debido proceso, con innegable perjuicio para el inculcado, el investigador debe proceder con extrema cautela y en caso de duda, optar por la admisión de la prueba. (CCC, T-494/94)

Sea el caso resaltar que si bien la providencia de la citada Corporación hace referencia específica al derecho a la prueba en los procesos disciplinarios, esto no presupone una limitación por cuanto, es de claro entendimiento que, al reconocerle el rango de derecho fundamental constitucional, este carácter irradia a todo el ordenamiento jurídico sin distinción de la materia puesto que se encuentra revestido por razones obvias de la jerarquía normativa prevista por la Carta Magna en su artículo 4º “*La Constitución es norma de normas(...)*” (República de Colombia, 2001, p. 4).

Ahora bien, para que este derecho de defensa pase de ser una mera manifestación normativa y se convierta en una realidad efectiva en las actuaciones judiciales, es necesario que se verifique el cumplimiento o la observancia por parte de los operadores judiciales, lo que Jordi Ferrer Beltrán (2002) denomina como “elementos definitorios del derecho a la prueba”, los cuales se pueden resumir así: i) derecho a utilizar todos los medios de prueba de que se dispone; ii) el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso; iii) que exista una valoración racional de las pruebas practicadas y iv) la obligación de motivar las decisiones judiciales. Pero también es necesario para la eficacia de ese derecho, que se garantice un elemento más que le quite ese manto de obligación que hasta el momento se le ha impuesto al derecho a la prueba.

Se debe garantizar, entonces, que el ciudadano que se vea enfrentado a un litigio pueda ejercer el derecho a la prueba negativamente. En otras palabras, se le debe proteger el derecho que le asiste de no solicitar el decreto y práctica de pruebas, de que la parte que está interesada en probar algo así lo haga y por ende, que no se le invierta la carga de la prueba lo cual se verá reflejado, en últimas, en el respeto de la presunción de inocencia y la presunción de buena fe en las actuaciones; principios todos que gozan de carácter superior ya que se encuentran incluidos no sólo en la Constitución Política de Colombia, artículos 29 inciso 3º y 83, sino también en instrumentos internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 numeral 2º y la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 11, entre otros. Significa esto que el tratamiento que se le debe dar al derecho a la prueba es el de “derecho” como tal y no el de obligación u imposición como en principio se podría pensar.

V. La Carga de la prueba.

El concepto de carga probatoria (*onus probandi*), parte de la premisa esencial e indiscutible de que toda persona o cuerpo colegiado que ejerza jurisdicción y que en virtud de ella se enfrente a la tarea de emitir un fallo en derecho, precisa de la apreciación y evaluación de hechos, circunstancias, eventos y otros tópicos que no están a su disposición por cuenta propia, sino que son allegados al proceso bien por las partes, ya por terceros que de ellos tengan cierto conocimiento. Si esos hechos o eventos no son probados, el juez o tribunal no podrá emitir una decisión aplicando la norma sustancial alegada y con la cual se sustenta determinada pretensión, la que por ende, estará llamada a no prosperar. Es por tal situación que la carga de la prueba posee una función procesal de vital importancia tal como lo describe Taruffo (2008) “La función del principio de la carga de la prueba es permitir al tribunal resolver el caso cuando los hechos principales no han sido probados” (p. 146).

Puede entonces definirse la carga de la prueba, según palabras de Gómez Pomar (2001), como “la regla de decisión o de juicio que permite al juzgador resolver la controversia en favor de quien no está sometido a ella, en caso de que la prueba aportada no sea concluyente” (p. 40). De esta definición se puede colegir que naturalmente alguna de las partes tiene en el proceso la obligación, o por lo menos el deber, de llevar al juez de conocimiento las pruebas suficientes que sustenten las pretensiones formuladas y la situación fáctica expuesta y que, si asume una actitud omisiva en tal aportación probatoria, los efectos negativos que ello genere deberán ser sufridos por ella.

Ahora, si ello es así, lógicamente deben existir unas normas, reglas, fórmulas, técnicas o teorías que orienten al operador judicial respecto de cuál es la parte obligada a cumplir con la carga probatoria según el caso que se discuta. A este ejercicio normativo, Taruffo le da el nombre de “asignación de la carga de la prueba” (2008, p. 146), y expresa que mediante su aplicación se le adjudican las consecuencias desfavorables a la parte que le haya faltado probar los hechos principales. Nos refiere el mismo autor que existe un criterio general para la distribución de dicha carga; que el mismo se refiere a que cada parte tiene la carga de demostrar los hechos y la verdad por ella anunciados y que el juez o tribunal de conocimiento rechazarán las pretensiones que no ofrezcan esa demostración. (2008). Este criterio general se corresponde con lo que en derecho probatorio se ha denominado doctrinalmente “principio

de autorresponsabilidad” que según los describe Parra Quijano (1992), no es otra cosa que la responsabilidad que le atañe a cada una de las partes de probar los hechos expuestos.

Adicional a ello, Taruffo (2008) afirma que la asignación de las cargas probatorias varía dependiendo de los sistemas jurídico-procesales de cada país. La mayoría de los ordenamientos jurídicos comparten la regla general de que la carga de la prueba la lleva consigo la parte a la que le convenga el hecho alegado; es decir, la parte demandante tiene la obligación probatoria de sustentar los hechos de su demanda y si su contraparte refuta tales supuestos fácticos, le compete entonces la actividad probatoria para sustentar su defensa. Sin embargo, es una notoria y notable condición que además de esa regla general, cada ordenamiento jurídico contemple unas reglas específicas para la distribución de la carga probatoria en materias y situaciones concretas. Ejemplo de ello es la disposición contenida en el parágrafo 1° del artículo 7° de la Ley 793 de 2002, reglamentaria de la acción de extinción de dominio en Colombia, el cual contempla: “El afectado deberá probar a través de medios idóneos los fundamentos de su oposición” (Camargo, 2009, p.291), tema sobre el cual nos referiremos a fondo en apartes posteriores.

Este tipo de normas que contemplan la inobservancia de la regla general referida en acápite que anteceden, implican la existencia de un “cambio”, “modificación” o “inversión” de la carga de la prueba y se pueden encontrar previstas de varias maneras: existen, como la transcrita, aquellas que de manera expresa ordenan la inversión de la carga de la prueba, que no dejan lugar a dudas de que el legislador previó el cambio en el orden de las cosas y que, por ello, es a la parte contraria a la que alega el hecho, a quien le corresponde probarlo. También se encuentran aquellas que acuden a mecanismos más “elegantes”, más acordes con las tendencias del derecho constitucional, como las regulaciones que prevén presunciones legales. Estas implican que cuando el legislador conjetura, supone o presume un hecho que en otras condiciones debería ser probado por una de las partes, la consecuencia es que esa parte queda liberada de la carga probatoria y ella reposará en la parte contraria (Taruffo, 2008, p. 152). Ejemplo de la última situación descrita, es la presunción de inocencia contemplada en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia “Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable” (República de Colombia, 2001, p. 12), la cual impone al Estado la

carga de probar la culpabilidad de una persona en determinado asunto y le quita a ésta el peso de tener que demostrar su inocencia.

Lo que buscan a la postre las presunciones jurídicas en algunas ocasiones, es conceder ciertas ventajas sociales, económicas o estratégicas a una parte que se encuentra en flagrante situación de inferioridad frente a su contrincante (en el ejemplo, Estado vs. ciudadano); en otras circunstancias, pretenden cargar probatoriamente a la parte que tenga mayor facilidad para acceder a los medios de prueba; pero en general, lo que busca la disposición legal de presunciones es, en palabras de Taruffo (2008), "...facilitar la victoria de una de las partes relevándola de las cargas probatorias y trasladando la carga a la otra parte" (p. 152). No se puede olvidar que algunas de estas presunciones que contiene la ley son relativas, es decir, que admiten prueba en contrario; y que otras tienen el carácter o la denominación de "absolutas" o "inderrotables", pues no admiten controversia probatoria y dejan determinada la verdad formal sobre el hecho que se alega.

Dentro de este ramillete de fórmulas existentes para determinar a quién le corresponde probar qué dentro de un determinado proceso, se puede encontrar una teoría (la cual se abordará posteriormente para contrastar las posturas que ocupan la investigación), que es de gran interés para el tema que nos convoca. Se trata de la teoría de la "carga dinámica de la prueba", mediante la cual se le impone el deber de probar (*onus probandi*), a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo; es decir, no importa a quién le corresponda demostrar determinado hecho en el proceso por haberlo alegado, el mismo se tendrá que probar por quien cuente con los mejores medios para tal fin.

Al referirse a los mejores medios, esta teoría se remite a las posibilidades económicas, sociales, políticas, mediáticas, etcétera, con las que cuenta una parte para acceder al medio probatorio idóneo que lleve al mayor grado de certeza posible al juez sobre los dichos de un acaecimiento que con él se desee demostrar.

VI. La acción de extinción de dominio en el derecho comparado.

Realizando un ejercicio de derecho comparado sobre las acciones de extinción de dominio y la legislación que las regula en otras latitudes con ante-

lación a la creación de la norma en Colombia, se encontró que las mismas son virtualmente inexistentes. El anterior fenómeno se presenta en virtud de que la situación de este país es bastante particular -por no decir *sui generis*- pues la problemática social, cultural y económica que han traído consigo tanto el conflicto armado interno como la producción, tráfico y consumo de sustancias estupefacientes, aunado a la presión ejercida por parte de órganos internacionales y países con cultura intervencionista como Estado Unidos, han “obligado” tanto a los Gobiernos de turno como al legislador (Congreso de la República) a plantear y aprobar normas jurídicas para contrarrestar estos flagelos.

En este escenario es posible hallar posibles antecedentes legales de la extinción de dominio como las normas sobre el comiso tanto civil como penal y la confiscación, que se encuentran aún vigentes en legislaciones como la italiana, entre otras, pero en ningún caso se encuentra previsto siquiera el fenómeno de la extinción de dominio y menos aún una figura que regule su accionar legal. Es tal la carencia de normativa internacional en este particular fenómeno, que la figura jurídica desarrollada por la legislación colombiana ha servido como herramienta de referencia (copia), para que naciones como México la adopten dentro de su ordenamiento jurídico, pues el advenimiento del narcotráfico en ese país ha sido evidente y creciente en los últimos años.

El legislador mexicano parece en principio ser más acertado al adoptar la extinción de dominio como figura jurídica en su ordenamiento; sin embargo, por haber sido tomada la legislación colombiana como referente normativo, realizará una comparación meramente ilustrativa.

Mediante modificación introducida en el año 2008 al texto del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, se estableció que en ese país sería aplicable la extinción de dominio de bienes en algunos casos concretos y, además, se instituyó una serie de reglas claras para el procedimiento que se debe adelantar en dichos casos.

Como primero, el legislador estableció que la acción de extinción de dominio es autónoma e independiente de la investigación penal; en este punto es exactamente la misma tesis que se aplica en Colombia. En segundo lugar, se ocupó la modificación constitucional a determinar los tipos penales en los cuales procede la aplicación de la extinción de dominio y de especificar un

listado de bienes sobre los que puede recaer esta medida. Por último, la norma constitucional le abrió la posibilidad al afectado, cualquiera que sea, para interponer los “recursos” tendientes a demostrar que sus bienes proceden de actividades lícitas y que su consecución se dio de buena fe o que estaba impedido para conocer la utilización u origen ilícito de los mismos.

Hasta este punto, pareciera no existir ninguna diferencia sustancial entre la disposición mexicana y la colombiana, pues las dos constituciones hacen una diferenciación conceptual entre la confiscación y la extinción de dominio y lo único que aumenta la mexicana es que contempla el procedimiento inicial y realiza la definición de delitos y bienes para los cuales es aplicable la norma, cosa que no se hizo en la Constitución colombiana directamente.

Sin embargo, con la promulgación posterior de las leyes federales de extinción de dominio que desarrollaron el artículo 22 de la Constitución Mexicana, se empezaron a avizorar diferencias diametrales entre esas normas y las colombianas que desarrollaron el artículo 34 de la Constitución Política, las cuales se referencian a título informativo, pues no son materia de investigación.

VII. La acción de extinción de dominio en Colombia.

En Colombia, la posición oficialista le atribuye el origen de la acción de extinción de dominio a la Asamblea Nacional Constituyente mediante la promulgación de la Constitución Política de 1991, la cual, en su artículo 34, la prevé expresamente como una forma de limitación a la propiedad en los eventos en que ésta haya sido adquirida mediante mecanismos de ilicitud, que perjudiquen el tesoro público o que vayan en entera contravía de la moral social; reza el artículo 34: “Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. (...) por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social”. Sin embargo, los detractores de esta posición, expresan que efectivamente la extinción de dominio “nace” de la norma transcrita, pero que dicha génesis se da a partir del delito de enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos y nada más, o sea, que esta normatividad no es aplicable para los particulares (Camargo, 2009, p. 47).

Ahora bien, ese es el fundamento constitucional que se le endilga a dicha institución jurídica, pero la misma ha sido objeto de desarrollo normativo por medio de leyes ordinarias que han sufrido a su vez modificaciones con el transcurrir del tiempo. La primera de ella fue la Ley 333 del 19 de diciembre de 1996, sancionada por el entonces presidente Ernesto Samper Pizano, quien dio aval al proyecto de ley 019/96 presentado por el ministro de justicia y del derecho Carlos Eduardo Medellín Becerra y tramitado como ley ordinaria ante el Congreso de la República. Según narra Camargo (2009), los motivos expuestos ante el legislador por el ponente del proyecto fueron de este corte:

(...) con el ánimo de dotar al Estado de un instrumento ágil que propenda por una sanción condigna a quienes vulneran la estabilidad social y económica del país, se ha extendido el ámbito de aplicación del mecanismo a la persecución de bienes que hayan sido adquiridos por medios ilegales distintos a los meramente delictuales.” (p. 47)

Esta Ley fue examinada por la Corte Constitucional mediante sendas sentencias de constitucionalidad que finalmente le dieron el aval a ese texto legal; las mismas son: sentencia C-374/97, sentencia C-409/97, sentencia C-488/97, sentencia C-480/97 y sentencia C-539/97, de las cuales, en cuatro de ellas se puede notar una curiosa particularidad que resalta el doctor Pedro Pablo Camargo (2009, p. 47), y es, con excepción de la número 488/97, que tuvieron como Magistrado Ponente al doctor José Gregorio Hernández Galindo. Pero además de esta peculiaridad, es dable también destacar los salvamentos de voto emitidos por algunos de los Magistrados pertenecientes a la Alta Corporación tales como los doctores Carlos Gavi-ria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, entre otros.

En el año 2000 y luego de tres años en vigor, el Gobierno Nacional que se encontraba ya en cabeza del presidente Andrés Pastrana Arango, arguyendo razones de inoperancia, ineficacia e ineficiencia, entre otras, por intermedio del ministro del interior Néstor Humberto Martínez Neira, en uso de las facultades extraordinarias que le fueran otorgadas por el artículo 120 de la Ley 489 de 1998, profirió el Decreto Ley 1122 del 26 de junio de 1999 por medio del cual modificó sustancialmente la ley 333/96. Sin embargo, dicha modificación pasó con más penas que glorias, puesto que mediante sentencia C-702 de 1999, la Corte Constitucional declaró inexecutable el mencionado canon 120 de la Ley

489/98 y, de contera, al ser retroactivos los efectos de esta declaratoria, la inexecutable de los Decretos emitidos con base en esas facultades extraordinarias.

La ley 333 de 1996 seguía en la vida jurídica incólume e inoperante, pero en el año 2002 con la llegada de Álvaro Uribe Vélez a la Presidencia de la República, las cosas empezaron a cambiar, tristemente no para que la ley dejara de ser inoperante sino para transformarla de manera tal que tocara puntos esenciales de algunos derechos fundamentales.

Siguiendo el argumento de Camargo, el Gobierno Nacional haciendo uso de los poderes de conmoción interior conferidos mediante Decreto Legislativo 1837 de 2002 y por intermedio del entonces Ministro de Justicia Fernando Londoño Hoyos, expidió el Decreto 1975 de 2002 “Por medio del cual se suspende la Ley 333 de 1996 y se regulan la acción y el trámite de la extinción de dominio”, norma que tuvo el aval de la Corte Constitucional quien declaró su executable mediante sentencia número 1007 del 19 de noviembre de 2002. Sin embargo, posteriormente este Decreto se quedó sin piso jurídico tras la declaratoria de inexecutable por parte de la misma Corporación, del mencionado Decreto Legislativo 1837, mediante sentencia del 29 de abril de 2003.

En ese estado de las cosas, el Gobierno Nacional se vio obligado a presentar un nuevo proyecto de ley para reformar la Ley 333/96. Y así procedió. El 25 de septiembre de 2002 radicó ante la Cámara de Representantes el Proyecto de Ley número 86 “por la cual se modifica la Ley 333 de 1996 y con ella el régimen aplicable a la extinción de dominio sobre bienes de ilegítima procedencia” (Camargo, 2009, p. 78). Tal era el afán de sacar adelante esta reforma ya fallida en dos ocasiones, que el proyecto de ley se envió con mensaje de urgencia por parte del Presidente de la República para que su trámite se adelantara con las prelación contempladas en el artículo 163 de la Carta Política. De esta manera se dio vida jurídica a la normatividad que se encuentra vigente en la actualidad para el trámite de las acciones de extinción de dominio en Colombia, Ley 793 del 27 de diciembre de 2002, la cual tiene casi once años en vigencia, pocas alteraciones en su contenido, así como escasos resultados positivos teniendo en cuenta su campo de aplicación y los fines con los cuales fue creada.

VIII. Posiciones en tensión sobre la acción de extinción de dominio

Se ha visto hasta ahora cómo se implementó y cómo se transformó la normatividad respecto a las acciones de extinción de dominio en Colombia; ahora entraremos a describir en los términos más claros posibles, los puntos de vista o de discusión que tienen las dos posiciones que se hallan en tensión.

El primer enfoque, que será denominado “enfoque oficial”, se encuentra representado por la posición del Gobierno Nacional como gestor de la Ley 793 de 2002 y por el sector de la Corte Constitucional que avaló mediante sentencias de exequibilidad casi la totalidad del contenido de dicha ley. La segunda perspectiva, que se nombrará como “perspectiva disidente”, será personificada por el sector de la Corte Constitucional que no estuvo de acuerdo con las decisiones de la mayoría del cuerpo colegiado (Magistrados que salvaron su voto), y el sector académico y doctrinal que han hecho una seria oposición al contenido jurídico de la mencionada ley, especialmente basados en la obra del doctor Pedro Pablo Camargo, quien fue impulsor de las demandas de inconstitucionalidad contra las normas que dieron origen a la acción de extinción de dominio en Colombia.

Se pondrán de presente las diferentes posturas que se avizoran en lo referente a varios aspectos de la ley 793, para desembocar finalmente en el punto axial del presente escrito, que tiene que ver con el tema de la carga de la prueba y cómo ésta puede afectar de alguna manera el contenido jurídico del derecho al debido proceso, por la forma en que se encuentra prevista para las acciones de extinción de dominio en Colombia.

Sea lo primero nombrar las diferencias existentes en lo referente al trámite que se debió surtir ante el Congreso de la República para la expedición de la Ley 793/02. El oficialismo presentó el proyecto para su trámite como ley ordinaria ante el legislador y, efectivamente, ese fue el que finalmente se le impartió. Por su parte, la oposición sostuvo que a este tipo de normatividad se le debió dar el tratamiento de ley estatutaria conforme al contenido del artículo 152²⁴ de la Constitución Nacional, puesto que con la misma se regulan

24 ARTICULO 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

- a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;
- b) Administración de justicia;
- c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;
- d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana.

derechos fundamentales como la propiedad privada, el debido proceso, la no confiscación, etcétera.

Pero la Corte Constitucional mediante sentencia C-740/03 desestimó todo argumento en ese sentido y de tajo redujo la discusión a que la ley 793 “no regula la estructura general ni los principios reguladores de ningún derecho fundamental” (Camargo, 2009, p. 82), además que el derecho de propiedad no es por sí mismo un derecho fundamental, dejando a un lado, como lo dice el mismo Camargo, los preceptos del artículo 21 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la cual hace parte del bloque de constitucionalidad y tiene prelación en el ordenamiento interno conforme lo establece el canon 93 de la Constitución Política, puesto que en aquella se reconocen derechos humanos y se regula su limitación²⁵.

La segunda gran discusión gira en torno a la naturaleza de la acción de extinción de dominio, pues desde su génesis hasta la actualidad, se han realizado cambios legislativos que modificaron sustancialmente dicha naturaleza. En principio, el contenido de las normas establecidas en la Ley 333 de 1996 permitían ver de manera diáfana la naturaleza penal de la acción.

De la redacción de dichas reglas se develaba sin equívoco alguno la intención y la conciencia legislativa sobre la esencia penal de la acción en cuestión. Ejemplo de lo anterior es el contenido del aparte final del inciso primero del artículo 7 de la mencionada Ley 333²⁶, en el cual el legislador preveía que la acción

e) Estados de excepción.

f) La igualdad electoral entre los candidatos a la Presidencia de la República que reúnan los requisitos que determine la ley.

j) <sic. g> <Literal adicionado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Las materias expresamente señaladas en los artículos 116 y 221 de la Constitución, de conformidad con el presente acto legislativo.

25 ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

<Incisos 3 y 4 adicionados por el artículo 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:>

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

26 ARTICULO 7o. DE LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN. <Ley derogada por el artículo 22 de la Ley 793 de 2002> La acción de extinción del dominio de que trata esta Ley es de naturaleza jurisdiccional y de carácter real, y procederá contra el titular real o presunto o los beneficiarios reales de los bienes, independientemente de quien lo tenga en su poder o lo haya adquirido, y sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe. En ningún caso se podrá intentar la acción de extinción del dominio en forma independiente, si hay actuaciones penales en curso.

Si la acción penal se extingue o termina sin que se haya proferido decisión sobre los bienes, continuará el trámite ante el mismo funcionario que conoció del proceso penal y procederá la declaración de extinción del dominio de aquellos bienes adquiridos en cualquiera de las circunstancias de que trata esta Ley.

de extinción de dominio no se podría adelantar en ningún caso si existían actuaciones penales en curso. Esta previsión legal implicaba necesariamente la naturaleza punitiva de la acción de extinción de dominio y que la misma se encontraba sometida a la legislación penal, hasta el punto de su dependencia.

Así mismo, esta naturaleza se encontraba claramente definida en los incisos dos y tres del mismo artículo, que condicionaban el trámite de la declaración de extinción de dominio a la extinción o terminación de la acción penal e incluso le otorgaban la competencia para su conocimiento al mismo funcionario que adelantó el proceso penal.

Sin embargo, también llama la atención que desde la génesis de la ley 333 de 1997 la posición oficialista empezó a mostrar visos de la intención -sin asidero en sentir de esta investigación- que tenía de convertir la acción de extinción de dominio en un trámite independiente de la acción penal. Lo anterior se evidencia en apartes como el contenido en el artículo 10, que la anunciaba como una acción distinta e independiente de la responsabilidad penal, cosa que no es comprensible puesto que contradice lo dispuesto en el inciso primero ya mencionado.

Además de lo anterior, tal como lo manifiesta Camargo (2009, p. 105) los procesos de extinción de dominio se deben adelantar con especial observancia del debido proceso, lo que incluye evidentemente la garantía de presunción de inocencia que es de rango constitucional y que se debe observar en todo tipo de actuaciones, máxime cuando en estas se vislumbra con claridad el ejercicio del poder punitivo del Estado sin importar el nombre que a éste se le dé, sin importar los tecnicismos o eufemismos que se utilicen para darle un tinte diferente a ese poder punitivo tal como ocurre en las acción de extinción de dominio.

Refiere el mismo autor que con ello se vulneraría de manera flagrante, como si fuera poco, la garantía constitucional de *non bis in ídem* (Camargo, 2009, p. 105), pues de encontrar inocente a una persona en el proceso penal, es decir, si se produce a su favor una sentencia de carácter absolutorio, no sería viable iniciar o proseguir la persecución de sus bienes en una acción de extinción de dominio pues se le estaría juzgando dos veces por el mismo hecho.

Si terminado el proceso penal aparecieren nuevos bienes, en cualquier caso procederá la acción de extinción del dominio ante el mismo funcionario que conoció de la acción penal correspondiente.

A pesar de todo ello, tanto el Gobierno Nacional como la Corte Constitucional como cuerpo colegiado, insisten en la independencia, la separación, la ruptura existente entre la acción penal y la de extinción de dominio. Tanto es así que, para tratar de zanjar la discusión en tal sentido, enfáticamente en el artículo 4° de la Ley 793 de 2002 y su estudio de constitucionalidad, le dieron el alcance semántico que pretendieron sin éxito desde la redacción de la mencionada ley 333 de 1997; y se dice alcance semántico porque el alcance jurídico, juicio hecho en la investigación, no lo tiene la redacción de la norma, ya que la misma contraviene claramente preceptos constitucionales que, por obvias razones, deberían tener preeminencia en nuestro ordenamiento jurídico.

Las interpretaciones de la independencia de la acción de extinción de dominio son producto del fracaso y la inoperancia de la aplicación de esta ley; a esta aseveración se puede arribar atreviéndose a darle una mirada simple a la exposición de motivos que el entonces Ministro del Interior y de Justicia Fernando Londoño Hoyos presentó ante el legislador para defender el proyecto de ley que dio origen a la Ley 793/02:

Aunque la acción de enriquecimiento ilícito fue propuesta como autónoma en la Ley 33, es lo cierto que su naturaleza sui generis y en su totalidad independiente del proceso penal que le da origen, no ha sido suficientemente advertida...En la nueva ley no puede quedar resquicio para esa duda porque de otra manera la interdependencia de los procesos matará el instituto. (Camargo, 2009, p.104)

Si se observa detenidamente, se puede hallar a las claras que dichos argumentos expuestos en el Congreso de la República carecen de peso o sustento jurídico y que, contrario a ello, los sostiene una altísima carga de convicción ideológica, pues darle la categorización de *sui generis* a una acción que se supone debe observar los principios y derechos de orden constitucional, no es más que una muestra del triunfo del querer sobre el deber; en otras palabras, la primacía del poder del Estado (visto como las instituciones y no como sus asociados), sobre la deontología que debería orientarlo para el cumplimiento de sus fines.

Además, si se le quiso dar a esta acción un tinte de naturaleza tan independiente del procedimiento penal y se construyó en torno a ella todo un “ima-

ginario-realidad” para desligarla absolutamente de cualquier vínculo con la jurisdicción penal, no se comprende por qué, a renglón seguido, la competencia para su trámite “jurisdiccional” le fue asignada a la Fiscalía General de la Nación y posteriormente a los Jueces Penales del Circuito Especializados.

Muy a pesar de lo anterior, aunque aparecen evidentes las contradicciones en lo que respecta a la naturaleza mencionada, la Corte Constitucional le dio aval nuevamente a la posición expresada por el Gobierno Nacional y, en el texto de la sentencia C-740/2003, procedió a declarar exequible el canon que hace referencia a la naturaleza de la acción, aceptando los argumentos expresados por el Ministerio del Interior para defender la constitucionalidad de la norma; argumentos que, dicho sea de paso, no son tan diáfanos e irrefutables como lo hace ver el cuerpo colegiado. Vale la pena citar uno de ellos en torno a la naturaleza de la acción: “La nueva ley enfatiza la autonomía de la acción de extinción de dominio, precisión que resultaba imperiosa ante las posturas que la ataban a la acción penal y que la consideraban sanción penal o consecuencia patrimonial del delito.” (CCC, Sentencia C-740/2003, p.29).

Argumentos como el anterior llevan a unirse al pensamiento expresado por el doctor Pedro Pablo Camargo, en el sentido de cuestionar cuál es la consecuencia jurídica de la declaratoria de extinción del dominio. Si declarar extinto este derecho real no es una sanción como tal, ¿de qué se trata? Si ello no es claramente el ejercicio del poder punitivo del Estado a través de las Ramas del Poder Público concebidas para intervenir en tal sentido, entonces

¿qué es?

Pues bien, la Honorable Corte Constitucional coincidió con los planteamientos del Ejecutivo cuando expresaba que no se puede considerar como una sanción toda vez que los bienes adquiridos ilícitamente nunca estuvieron en cabeza de quien funge como titular, es decir, de quien es sometido al procedimiento de extinción de dominio. Sin embargo, parece que este planteamiento desconoce de manera flagrante el principio de la buena fe y la presunción de inocencia contemplados expresamente en la Carta Política, pues, si un proceso de extinción de dominio se adelanta para establecer cuáles bienes son susceptibles de dicha sanción y por cuáles conductas, no resulta lógicamente probable que se diga desde su génesis que estos bienes, sin haber sido declarados aún en tal situación, nunca hicieron legalmente parte del patrimonio

de quien está siendo investigado; es decir, la lógica básica dicta: primero se investiga y si de ello resulta que los bienes se encuentran cualificados para la declaratoria de extinción, a ello se procederá y por lo tanto quedarán excluidos del patrimonio de quien fuere sujeto de la acción.

Pero, si el caso contrario ocurre, verbigracia, si luego de la investigación se halla que no existen razones para declarar la extinción de dominio de los bienes, ¿será que se puede entonces seguir predicando -o prejuzgando según la concepción del investigador- que los bienes son de procedencia ilícita y que, por lo tanto no hacen parte del patrimonio de su titular? Y así las cosas, ¿se podrá seguir intentando la misma acción las veces que se quiera so pretexto de que la misma es “retrospectiva” y también “futura”, según los términos de la misma Corte Constitucional y que, entonces, se instaurará una nueva acción por hechos presuntamente ocurridos antes o después?; en últimas, ¿no será posible que con ello se esté desconociendo de alguna manera la institución de la cosa juzgada que se hace parte del ordenamiento jurídico colombiano, además de las antes mencionadas del debido proceso, la *nulla poena sine lege* y la presunción de inocencia?

Lo anterior es un punto axial sobre el cual se debe reflexionar, porque es innegable que los terceros de buena fe exenta de culpa, y los mismos titulares de los derechos reales pueden ver afectado no sólo su patrimonio sino aspectos más esenciales de la vida como el buen nombre, su moral, su dignidad humana.

La tercera discusión a plantear está dada a partir del contenido del párrafo primero del artículo 2 de la mencionada Ley 793 de 2002²⁷, en el cual el legislador decidió dejar en manos del “afectado” la labor probatoria de demostrar los hechos en que funda su oposición a la acción y el origen lícito de sus bienes; palabras más o menos, reguló legalmente la carga de la prueba en este tipo de acciones y puso todo el peso de dicha carga (*onus probando*) sobre los hombros de quien está siendo perseguido por el Estado.

Esta asignación contenida en la norma antes relacionada, no resulta ser otra cosa que una inversión clarísima de la carga de la prueba que debería estar, por razones de naturaleza y de igualdad, en cabeza del Estado; y dicha inversión desconoce arbitrariamente el contenido del artículo 29 constitucional. Tal como lo expresa el tratadista Camargo (2009) “Es al Estado a quien co-

27 PARÁGRAFO 1o. El afectado deberá probar a través de los medios idóneos, los fundamentos de su oposición y el origen lícito de los bienes.

rresponde la carga de la prueba y para destruir la presunción de inocencia tiene que demostrar la acusación, conforme al aforismo: *onus probando incumbit acusatationis.*” (p. 129).

Parece bastante acertada y lógica la posición del profesor Camargo, pues, primero, es el Estado quien tiene la titularidad del ejercicio del poder punitivo y, cuando quiere, debe o tiene la obligación de ponerlo en marcha, de contera le surge también el gravamen de desvirtuar la inocencia y la actuación de buena fe del asociado o asociados contra quienes procede; pero debe recordarse que tanto la inocencia como la buena fe son predicables en todo tipo de actuaciones en las que el Estado intervenga con la intención de aplicar la fuerza coercitiva que le está dada por su creación, su fundamentación y el cumplimiento de sus fines.

No es posible, según los criterios legales y supra legales, que el Estado ejerza el *ius puniendi* en cualquier actuación judicial, inobservando o desconociendo las normas que le dan origen al mismo, dejando a un lado los fundamentos de su génesis.

La carga de la prueba debe ser asignada por el legislador, tal como se había expuesto anteriormente, en los términos y con las consideraciones que la misma teoría que se ha construido en torno a la misma dicta. Valga reiterar: conforme a las posibilidades económicas, sociales, políticas, mediáticas con que cuente la parte a quien se le asigna dicha carga. Con la redacción del parágrafo en cuestión, el legislador no sólo desconoce los principios de la teoría de la carga de la prueba sino que, además, da por sentado que un simple ciudadano asociado al Estado social de Derecho, posee mejores posibilidades en todos los aspectos antes mencionados, que el mismo Estado del cual hace parte.

Más que lo anterior, la disposición criticada desconoce principios tan básicos del derecho universal como el de igualdad, al equiparar la fuerza o poder probatorio del Estado con el de un ciudadano del común, afectando con ello, de paso, su dignidad pues no sólo debe verse sometido a la persecución judicial mediante esta acción, sino que debe entrar a probar que lo aseverado por el poder estatal no es así, so pena de incurrir en las sanciones legales que se prevén en caso contrario.

Además, si el derecho a la prueba es eso, un derecho y no una obligación como ya se planteó, este hace parte esencial del derecho fundamental al debido proceso y el último debe observarse y aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas según lo expresa el artículo 29 de nuestra Constitución Política, ¿cómo es posible que se le exija al afectado en una acción de extinción de dominio que asuma el rol que naturalmente le pertenece al Estado y que pase por alto toda el cúmulo de principios y derechos que contempla el ordenamiento a su favor?

Ahora bien, si procesalmente se entiende que la carga de la prueba debe ser ejercida por la parte a quien le interesa probar los hechos alegados y siendo que el Estado es quien alega en una acción de extinción de dominio que los bienes relacionados por él son susceptibles de “expropiación” por alguna de las causales contenidas en la ley, ¿no resultaría más sano, lógico, aceptable y hasta plausible que sea el mismo Estado quien tenga sobre sí la carga de probar lo que asevera?

Es decir, si la pretensión del Estado es que se declare extinto el dominio sobre unos bienes específicamente determinados, lo más correcto jurídicamente hablando sería que el peticionario (Estado) sustente sus pretensiones y la situación fáctica que formula para acompañarlas, con las pruebas suficientes que lleven el conocimiento más allá de toda duda al fallador para que pueda reconocerlas. De no ser así, debería sufrir la consecuencia inherente a no probar los que se pide, y es la negación de sus pretensiones. Porque, además, el afectado en el proceso de extinción de dominio no eleva ninguna pretensión, como en el proceso penal, espera que se desvirtúe su inocencia y que se verifique por parte del Estado la procedencia irregular de sus bienes para que le sean retirados de su patrimonio por las vías legales.

Si se remite este concepto al principio probatorio de autorresponsabilidad, se puede llegar a la misma conclusión: que al Estado como sujeto activo en el proceso de extinción de dominio le atañe probar los hechos que expone y sustentar, también probatoriamente, las pretensiones formuladas.

En resumen, no es pensable que el sujeto activo de una acción de extinción de dominio se encuentre en mejores condiciones de probar lo manifestado por el Estado a través de sus agentes; pero además es inadmisibles que tenga que hacerlo teniendo en cuenta la primacía de los principios

de buena fe y presunción de inocencia que deberían operar de manera efectiva como consecuencia de la realización de los fines estatales y de los derechos fundamentales que se supone tienen todos quienes se hallan voluntariamente asociados a un Estado social de Derecho.

IX. Conclusiones

Dicho todo lo anterior se puede concluir, al menos con sano criterio, que la disposición legal o normativa que regula las acciones de extinción de dominio en Colombia (ley 793 de 2002), atenta de cierta forma contra la efectividad de la realización del derecho fundamental al debido proceso de las personas que a ella se ven enfrentadas. Si bien no lo desconoce en su totalidad, el contenido jurídico de algunas instituciones que de él hacen parte se ven aminoradas por la contemplación y aplicación en la práctica del texto de dichas normas.

Es evidente que el momento histórico, político y social en que fue concebida la acción de extinción de dominio como mecanismo de control para ponerle freno básicamente a la expansión y crecimiento económico de los grupos ilegales y las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de estupefacientes y la comisión de otras conductas punibles como medio de sustento o como empresa criminal, era diametralmente diferente a la realidad que se vive en la actualidad.

Si bien los grupos al margen de la ley persisten en el país y los mismos han mutado conforme las exigencias que presupone la lucha que han adelantado las autoridades desde todos los frentes, su poder económico, político y social no es ahora tan visible como se mostró en épocas pasadas. Lo anterior hace pensar que, evidentemente, es válido en la actualidad contar en el ordenamiento jurídico con herramientas, como la acción de extinción de dominio, que permitan enfrentar este tipo de flagelos sociales, pero que las condiciones de hoy día permiten un espacio de reflexión que deje ver y pensar en las posibles fallas que tienen en su contenido estas instituciones jurídicas.

En otras palabras, lo que se critica no es la existencia como tal de la acción de extinción de dominio, que vale decir, parece un mecanismo de control jurídico-social aplicable al contexto nacional, sino la persistencia en el tiempo de las posibles irregularidades que desde su génesis tiene la norma; Se piensa firmemente que es posible hacer una revisión concienzuda de las líneas finas que coexisten al interior de la norma y que, de ese exhaustivo escrutinio, se

pueden extraer conclusiones y soluciones reales que permitan no sólo la vigencia de la ley a futuro, sino que garanticen su aplicabilidad y operatividad sin que sea coartada ni la más mínima partícula del contenido de algún derecho fundamental.

Dadas las condiciones reinantes en el presente, teniendo en cuenta el espíritu, el ánimo y la voluntad de buscar caminos para conseguir la paz y mejorar las condiciones de vida de todos los asociados a este Estado social de Derecho, existe un ambiente propicio para que, desde la academia y desde cualquier otro escenario propositivo, se elaboren estudios, se analicen propuestas y se pongan bajo examen las diferentes normas jurídicas que rigen a los asociados, con el fin de que las mismas sean depuradas en pro del respeto por los derechos fundamentales que son, junto con la realización de los fines esenciales del Estado, los faros orientadores de toda la actividad de las instituciones.

Se podría empezar por aceptar que previsiones legales tales como la inversión de la carga de la prueba implícita en la ley 793 de 2002 y su aplicación jurisdiccional *de facto*, sin que sea sometida a ningún tipo de análisis por parte de los juzgadores, merman ostensiblemente la posibilidad de que el derecho fundamental al debido proceso sea verificado en su totalidad.

Si se dan pequeños pasos como el planteado en el acápite anterior, se crearía una conciencia más constitucional y garantista de la redacción y aplicación de las normas jurídicas; si se aceptara, al menos en aras de la discusión, que el cambio de la carga probatoria en las acciones de extinción de dominio a la forma en que debió plantearse desde sus inicios -esto es, que aquella esté en cabeza del Estado- se vería traducido en la concepción de una regla legislativa más justa y equitativa, se estaría haciendo una oda al Derecho como disciplina que impera en todas las relaciones de los seres humanos con sus semejantes y con las ficciones que crearon (instituciones) para la procura de una llevadera convivencia.

Será esta una propuesta de cambio paradigmático para ciertas mentes. Será una invitación poco amigable para quienes exegéticamente miran la norma. Un sentimiento de idealismo será para aquellos que radicalmente piensan que el país y el mundo no han cambiado en una década. Pero no cabe la menor duda que será también una luz en el camino para quienes creen en la realización de la justicia; por ello, tal como lo enseñó Lincoln, se persistirá

en esta idea aunque la probabilidad de salir vencidos sea amplísimamente mayor que la de resultar vencedores. Este duelo de probabilidades no es más que porcentual y, en cualquiera de los casos, susceptible de transformación como todas las cosas de la vida.

zBibliografía

Barreto, M. & Sarmiento, L. (1997).

Constitución Política de Colombia comentada por la Comisión Colombiana de Juristas. Título II: De los derechos, las garantías y los deberes.

Bogotá: Impreandes-Presencia.

Beltrán, J. F., & Taruffo, M. (2002). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Cabanellas, G (1968). *Diccionario de Derecho usual*. Buenos Aires: Omeba.

Camargo, P. (2006). *El debido proceso*. Bogotá: Editorial Leyer.

Camargo, P. (2009). *La acción de extinción del dominio*. Bogotá: Editorial Leyer. Constitución Política de 1991, Colombia, Gaceta Constitucional nro. 116. 20 de julio de 1991.

De Santo, V. (2005). *La prueba judicial*. Editorial Universidad.

Gómez Pomar, F. (2001). *Carga de la prueba y responsabilidad objetiva*. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (1), 40.

Kafka, F. (1980). *El proceso*. Ediciones Colihue SRL.

Ley 793 (2002). Por la cual se deroga la Ley 333 de 1996 y se establecen las reglas que gobiernan la extinción de dominio Colombia, Congreso de la República. Diario Oficial No 45.046.

Ley 1708 (2014). Por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio. Colombia, Congreso de la República. Diario Oficial No 49.039.

República de Colombia (2001) *Constitución Política de Colombia*.
Bogotá: Legis Editores S.A.

República de Colombia (2002). *Constitución Política de Colombia*.
Bogotá: Legis Editores S.A.

Parra, J. (1992). *Manual de derecho probatorio*.
Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Peña, R.E. (2008). *Constitución Política de Colombia comentada*.
Bogotá: Editorial Leyer.

Peyrano, J. (1999). *Compendio de reglas procesales*. Editorial Zeus.

Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid: Marcial Pons.

Medidas cautelares innominadas en materia de competencia desleal proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio

Cristian Horacio Jaramillo García
Andrés Fernando Mejía Restrepo

I. Introducción.

El objetivo del siguiente capítulo es determinar si los principios de igualdad e imparcialidad se ven vulnerados por parte de la Superintendencia de Industria y comercio al decretar medidas cautelares innominadas. Para lograr desatar el asunto se acudió al estudio de autos y resoluciones mediante las cuales la Superintendencia concedía y negaba medidas cautelares obteniendo como resultado que la Superintendencia realiza, en algunos casos, estudios de una profundidad al punto de resolver el debate de fondo. También se encontró que el principio de igualdad de la parte pasiva de la acción es vulnerado por cuanto no cuenta con los medios para controvertir las afirmaciones del actor, aunque esta vulneración es legítima en tanto garantiza la efectividad de otros principios y derechos de la contraparte que merecen mayor tutela en el caso concreto. Por último se estableció que la SIC resuelve las medidas con gran celeridad permitiendo la efectividad de los derechos de la parte activa.

II. Antecedentes.

Las medidas cautelares se pueden entender como:

... aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. (Corte Constitucional, C-379, 2004).

El poder cautelar es una figura que se ha ido consolidando con el paso del tiempo, en un primer momento se puede hacer referencia a la utilización de esta figura en el antiguo pueblo romano, aunque el derecho romano clásico

no contiene de manera expresa disposiciones que hagan referencia exacta a una medida cautelar, pero como lo expresa García Sarmiento (1981) “es indiscutible que varias de sus reglas de procedimiento, empezando por las *legis actiones* y pasando por el admirable sistema formulario, tuvieron como finalidad y naturaleza el aseguramiento de un derecho sustancial” (p. 19).

Un referente importante es la denominada *actio sacramentum in rem*, que se suscitaba cuando se reclamaba la propiedad y los derechos reales, un ejemplo clásico de esta acción se encuentra cuando se discutía sobre la propiedad de un esclavo, dado que el pretor debía responsabilizar a alguna de las partes de la tenencia del esclavo le entregaba la posesión, Carrillo de Albornoz (1999) sostiene que el magistrado atribuía a una de las partes la posesión interina del esclavo, “quizá a aquélla, que según su criterio, presentaba una pretensión más fundada” (p. 33). Posteriormente la ley Silia permitió la *actio per condictionem*, que se fundamentaba en que el acreedor reclamara una suma determinada de dinero sin expresar la causa, “sino con el criterio de existir una obligación pecuniaria y si el deudor no cumplía su deber jurídico de pagar su deuda, el acreedor podía sujetar los bienes de su patrimonio” (García, 1999, p. 13). En la evolución de este poder cautelar según el profesor Aristides Rangel aparece la figura de interdicto innominado que el pretor tenía la libertad de crear, al tiempo explica el letrado que: “Los interdictos del derecho romano constituían un medio para garantizar con un procedimiento rápido el orden jurídico y de policía que debe ser asegurado en la comunidad” (Rangel, 2009, p. 13). A su vez el profesor García (1999) expone que en los interdictos, fundados en el *imperium* del pretor y no en las *iurisdictio*, puesto que no decían o declaraban el derecho, “se encuentra indudablemente la finalidad de seguridad, ordenando hacer o exhibir algo u ordenando no hacer algo” (p. 13). Dice el profesor Álvarez Correa refiriéndose al *interdictum* citado por Sarmiento que: “Es quizá la más antigua protección que ofrece el pretor. Era una orden del magistrado, daba con base en una solicitud, para que alguna de las dos partes en un futuro litigio guardara el bien litigioso hasta la sentencia” (García, 1999, p. 20).

Otro gran avance en el poder cautelar, aparece con una constitución imperial de Antonino el Piadoso al crear la denominada figura de *pignus causa iudicati captum*, por la cual el acreedor podía tener en prenda bienes del deudor durante dos meses, vencidos los cuales, si no le pagaba, podía proceder a la venta, previa autorización del magistrado.

III. Derecho comparado

En la esfera jurídica latinoamericana es importante tener en cuenta que los venezolanos se han ocupado de legislar en cuanto a medidas cautelares innominadas se refiere, tales medidas se encuentran plasmadas en el párrafo primero del artículo 588 del Código de procedimiento Civil Venezolano²⁸. El jurista Evelyn Morales investigador de la Universidad de Carabobo en Venezuela ha señalado con respecto a las medidas cautelares innominadas que: son las que el Juez puede acordar, cuando haya fundado temor de que una de las partes cause lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra parte, previstas en el Parágrafo Primero del artículo 588 del CPC. Las cuales no tienen por finalidad garantizar la ejecución misma de las sentencias, sino lograr anticipadamente la satisfacción de los derechos que podrán ser reconocidos en la sentencia, “o simplemente evitar que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, durante el transcurso del proceso” (Morales, 2010, p. 12).

La condición expresa para decretar las medidas cautelares innominadas en Venezuela las trae taxativamente el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil,²⁹ del cual Morales (2010), al ahondar en este estudio ha expresado cinco características doctrinales y jurisprudenciales las cuales clasifica en:

- i) Que exista un juicio pendiente. No sólo basta la presentación del libelo de la demanda, debió ser admitida por el tribunal con posterioridad. Así lo estableció la Corte Suprema de Justicia en su fallo del 12/12/1979.
- ii) La presunción grave del derecho que se reclama o el *Fomus Boni Iuris*.
- iii) Cuando exista riesgo manifiesto que quede ilusoria la ejecución del fallo o el *Fomus Periculum in Mora*.

28 Parágrafo Primero: Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585, el Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión. Código de Procedimiento Civil Venezolano.

29 Artículo 585 Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.

iv) Que la petición encaje dentro de los casos taxativamente determinados en el Código de Procedimiento Civil.

v) Es importante mencionar el supuesto que el solicitante de la medida no disponga de un medio que le permita cauciones, afianzar o garantizar las resultas del proceso, porque las medidas cautelares pueden causar desastres patrimoniales a las personas contra quien se dirige (p. 17).

En el ordenamiento jurídico chileno, por su parte, las medidas cautelares se encuentran clasificadas en nominadas, innominadas y prejudiciales precautorias, la posibilidad de decretar medidas cautelares se encuentra dispuesta en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil,³⁰ este mismo artículo contempla los requisitos generales para solicitar todas las medidas cautelares, las cuales han entendido los juristas chilenos como que para pedir una medida precautoria debe acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del Derecho que se reclama lo cual se evidencia con la simple lectura del artículo referido. Además precisan que esto significa que: nos referimos al famoso *Humus boni iuri*. Esto es, antecedentes que permitan al juez comprobar que esa medida es necesaria. En cuanto al caso concreto de las medidas precautorias innominadas argumentan los doctrinantes chilenos que además de los requisitos para aplicarlas además de los comunes a toda medida precautoria se necesita de que si el Tribunal lo exige debe rendirse una caución. El Art 298 se refiere a estas Medidas Precautorias innominadas. Esto es facultativo para el tribunal.

El título XIV del Código de Procedimiento Civil Paraguayo las medidas se encuentran consagradas en los artículos 691 a 730, trata lo referente a las medidas Cautelares y a las Contra cautelas, en el artículo 693 se plasman los deberes de quien desea obtener las medidas cautelares que se resumen en acreditar a *prima facie* la verosimilitud del derecho que invoca, acreditar el peligro de pérdida o frustración de su derecho o la urgencia de la adopción de la medida según las circunstancias del caso y otorgar contracautela para responder de todas las costas y de los daños y perjuicios que pudiere ocasionar si la hubiese pedido sin derecho. No se evidencia a lo largo de este título

³⁰ Art. 298. Las medidas de que trata este Título se limitarán a los bienes necesarios para responder a los resultados del juicio; y para decretarlas deberá el demandante acompañar comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama. Podrá también el tribunal, cuando lo estime necesario y no tratándose de medidas expresamente autorizadas por la ley, exigir caución al actor para responder de los perjuicios que se originen.

la permisión para el juez de decretar las medidas cautelares necesarias que él considere adecuadas para evitar un perjuicio irremediable, por el contrario son taxativas las medidas que puede aplicar. Estas medidas están integradas por el embargo preventivo, la inhibición general de enajenar y gravar bienes, el secuestro, la anotación de la litis, la prohibición de innovar y de contratar y la intervención y administración judicial.

En España las medidas cautelares se encuentran reguladas específicamente en los artículos 721 a 747 de la ley 1/2000 del 7 de Enero, de enjuiciamiento civil denominado LEC. Para el jurista Francisco Ramos Méndez (2010) uno de los rasgos característicos más importantes de esta regulación es “que se establece la posibilidad de adoptar las medidas que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial, aunque no sean medidas tipificadas expresamente en la ley” (p. 14), lo cual se interpreta de lo planteado en el numeral 11 del artículo 727 que establece en cuanto a las medidas cautelares que se podrán aplicar aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio. En lo pertinente a los presupuestos de las medidas cautelares Ramos Méndez (2010) los ha clasificado en generales y específicos, siendo los primeros la instrumentalidad, la temporalidad, la anticipación de la ejecución y la proporcionalidad:

... mientras que las específicas las enmarcada dentro de la apariencia del buen derecho, peligro por la mora procesal, la caución y la pendencia simultanea o posterior del juicio principal esta última en el entendido de que la medida cautelar no tiene una autonomía propia, sino que aparece subordinada instrumentalmente a un juicio (Méndez, 2010, p. 15).

IV. Medidas cautelares en Colombia

En el derecho nacional, el *fuero juzgado* y las *siete partidas*, en la partida 3ª, ley 13 Título IX, se enumeran taxativamente los casos en los que procede la cautela del secuestro, al tiempo el artículo 274 de la ley 105 de 1931 en el cual se decía que:

... a fin de que el juicio no sea ilusorio en sus efectos”, el demandante podía pedir el embargo y el secuestro de bienes muebles o el mero embargo

del inmueble, debiendo afirmar, o que el deudor estaba en mala situación de negocios, o que se había ausentado sin dejar representante, o que tenía temor fundado que se ausentara, o que de algún modo tratara de eludir el pago, cuyo antecedente inmediato estaba en los artículos 19 y 20 de la ley 105 de 1890, que reemplazaron y adicionaron el código judicial de 1887 (García, 1999, p. 18).

Como enuncia el tratadista Parra Quijano, las medidas cautelares innominadas aparecen a partir de la década de los años 50, que se deja ver concretamente en el artículo 700 del código civil italiano redactado por Chiovenda y Carnelutti que le otorga la posibilidad al juez de entender y valorar el caso concreto para imponer una medida que evite la posibilidad de causar un daño³¹, en el sistema procesal colombiano aparecen las medidas cautelares innominadas taxativamente en el literal C del artículo 590 de la ley 1564 de 2012 (Código general del proceso).

Las medidas cautelares en cuanto a competencia desleal se encuentran reguladas en el artículo 31 de la ley 256 de 1996, existen las medidas cautelares de trámite preferente por existir peligro grave e inminente. Según el profesor Velandia este tipo de medidas proceden cuando existe una situación de peligro grave e inminente en la posición comercial del demandado, tenga esta la calidad de perjudicado o de amenazado, agrega el profesor que esta clase de medidas de peligro grave e inminente además de probarse, para su procedencia, de manera sumaria, la exclusión comentada, se deben también relatar unos hechos que en su redacción configuren deslealtades. Estos hechos deben estar acompañados de pruebas sumarias, es decir, que tanto sobre las pruebas como sobre los hechos no había recaído el derecho de contradicción del demandado. Además, según Velandia (2011), esta clase de medida cautelar contiene una circunstancia de tiempo algo exótica desde la óptica procesal y es que permite ser solicitada inclusive antes de ser presentada la

31 El antecedente más remoto de las medidas cautelares innominadas, lo plantea el maestro Parra Quijano al citar a Chiovenda diciendo que: Un caso singularísimo que se presentó en Francia hace algunos años, puede acreditar, mejor que cualquier razonamiento abstracto, la importancia práctica del problema. El propietario de un centro de recreo nocturno de París, había dado el encargo a un pintor de decorar la sala de baile con frescos que representaban danzas de sátiros y ninfas; el pintor, con objeto de aumentar el interés de la decoración mural, pensó que podía presentar los personajes, que en esta coreografía figuraban en trajes superlativamente primitivos, con las fisonomías fácilmente identificables, de literatos y artistas muy conocidos en los círculos mundanos. La noche de la inauguración una actriz que figuraba entre los numerosos invitados, tuvo la sorpresa de reconocerse en una ninfa que danzaba en ropas extremadamente ligeras; y considerando que esta reproducción era ofensiva para su decoro, inició contra el propietario del local un juicio civil al objeto de hacerlo condenar a que borrarse la figura ultrajante y al resarcimiento de los daños, y de momento pidió que, ante la demora del juicio, se le ordenara que cubriese provisionalmente el trozo de fresco que reproducía su imagen en pose impúdica.

demanda, como un trámite independiente sin demanda que la acompañe. Para este efecto, “solo será competente el juez donde tenga efectos el acto presuntamente desleal. Resulta exótico dado que lo general es que la medida cautelar este acompañada de la demanda, y no que sea presentada de manera independiente sin radicación de demanda” (p. 149).

V. Igualdad procesal, imparcialidad y discrecionalidad judicial

La aplicación de las medidas Cautelares innominadas ha sido, cuando menos, problemática, puesto que se discute si la discrecionalidad que se le otorga al juez para el empleo de estas es realmente razonable, al tiempo que se plantea una evidente desigualdad procesal, en el entendido de que el principio de igualdad en el ámbito del proceso es una manifestación del principio general de “igualdad ante la ley”. Dice Clemente Díaz que al penetrar el principio político constitucional de la igualdad de los habitantes de la Nación en la órbita del Derecho Procesal se transforma en la “relativa paridad de condiciones de los justiciables, de tal manera que nadie pueda encontrarse en una situación de inferioridad jurídica”. Y Calamandrei señala que el principio de igualdad procesal se formula de la siguiente manera: “las partes en cuanto piden justicia, deben ser puestas en el proceso en absoluta paridad de condiciones”.

A su vez resulta más polémico el otorgamiento de poder jurisdiccional a las superintendencias Colombianas, dado que estas pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, se discute si realmente puede existir una imparcialidad al momento de juzgar, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones actúan como juzgadores ante entidades a las que previamente se les ha ejercido la función natural de las superintendencias como son el control la inspección y la vigilancia, al tiempo que se pronuncia sobre materias en las cuales ya ha dado conceptos jurídicos con anterioridad; siguiendo a Alejandro Soulier (2008) cuando afirma que:

Así en sentido lato se define a la imparcialidad como falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud; se advierte nuevamente como se define a partir de “falta”, de una carencia, de algo que no debe estar, por lo cual, y en argumento a contrario sensu, implica que la parcialidad es el estado natural y que su contrario, esto es la imparcialidad, requiere una puesta en acción, un ejercicio de quién pretende ser imparcial (p. 35).

Así mismo la Corte Constitucional Colombiana ha entendido el principio de imparcialidad desde dos miradas, una subjetiva y la otra objetiva, al referirse a la primera ha dicho la Corte que: La imparcialidad subjetiva garantiza que el juzgador no haya tenido relaciones con las partes del proceso que afecten la formación de su parecer. Y en cuanto a la objetiva se ha argumentado:

La imparcialidad objetiva exige que los asuntos sometidos al juzgador le sean ajenos, de manera tal que no tenga interés de ninguna clase ni directo ni indirecto. Hace referencia a que un eventual contacto anterior del juez con el caso sometido a su consideración, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad (Soulier, 2008, p. 37).

Si se tiene en cuenta que se ponen en peligro estos dos principios fundamentales como lo son la igualdad procesal y la imparcialidad del juzgador se está en frente a un gran riesgo de tener un proceso viciado, bajo la premisa del profesor Alvarado Velloso cuando explica que:

Jurídicamente el proceso es sólo un método de debate que, para su eficaz desarrollo con miras a obtener resultados constitucionalmente legítimos, debe sujetarse durante todo su curso a la presencia de dos principios de vigencia irrestricta: a) la igualdad de los parciales y b) la imparcialidad del juzgador. (Soulier, 2008, p. 39).

Se ocasionaría una grave vulneración al debido proceso ya que eventualmente con la aplicación de las medidas cautelares innominadas se rompe con el principio de igualdad procesal y con la imparcialidad que debe caracterizar las actuaciones de los organismos investidos con funciones jurisdiccionales, puesto que como lo afirma Soulier citando a Joan Picó:

Esta configuración del proceso garantiza plenamente el principio de igualdad de armas procesales, según el cual las partes han de tener las mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación; esto es, la imparcialidad judicial comporta, en particular, el derecho de las partes de pretender que el juez les trate de igual modo, bajo el mismo plano de igualdad. En consecuencia, la existencia de cualquier tipo de prejuicio o interés del juzgador a favor de una parte, o en perjuicio de la otra, supone conculcar el principio básico de igualdad de armas pro-

cesales, provocando que el juez deje de estar legitimado para resolverlo. (Soulie, 2008, p. 39).

Lo anteriormente expuesto conduce a preguntarse sobre si se ven afectados los principios de igualdad procesal y de imparcialidad del juzgador cuando la superintendencia de industria y comercio decreta medidas cautelares y actúa como juez en un proceso.

La aplicación de las medidas cautelares, está sujeta a la ponderación de derechos que efectuó el juez, teniendo en cuenta la posibilidad del derecho del demandante o del demandado, la Corte Constitucional ha expresado que:

Las medidas cautelares son instrumentos procesales cuyo establecimiento y aplicación exige una labor de ponderación entre dos extremos opuestos: por un lado los derechos del demandado que todavía no ha sido vencido en juicio, y, por otro, los del demandante, que enfrenta el riesgo de que, una vez declarados judicialmente sus derechos, los mismos no puedan hacerse efectivos” (Corte Constitucional, C-039, 2004).

Para asegurar el derecho del demandante en muchas circunstancias las medidas cautelares que contempla la ley se quedan cortas, el juez no podría aplicar ninguna medida que la ley no contemple, pero recientemente la con la implementación del Código general del proceso en su artículo 590 literal C, se le da la posibilidad al juez de aplicar todas las medidas que considere razonables para la protección del derecho objeto del litigio, es decir que se le ha dado la posibilidad de implementar las llamadas “Medidas Cautelares innominadas”.

Así mismo se debe tener en cuenta que la aplicación de estas medidas dependen por la eficacia y la celeridad que se deben tener las providencias judiciales, en palabras del maestro Parra Quijano (2013) quien, citando a Calamandrei, sostiene que “La función de las medidas cautelares nace de la relación que se establece entre dos términos: La necesidad de que la providencia, para ser prácticamente eficaz, se dicte sin retardo, y la falta de aptitud del proceso ordinario para crear sin retardo una providencia definitiva” (p. 350).

Según la Corte Constitucional se debe entender una medida cautelar inno-

minada como “aquellas que no están previstas en la ley, dada la variedad de circunstancias que se pueden presentar y hacen difícil que sean contempladas todas por el legislador, que pueden ser dictadas por el juez acorde con su prudente arbitrio” (Corte Constitucional, C-835, 2013), al tiempo que la finalidad de estas, según el máximo órgano de lo Constitucional citando al profesor Parra Quijano es “prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra” (Corte Constitucional, C-835, 2013).

A su vez, expresamente el profesor Quijano (2013) ha dicho al referirse a las medidas cautelares innominadas que:

Se trata de aquella que no está prevista expresamente por el legislador, pero éste faculta al juez para que en cada caso y mediante petición de parte la decreta si la “encuentra razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión (p. 352).

De la misma forma se pronunció el profesor Rangel (2009), al hacer el estudio de las medidas cautelares innominadas. Se puede destacar en gran medida de su estudio la definición que le otorga a dichas medidas, puesto que las describe como:

... aquellas no previstas en la ley, que puede, dictar el juez según su prudente arbitrio, antes o durante el curso del proceso, con el objeto de prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra (p. 35).

Para la correcta aplicación de las medidas cautelares, el juez debe tener en cuenta tres aspectos fundamentales: i) legitimación o interés para actuar de las partes ii) la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho (*Periculum in mora*) iii) la apariencia de buen derecho (*Fumus boni juris*). López Blanco (2005) ha expresado que “Tradicionalmente la doctrina ha hablado de dos requisitos para decretar las medidas cautelares: i) la posibilidad de un daño y ii) la verosimilitud del derecho alegado” (p. 48). En

relación a lo cual continúa el profesor López (2005) citando a Chiovenda en estos términos:

El juez debe examinar si las circunstancias del daño dan serios motivos para temer el hecho dañoso, y si el hecho es urgente y por lo mismo necesario” y hacer un examen, evidentemente superficial, de la posibilidad del derecho. Son estos los requisitos que la doctrina llama el periculum in mora y el fumus boni iuris (p. 50)

El maestro Chiovenda (1995) afirma que en cuanto a la aplicación de las medidas cautelares se deben tener en cuenta dos elementos: “... i) La posibilidad del daño y ii) La posibilidad del derecho” (p. 83). Para el profesor García Sarmiento (1999) deben concurrir situaciones tales como “un presumible derecho, peligro actual de dicho derecho o situación, imposibilidad jurídica de protección normal inmediata, formulación al juez de manera indeterminada y la contracautela” (p. 38).

En este orden de ideas, el profesor Jorge Hernán Gil Echeverry, ha dicho respecto de la legitimación que:

El tribunal debe examinar de manera sumaria si efectivamente el reclamante aduce, aunque sea un derecho eventual pero serio, con respecto al bien, derecho u obligación sobre la cual recae la medida provisional, sin que tal análisis constituya prejuzgamiento. Entonces, el tribunal no solamente debe verificar, de manera sumaria, la apariencia del buen derecho, sino que igualmente debe verificar la legitimación e interés para actuar, así como la existencia seria de una amenaza o la posible vulneración de un derecho (Corte Constitucional, C-039, 2004).

En una extensa explicación sobre el presumible derecho, el profesor García (1981) explica que conforme lo exponen la doctrina y la jurisprudencia, sería peligroso facultar a cualquier persona para pedir medidas de cautela que, por lo general, por su finalidad y por ser taxativas, “... conducirían a variar una situación de hecho o a mantenerla, suspendiendo por lo menos el ejercicio normal de ciertos derechos, sin existir si quiera la convicción verdadera de un derecho del cual se es titular” (p. 44). Al tiempo que sostiene que “sería también arbitrario autorizar al juez para tomar cualquier precautoria, salvo los casos expresamente previstos como de cautelas genéricas, sin demostrarle

con prueba sumaria por lo menos la existencia verosímil del derecho” (p.43). Concluye el profesor García (1981) que para ciertas medidas no es suficiente el *fumus bonis iuris*, aunque la medida se consume *inaudita pars*, “... pues ello no le impide en manera alguna defenderse, sino que la ley exija la prueba plena del derecho y de la legitimación” (p. 42).

La apariencia del buen derecho según lo ha entendido Gil Echeverry tiene que ver con las serias expectativas aducidas en la demanda principal o de reconvencción, para lo cual “debe acompañarse de las pruebas pertinentes que permitan concluir una razonable titularidad del derecho sobre el bien, el ejercicio de una facultad a favor del solicitante, o sobre el cumplimiento de una obligación a cargo de la contraparte” (Corte Constitucional, C-039, 2004), de la misma forma Graham Tapia (2010) ha expresado que el solicitante de la medida debe convencer de que tiene una posibilidad razonable de que lo que reclama en el fondo del asunto le será concedido; al tiempo que prosigue con su argumento exponiendo que la parte que requiera la medida se ve obligada a anticipar aquello de sus argumentos y pruebas que sea necesario para que se aprecie, preliminarmente, la solidez de su caso. “La medida cautelar es un auxilio excepcional a favor del que la solicita y ello lo coloca ante esta exigencia” (P. 39).

Respecto a la posibilidad del derecho ha escrito Chioyenda (1995) que, “la urgencia no permite sino un examen completamente superficial (*summaria cognitio*)” (p. 90); pero también respecto a esta condición, son distintos los casos particulares, a veces, la resolución es tomada precisamente porque un derecho se discute entre dos y no es, por lo tanto, necesario decidir a quien corresponde; otras veces, la pertenencia del derecho ha sido ya declarada a fondo y prevalece el examen del primer extremo.

Siguiendo al profesor Gil la posible amenaza de vulneración se debe tener en cuenta si el bien, derecho u obligación relacionado de manera importante con el objeto del litigio, “... está sufriendo o puede sufrir una amenaza seria que amerite su protección inmediata” (Corte Constitucional, C-039, 2004), al tiempo que para el profesor García Sarmiento (1981) “... no es suficiente que exista un presumible derecho, sino que, por *periculum in mora*, tal derecho corra peligro” (p. 59). Continúa García (1981) afirmando que “es difícil para el fallador determinar cuando el derecho o la situación jurídica corren peligro por la mora en la garantía normal de la protección jurisdiccional. Es

casi una situación de hecho que debe deducir de la petición” (p. 59). Chiovenda (1995) al referirse a la posibilidad del daño manifiesta que el juez debe examinar

“...si las circunstancias de hecho dan serio motivo para temer el suceso perjudicial; si el caso es urgente y es, por lo tanto, necesario proveer por vía provisional, cual sea la mejor manera de proveer” (p. 92).

Del mismo modo ha señalado López Blanco (2005) al referirse al peligro del daño citando a Víctor Fairen, al decir que

... el periculum in mora básico en los procesos cautelares no es peligro de daño genérico jurídico, el cual se obvia con la tutela declarativa; es el peligro del ulterior daño “Marginal” que podría derivar de dicho retraso sin que basten a prevenirlo otros medios ordinarios como la acumulación de intereses. Es la mora de la sentencia que recaerá en el juicio declarativo considerado en si misma como posible causa del daño ulterior (p. 39).

Igualmente la Corte Constitucional se ha expresado con respecto de los requisitos del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* considerando que deben aparecer de forma concurrente para asegurar la proporcionalidad y la congruencia de la medida, al tiempo que los ha descrito como, el primero, *periculum in mora*, tiene que ver con el riesgo de que al no adoptarse la medida cautelar sobrevenga un perjuicio o daño mayor del que se expone en la demanda, que de no precaverse, transforme en tardío el fallo definitivo. Tiene igualmente que ver con un temor fundado de que el derecho se frustre o sufra menoscabo durante la sustanciación del proceso. El segundo, *fumus boni iuris*, aduce a un principio de veracidad en cuanto a la afectación del derecho invocado como fundamento de la pretensión principal. Estos dos principios, asegura la doctrina, “deben operar de manera concurrente, al punto que la falta de uno de estos elementos, debe dar lugar a que: i) se rechace la medida cautelar o ii) Se otorgue la medida pero de manera limitada” (Corte Constitucional, SU-913, 2013).

VI. Principios de igualdad procesal y de imparcialidad.

El profesor Azula Camacho (2006) citando a Hernando Morales ha entendido que los principios generales del derecho procesal son “los criterios u orientaciones generales que inspiran el ordenamiento procesal, al tiempo

que prosigue con su definición al argumentar que tales principios están consagrados por la Constitución política y se reiteran expresa o tácitamente en los diferentes códigos” (p. 123). A su vez López Blanco (2005) ha manifestado que con el transcurso del tiempo se ha perfilado un conjunto de directrices básicas, a las que se denomina principios, que informan un determinado estatuto legal para “constituirse en sus orientadores generales, vienen a imprimirle autonomía propia, individualización, y que no son nada diverso a la concreción de unos determinados ideales en busca de ese anhelo común de la humanidad de tener justicia perfecta” (p. 39).

En este orden de ideas es imperativo remitirse al estudio de lo que se ha entendido en el ordenamiento jurídico Colombiano cuando se habla acerca de los principio de igualdad procesal y de imparcialidad del juzgador, no sin antes estudiar la igualdad como principio fundante del Estado social de Derecho.

Para la Corte Constitucional la igualdad tiene un triple papel en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto que se trata simultáneamente de un valor, de un principio y de un derecho fundamental, explica la Corte que este múltiple carácter se deriva de su consagración en preceptos de diferente densidad normativa que cumplen distintas funciones en nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo:

... el preámbulo constitucional establece entre los valores que pretende asegurar el nuevo orden constitucional la igualdad, mientras que por otra parte el artículo 13 de la Carta ha sido considerado como la fuente del principio fundamental de igualdad y del derecho fundamental de igualdad. Adicionalmente existen otros mandatos de igualdad dispersos en el texto constitucional, que en su caso actúan como normas especiales que concretan la igualdad en ciertos ámbitos definidos por el Constituyente (Corte Constitucional, C-818, 2010).

Prosigue la Corte Constitucional profundizando en el estudio de la afirmación del triple carácter de derecho y principio de la igualdad al advertir que:

... esta naturaleza compleja se explica a partir de las diversas facetas en que se expresa la igualdad. Como lo ha señalado la Corte, del artículo 13 C.P. se colige la existencia de contenidos normativos que ordenan (i) la

igualdad ante la ley, comprendida como el deber estatal de imparcialidad en la aplicación del derecho frente a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, previsión que dispone que las actuaciones del Estado y los particulares no deban, prima facie, prodigar tratos desiguales a partir de criterios definidos como “sospechosos” y referidos a razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica; y (iii) un mandato de promoción de la igualdad de oportunidades o igualdad material (Corte Constitucional, C-221, 2011).

Refiriéndose al estudio de la máxima Aristotélica de “tratar igual lo igual y desigual a lo desigual” ha expuesto el máximo órgano de lo Constitucional que la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad

... -al menos en su acepción de igualdad de trato- del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes. (Corte Constitucional, C-818, 2010).

Ha manifestado Azula Camacho (2006) al explicar el principio de igualdad procesal que “... este principio significa que las dos partes, demandado y demandante, dispongan de las mismas oportunidades para formular cargos y descargos y ejercer los derechos tendientes a demostrarlos” (p. 123). Igualmente el profesor López entendió que el principio de igualdad procesal se encuentra acogido por el artículo 13 de la Constitución Política, dado que establece que toda persona tiene idénticas oportunidades para ejercer sus derechos y debe recibir un tratamiento similar, sin consideraciones de religión, raza, nacionalidad, posición social, lengua, etc.

Por su parte Vescovi (2006), al citar a Alsina, describe la igualdad como “el principio que domina el proceso y significa una garantía fundamental para las partes. Importa el tratamiento igualitario a los litigantes y se entiende que resulta del principio constitucional de igualdad ante la ley” (p. 78). Agrega el doctrinante que la igualdad supone la bilateralidad y la contradicción, esto

es, que el proceso se desarrolla aunque bajo la dirección del juez, entre las dos partes, con idénticas oportunidades de ser oídas y admitida la contestación de una a lo afirmado por la otra, en forma de buscar, de esa manera, la verdad.

La imparcialidad de los funcionarios jurisdiccionales como la ha referido Azula Camacho (2006) quiere decir que el funcionario jurisdiccional no tenga vínculo alguno con las partes o interés en el asunto debatido y,

... por tanto, esté en condiciones de administrar justicia en sentido estricto, vale decir, dándole a cada cual lo suyo. Comprende al profesor Camacho que la finalidad de este principio es que las decisiones proferidas por el funcionario, no estén motivadas o determinadas por circunstancias ajenas a la aplicación de la ley, que la hagan inclinar a favor o en contra de cualquiera de ellas. (p. 123).

A su vez la profesora Beatriz Quintero (2008) manifiesta que el concepto de la independencia del órgano jurisdiccional se apoya en la consideración de que la separación de los poderes es un fundamento organizativo de carácter constitucional, “donde se le otorga al órgano jurisdiccional una soberanía e independencia de este frente a los demás, especialmente con referencia al poder ejecutivo” (p. 45). Puntualiza además Beatriz Quintero que existe una independencia interna y una externa, en donde la interna hace alusión a en la rama judicial no hay niveles jerarquía a pesar de que existen superiores en grado de conocimiento en el modelo jerárquico estructural pero con completo respeto del procedimiento impugnativo, en donde el juez tan solo obedece a la ley. En tanto que la independencia externa es la garantía del juez frente a posible influencias de otros órganos y de la sociedad. En este último ámbito se enfrentan dos conceptos: uno que debe asegurar la independencia del juez y otro que exige la participación del Juez en las decisiones del Estado. Concluye Quintero (2008) este argumento al manifestar que “de todas maneras, la independencia del juez es una garantía del justiciable porque es un sistema de protección a la imparcialidad, de la terceridad del juzgador” (p. 46).

Para el máximo órgano de lo constitucional al estudiar sobre la imparcialidad, ha señalado que ésta

... se predica del derecho de igualdad de todas las personas ante la ley (Art.

13 C.P.), garantía de la cual deben gozar todos los ciudadanos frente a quien administra justicia. Se trata de un asunto no sólo de índole moral y ética, en el que la honestidad y la honorabilidad del juez son presupuestos necesarios para que la sociedad confíe en los encargados de definir la responsabilidad de las personas y la vigencia de sus derechos, sino también de responsabilidad judicial (Corte Constitucional, C-600, 2011).

La Corte Constitucional ha concebido el principio de imparcialidad desde dos dimensiones, una subjetiva y otra objetiva, las cuales desarrolla en la sentencia C-600/2011 al explicar que la jurisprudencia constitucional le ha reconocido a la noción de imparcialidad, una doble dimensión:

- (i) subjetiva relacionada con “la probidad y la independencia del juez, de manera que éste no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto”;
- y (ii) objetiva, “esto es, sin contacto anterior con el thema decidendi, “de modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto”. No se pone con ella en duda la “rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción” sino atender al hecho natural y obvio de que la instrucción del proceso genera en el funcionario que lo adelante, una afectación de ánimo, por lo cual no es garantista para el inculpado que sea éste mismo quien lo juzgue. (Corte Constitucional, C-600, 2011).

Profundiza la Corte Constitucional al examinar las consecuencias que trae el que el órgano encargado de aplicar la ley no sea imparcial y llegan a la conclusión de que las decisiones que tomen órganos no imparciales son ilegítimas, en palabras de la Corte:

La legitimidad de la decisión judicial o administrativa, descansa en la imparcialidad del órgano encargado de aplicar la ley, lo que significa que dicha garantía se convierte en el atributo que por excelencia debe tener un servidor público para que pueda considerarse como juez en un Estado de Derecho. Lo contrario es propio de los regímenes despóticos y arbitrarios, en dónde no impera el reino de las leyes sino el dominio de los príncipes representados en

las sociedades modernas por servidores públicos prepotentes que sólo siguen los dictados de su voluntad o capricho. (Corte Constitucional, C-600, 2011).

VII. La Superintendencia de Industria y comercio y las funciones jurisdiccionales.

El decreto 1050 de 1968 por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional, trata en su artículo primero sobre la integración de la rama ejecutiva del poder público a nivel nacional, entre los organismos que se encuentran adscritos a esta rama se encuentran taxativamente las Superintendencias, a su vez se encuentra que en el artículo cuarto profundiza sobre las superintendencias y aclara que son organismos adscritos a un ministerio que, dentro del marco de la autonomía administrativa y financiera que les señala la ley, cumplen algunas de las funciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, y las que la ley les asigna. El artículo 121 de la ley 489 de 1998 deroga expresamente el decreto 1050 de 1968, al tiempo el artículo 66 de esta misma norma redefine la organización y el funcionamiento de las superintendencias, manifestando que las superintendencias son organismos creados por la ley con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones de inspección y vigilancia atribuidas por la ley o mediante delegación que haga el Presidente de la República, previa autorización legal.

El artículo 115 Constitucional incluye a las superintendencias dentro de la rama ejecutiva del poder público. Así mismo el artículo 38 de la ley 489 de 1998 establece la integración de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional clasificando dicha integración en centralizada y descentralizada, de la primera hacen parte las superintendencias sin personería jurídica, mientras la segunda la integran las superintendencias con personería jurídica.

El título V de la Constitución Política de Colombia se encarga de delimitar la organización del Estado, consagra en artículo 113 que las ramas del poder público son la legislativa, la ejecutiva y la judicial, como se ha visto anteriormente, las superintendencias por mandato expreso del artículo 115 pertenece a la rama ejecutiva del poder público, teniendo en cuenta que cada una de las ramas del poder público cumple con funciones diferentes que garantizan la independencia aunque colaborando armónicamente. No obstante, no se

puede afirmar que esta colaboración armónica sea una permisibilidad para que alguna u otra rama del poder público se atribuya funciones que no le corresponden, el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, manifiesta expresamente la posibilidad de que excepcionalmente la ley le pueda atribuir funciones jurisdiccionales, en materias precisas a determinadas autoridades administrativas pero con la prohibición de adelantar la instrucción de sumarios y juzgar delitos.

Este planteamiento constitucional obedece a una evolución normativa desde la Constitución Política de 1886 donde ya se avizoraban planteamientos que propendían por cuestiones similares a las del texto Constitucional vigente. El artículo 61 de la Carta magna de 1886 prohibía expresamente que en tiempos de paz ninguna persona o corporación podía ejercer simultáneamente autoridad política o civil, la judicial o la militar, pero los artículos 27 y 107 de la misma carta magna manifestaban la excepción a este concepto. Posteriormente, en el artículo sexto del acto legislativo 01 de 1945, se hace evidente que resulta imposible mantener completamente separadas las ramas del poder público, puesto que las ramas del poder público deben colaborar armónicamente a la realización de los fines del Estado. Más tarde, y precisamente en cuanto a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) se refiere el decreto 4886 de 2011, por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones, se le concedieron poderes jurisdiccionales a dicha superintendencia consagrados en el artículo 21 de este decreto entre otras, a su vez el artículo 24 de la ley 1564 de 2012 (Código general del proceso) atribuyó nuevamente facultades jurisdiccionales a la SIC, la superintendencia de Industria y Comercio mediante resolución 74622 de 2013, se asigna las funciones jurisdiccionales que le atribuyeron las normas anteriormente mencionadas.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre la atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas, mediante sentencia C-1641/2000, expresó que La ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias no sólo se encuentren previamente determinados en la ley, sino que gocen de la independencia e imparcialidad propia de quien ejercita una función judicial.

Al respecto se aclara:

Prosiguiendo con el estudio de este tema profundizó el máximo órgano de lo constitucional al decir que, en primer término, es claro que este ejercicio jurisdiccional por autoridades no judiciales representa una excepción al reparto general de funciones entre las ramas del poder, por lo cual “su alcance es restrictivo: únicamente pueden administrar justicia aquellas autoridades administrativas determinadas de manera expresa por la ley, la cual debe indicar las materias precisas respecto de las cuales ello es posible”. Sin embargo, en segundo término, esta Corte ha precisado que ese carácter excepcional no significa que a las autoridades administrativas no se les puedan atribuir funciones jurisdiccionales permanentes, pues lo excepcional no es “aquello que no reviste el carácter de permanente” sino aquello que constituye una excepción de la regla común. Por ende, si “la regla común es el ejercicio de funciones administrativas por parte de las superintendencias, por lo cual la ejecución de funciones jurisdiccionales es excepcional. Lo que el constituyente quiso fue esta excepcionalidad, no la transitoriedad de dicho ejercicio. (Corte Constitucional, C-1641, 2000).

VIII. Competencia desleal.

A pesar de que en Colombia existe una nutrida normatividad que regula lo pertinente al derecho de la competencia, no se encuentra una definición expresa de lo que se debe entender por competencia desleal. El jurista Mauricio Velandia (2011), tomando características y elementos contenidos en la ley 256 de 1996, define la competencia desleal como “... aquella competencia que agrupa comportamientos malintencionados adelantados por personas comerciantes o partícipes de un mercado, cuyas consecuencias son el debilitamiento de una empresa o el fortalecimiento de otro, que no necesariamente debe ser el sujeto infractor” (p. 39). Complementa esta definición el profesor Velandia (2011) al manifestar que en materia de competencia desleal se salvaguarda la concurrencia de las empresas al mercado, es decir,

... el daño a la competitividad o el aprovechamiento indebido de esta, al tiempo argumenta que el régimen de competencia desleal es un régimen

de ordenación puesto que se pretende que el mercado esté ordenado para que quien sea elegido lo sea dentro de un ambiente de transparencia, sin trampas que hagan perder la credibilidad en el mercado, para el jurista existen dos afectaciones en el mercado la primera de ellas se da cuando un comerciante concurre de manera inapropiada al mercado, creando para sí un enriquecimiento sin justa causa derivado del uso del derecho ajeno, independientemente de si le causa daños a otros mientras que la segunda se da cuando afecta la concurrencia de un comerciante al mercado causándole daños. (p. 40).

Destaca Velandia que el régimen jurídico de deslealtad no pretende proteger a la empresa sino al mercado, dado que la empresa no es el bien jurídico, sino que su bien tutelado es la concurrencia, más específicamente la competitividad. Prosigue el letrado explicando que para que exista deslealtad no se requiere la presencia de daño a la propiedad privada, pues la deslealtad puede estar representada en un enriquecimiento sin justa causa o en un daño a la competitividad, tal como se indicó renglones atrás. En cuanto a los mecanismos para la protección contra competencia desleal, en el ordenamiento jurídico Colombiano existen dos clases de acciones, siendo la primera de ellas la acción declarativa y de condena que procura por remover los actos desleales que se presentaron dentro del mercado, así como indemnizar los perjuicios ocasionados como consecuencia del acto desleal:

... mientras que la segunda denominada acción preventiva o de prohibición parte de la base de una amenaza a la afectación de la competitividad de alguien, en particular del aprovechamiento indebido por el uso del derecho ajeno que genera enriquecimiento a alguien y a la vez amenaza la competitividad de otros. (Velandia, 2011, p. 40).

Es de especial importancia tener en cuenta que el artículo 24 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso), vigente desde el 12 de julio de 2012, le otorgó funciones jurisdiccionales a la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer de litigios relativos a presuntas infracciones a los derechos de propiedad industrial, siendo éste tema, junto con los litigios de consumidor y competencia desleal, los asuntos que hacen que la SIC haga parte del sistema judicial colombiano.

IX. Análisis de algunas medidas cautelares decretadas por la SIC. Caso P&G vs. UNILEVER auto 19799

Mediante auto número 19799 de fecha Abril 28 de 2014 decretado por la delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), se decreta una medida cautelar solicitada por la federación Colombiana de fútbol y Procter & Gamble Colombia LTDA contra Unilever Andina LTDA, en la cual se le ordena cesar de manera inmediata una estrategia promocional de UNILEVER para su detergente FAB que hace alusión a la selección de Fútbol Colombiana. La medida cautelar se adoptó con fundamento en el artículo 15 de la Ley 256 de 1996, según el cual se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio de la reputación comercial adquirida por otro en el mercado. La SIC dentro de sus consideraciones argumenta que la Federación Colombiana de Fútbol es en Colombia quien puede explotar económicamente todo lo relacionado con la selección Colombiana de Fútbol, entre ello se incluyen, marcas, distintivos, logotipos, etc. A su vez expresa que en virtud de esta potestad que tiene la federación son ellos quienes pueden celebrar contratos con terceros para que exploten económicamente estos distintivos, así las cosas la única autorizada para desarrollar actos publicitarios con distintivos alusivos a la Selección Colombiana de Fútbol es Procter & Gamble Colombia LTDA.

Según la SIC, en la actuación judicial, se demostró que presuntamente la sociedad UNILEVER ANDINA COLOMBIA LTDA lanzó al mercado una estrategia comercial consistente en identificar a sus impulsadoras que promocionan su producto “FAB a ensuciar la camiseta Edición Limitada” con la camiseta de la Selección Colombiana de Fútbol, sin contar con la autorización de la FEDERACIÓN COLOMBIANA DE FÚTBOL, en esta decisión que profiere la SIC no se evidencia en ninguna de las actuaciones procesales que se haya escuchado a Unilever Andina Colombia LTDA, es decir, que se otorgó la medida cautelar sin darle lugar a ejercer el derecho a la contradicción a la parte demandada, en igual sentido se evidencia dentro de la decisión un claro prejuzgamiento al otorgar la medida, puesto que la SIC en base al artículo 15 de la ley 256 de 1996 consideró preliminarmente que Unilever está obteniendo provecho económico de la reputación de la Federación Colombiana de Fútbol y por ello ordena cesar las medidas publicitarias para detener este provecho que se está adquiriendo por parte de Unilever sin la autorización necesaria, a la

vista fiscal resulta deducible después del análisis de la medida que la SIC se inclina a fallar a favor de la Federación en la decisión final, puesto que se deja ver desde la práctica de la medida un claro favorecimiento por proteger los derechos de estos, dado que la posibilidad del derecho de este se ve claramente beneficiado.

Caso UNILEVER vs. P&G auto 17921.

Por su parte, mediante auto número 17921 de Julio 10 de 2013 la SIC decreta una medida cautelar a favor de UNILEVER ANDINA COLOMBIA LTDA contra PROTECTER & GAMBLE LTDA en la cual se ordena suspender inmediatamente la presentación de dos comerciales televisivos del producto ARIEL (detergente producido por PROTECTER & GAMBLE LTDA). Como fundamento de la decisión judicial la SIC encontró, preliminarmente, que la información suministrada por el anunciante PROCTER & GAMBLE en los comerciales del producto ARIEL, en donde se compara con otros detergentes, no era lo suficientemente clara y podría generar confusión en el consumidor dándole la idea de que el producto al cual hace referencia la comparación en los comerciales es el detergente FAB, producido por UNILEVER.

Encuentra la SIC que en los comerciales se compara a ARIEL con otro detergente “de los más económicos”, ofreciendo como conclusión que ARIEL remueve las manchas en una sola lavada, mientras que el otro detergente lo hace en tres lavadas. Además, en los comerciales se presenta una “prueba” para demostrar que tal afirmación es verídica, lo que podría generar la idea en el consumidor de que ARIEL es científicamente mejor que “otros” detergentes (entre ellos, posiblemente FAB) en cuanto al quitado de las manchas, y que de acuerdo con las pruebas presentadas no tendría fundamento y configuraría los actos desleales de engaño y descredito. Se evidencia un estudio profundo por parte de la SIC para decretar esta medida cautelar, pues valora pruebas contundentes para dejar ver que lo que se pretende es engañar y desacreditar una de las marcas por parte de la otra, al tiempo que no se le da lugar a que ejerza el derecho a la contradicción sino que se decreta la medida que parece poner fin a la controversia, dado que si no existen los comerciales que supuestamente generan actos desleales no habría espacio para la discusión, es así que la SIC evidenció una apariencia de buen derecho tan arraigada a favor de una de las marcas que con la medida cautelar que otorgó se le puso fin en gran medida al litigio.

Caso materiales EMO vs. Colcerámica S.A.

La SIC mediante auto número 30723 del 25 de Octubre de 2013 decreta una medida cautelar a favor de Colcerámica S.A y en contra de Materiales EMO S.A.S mediante la cual le ordena a MATERIALES EMO S.A.S. suspender inmediatamente la comercialización de un sanitario por presuntamente infringir un diseño industrial (derecho de propiedad industrial) registrado ante la SIC por COLCERÁMICA S.A. Como fundamento de la decisión cautelar judicial, la SIC encontró, de forma preliminar, que MATERIALES EMO S.A.S. comercializa el sanitario de referencia FRESH en diferentes establecimientos de comercio de varias partes del país y a través de una página web, que presenta similitudes con el sanitario de referencia HAPPY de COLCERAMICA S.A., cuyo diseño industrial se encuentra protegido intelectualmente, en virtud del registro otorgado a COLCERÁMICA S.A. Según la SIC La medida cautelar tiene como finalidad prevenir la presunta infracción de un derecho de propiedad industrial, concretamente, un diseño industrial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 129 de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones³².

En la parte considerativa de la decisión se argumenta por parte de la SIC que la sociedad solicitante acreditó con un estudio de mercado, que al menos el 98% de los consumidores encuestados considera que los sanitarios de referencias FRESH de MATERIALES EMO S.A.S. y HAPPY de COLCERAMICA S.A. son similares, que el 68% de ellos considera que el grado de similitud es muy elevado y que el 58% piensa que el sanitario de referencia FRESH comercializado por MATERIALES EMO S.A.S., es de la misma marca o proviene del mismo fabricante que el sanitario de la referencia HAPPY fabricado y comercializado por COLCERAMICA S.A.. En esta decisión por parte de la SIC no se encuentra que se haya dejado ejercer el derecho a la contradicción a MATERIALES EMO S.A.S sino que se toma la decisión valorando solamente las pruebas que aporta COLCERAMICA S.A situación que es mas gravosa aún, dado que en la instancia procesal en la que se encuentra la valoración de la prueba aportada genera una dificultad mayor para MATERIALES E.M.O ejercer su defensa dentro del litigio, puesto que para la SIC el derecho de COLCERAMICAS es mas probable e incluso hace una inter-

32 Artículo 129.- El registro de un diseño industrial conferirá a su titular el derecho a excluir a terceros de la explotación del correspondiente diseño. En tal virtud, el titular del registro tendrá derecho a actuar contra cualquier tercero que sin su consentimiento fabrique, importe, ofrezca, introduzca en el comercio o utilice comercialmente productos que incorporen o reproduzcan el diseño industrial. El registro también confiere el derecho de actuar contra quien produzca o comercialice un producto cuyo diseño sólo presente diferencias secundarias con respecto al diseño protegido o cuya apariencia sea igual a ésta.

pretación de un artículo de una convención Internacional celebrada por Colombia, así las cosas, con las pruebas valoradas y la interpretación de normas hechas por la SIC sin dejar ejercer el derecho a la contradicción por parte de MATERIALES E.M.O se le pone en una situación más gravosa que a su contraparte y se le hace un prejuizgamiento dado que la están obligando a sacar del comercio uno de sus productos, decisión esta que debería ser la final y no otorgarse como una medida cautelar, que por demás deja la sensación de ser desproporcional.

Caso Atlantic Coal vs. Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla

Mediante Resolución 17505 del 12 de Abril de 2013 la SIC decide rechazar una medida cautelar solicitada por Atlantic Coal contra Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A argumenta la SIC que dentro del estudio para otorgar la medida encontró que Atlantic Coal ya no es propietaria ni poseedora a ningún título del inmueble PATIO DE CHATARRA (sobre el cual se pretende que recaigan las medidas cautelares) este despacho considera que no es procedente decretar una medida cautelar que ordene a Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A otorgar el acceso a Atlantic Coal a un inmueble que ya no es de su propiedad por cuanto ahora es de propiedad de Sociedad Portuaria Rio Grande S.A, mucho menos cuando Atlantic Coal en la actualidad no tiene ningún interés de obtener el ingreso al predio en mención. Asimismo, el hecho de que la sociedad investigada (sobre la cual recaería la medida cautelar) sea ahora propietaria a través de Sociedad Portuaria Rio Grande S.A del predio PATIO DE CHATARRA, hace que la medida cautelar resulte inocua, ya que la investigada tendría el control de todos los predios involucrados en la presente investigación, por lo cual el establecimiento de un acceso o servidumbre obligatorio sería redundante.

Por lo tanto, no se considera que existan suficientes elementos que permitan establecer los requisitos anotados en la presente Resolución para el decreto de medidas cautelares en materia de investigación por prácticas comerciales restrictivas. Lo anterior, en el entendido de que los supuestos de hecho que se configuran al momento de la solicitud han desaparecido en el tiempo, al igual que el interés que tenía Atlantic Coal de acceder al predio denominado PATIO DE CHATARRA, razón por la cual no resulta procedente proteger a través del decreto de una medida cautelar, un interés que en la actualidad es inexistente.

Al otorgar esta medida cautelar, existe una defensa por parte de Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A que se aporta dentro de la resolución, en la cual exponen los argumentos que pretenden hacer valer para que no se le otorguen las medidas cautelares a Atlantic Coal, las pruebas que se aportan pretenden dejar sin fundamento la petición de la medida, partiendo desde tres premisas como son la falta de legitimación para solicitar la medida cautelar, la segunda se fundamenta sobre la inexistencia de alguna infracción al régimen de protección de la competencia, para lo cual se aportan ocho pruebas documentales, por último argumentan que existe un contrato de transacción entre las partes mediante el cual ya se le puso fin a la controversia, contrato este que se encuentra en el expediente, de este modo se ve un estudio a profundidad por parte de la SIC dado que hace una profunda valoración de los elementos probatorios y genera en gran medida un fallo de fondo, puesto que en la parte considerativa efectivamente le otorga la razón a Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla sobre el punto de la falta de legitimación para actuar por parte de Atlantic Coal, encuentra que los supuestos de hechos que se configuraban para la solicitud de la medida cautelar han desaparecido, así que el interés de Atlantic Coal para acceder al predio también, queda claro que en la resolución de la medida cautelar se ha agotado el litigio, dado que según la SIC ya no existe ningún supuesto de hecho que acredite a Atlantic Coal a seguir adelante con la discusión.

X. Datos relevantes Superintendencia de Industria y comercio

Es de tener en cuenta que según la SIC En el año 2013 se presentaron 73 procesos judiciales relativos a presuntas infracciones a los derechos de propiedad industrial, de los cuales 16 ya terminaron mediante sentencia o acuerdo entre las partes (conciliación o transacción). La duración promedio de estos procesos es de 138 días (4,5 meses aprox.), lo que constituye un claro ejemplo de una administración de justicia pronta y oportuna, teniendo en cuenta que de acuerdo con el Informe del Doing Business del Banco Mundial, un proceso judicial tipo de los analizados en dicho estudio, en la rama judicial, tarda en Colombia en promedio 1.346 días (3.7 años). Incluso se argumenta por parte de la SIC que continúa adoptando decisiones judiciales con celeridad y prontitud, resolviendo medidas cautelares en litigios de propiedad industrial en un término promedio de cuarenta y ocho (48) horas³³.

33 www.sic.gov.co auto 4550 de 2014.

XI. Conclusiones

De conformidad los argumentos y evidencias con la investigación adelantada se puede establecer los siguientes puntos:

La inclusión de medidas cautelares innominadas en el ordenamiento jurídico colombiano es un acierto, por cuanto las necesidades de justicia en el caso concreto no se pueden limitar a un catálogo de procedimientos y actuaciones que el juez (o equivalente jurisdiccional para el caso de los procesos ventilados ante la SIC) puede llevar a cabo, es por ello, que en consonancia con la realidad litigiosa y procesal se puede afirmar que las medidas cautelares innominadas resultan siendo en últimas un avance que permite no solo salvaguardar los derechos de las partes en contienda sino que los dota de materialización y les brinda eficacia plena.

La imparcialidad e independencia no pueden solo ser predicados de los operadores vinculados a la rama jurisdiccional del Estado, ello quiere significar que organismos a los que se les ha dotado con funciones de impartir justicia que se encuentran vinculados a otra rama, v. gr. La ejecutiva, pueden perfectamente cumplir con estos atributos, siempre y cuando sean efectivo, tanto en el ámbito interno como el externo en el caso del principio de imparcialidad. En últimas, el hecho de pertenecer a una rama diferente de la judicial no implica, per se, y de manera automática la pérdida de imparcialidad e independencia de los funcionarios encargados de resolver los conflictos.

La inclusión de medidas cautelares innominadas apareja consigo una eficacia importante en la protección de los derechos de la parte presuntamente afectada con el proceder de la parte pasiva de la acción, esta eficacia en las decisiones de la SIC se ha visto acompañada de gran celeridad, los mencionados principios y fines³⁴ del proceso pueden entrar en conflicto con otros tantos, y, de manera específica con el principio³⁵ de igualdad, no obstante, por ello no se puede afirmar sin más que las medidas cautelares innominadas son violatorias de derechos fundamentales, puesto que cuando existe colisión de

34 No se debe olvidar que la gama de fines es amplia, uno de los más importantes (según el autor que se refiere es el institucional del proceso) es el de la verdad, en ese sentido Jordi Ferrer considera: "...sólo si el proceso judicial cumple la función de determinar la verdad de las proposiciones referidas a los hechos probados podrá el derecho tener éxito como mecanismo pensado para dirigir la conducta de sus destinatarios" EN Ferrer, B. J. (2007) *La valoración racional de la prueba*. (2ª ed.) Madrid: Marcial Pons. p. 30

35 Valor y derecho simultáneamente.

derechos se debe aplicar la proporcionalidad³⁶ como criterio de racionalidad para resolver la tensión y en ese sentido ha sido el legislador con su libertad de configuración quien ya ha determinado que en este evento la igualdad debe ceder ante otros derechos que juegan en sentido contrario y que son igualmente valiosos e importantes.

Si bien es cierto, para el otorgamiento de medidas cautelares se debe realizar un análisis superficial, se observó que la SIC en el estudio de la medida cautelar que se otorga a favor de Colcerámica S.A y en la que se niega a Atlantic Coal, aborda los asuntos con un nivel de profundidad tal que parece que se ha dirimido el litigio, esto es, la cosa de fondo por sobre la determinación de si hay o no lugar a la concesión de las medidas solicitadas.

La SIC ha utilizado ampliamente la potestad que le otorga el artículo 590 literal C del Código general del proceso, dado que se evidencia dentro de los autos y resoluciones mediante las cuales decreta medidas cautelares, que lo hace con la discrecionalidad y la autonomía que le confiere el mencionado artículo, dado que las medidas según la SIC pretenden prevenir un perjuicio irremediable para la parte que las solicita, evidenciando en las decisiones un estudio sobre las características de la apariencia de buen derecho y del peligro en mora que son requisitos fundamentales en el decreto de estas medidas.

La apariencia de buen derecho es una característica fundamental y problemática dentro de la aplicación de la medida cautelar, puesto que de no aplicarse bien, se puede incurrir en un prejuzgamiento dado que se pondría en una situación ventajosa a una parte sobre la otra, la SIC en la aplicación de dicha característica se extralimita, teniendo en cuenta que las medidas cautelares que otorgan como en el caso de Unilever y Procter & Gamble dejan al descubierto un inminente fallo de la SIC a favor de quien se otorga la medida cautelar.

El derecho de contradicción como expresión del derecho de defensa y a su vez perteneciente al derecho fundamental al debido proceso es imprescindible para el desarrollo del proceso, teniendo presente que el artículo 13 constitucional consagra la igualdad de las personas ante la ley, principio que se ve de-

³⁶ El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos en: Carbonell, M. (2008). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales EN *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (1ª ed.). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. p. 10.

sarrollado en la igualdad procesal de las partes, la SIC al otorgar las medidas cautelares y hacer un análisis de tanta profundidad de las pruebas que se le allegan vulnera este derecho de la parte accionada (de manera legítima por cuanto ha sido el legislador el que ha determinado la posibilidad de que ello sea así), dado que la somete a una decisión casi que de fondo en la cual solo se ha estudiado la posición de la parte accionante.

La participación de la SIC como una autoridad jurisdiccional le ha otorgado más celeridad a los procesos, desprendiéndose esta afirmación de las cifras que muestra la SIC, dado que se han reducido los tiempos para fallar casos determinados, el problema de esta celeridad radica esencialmente en que pueden eventualmente existir decisiones en las que por decidir de manera ágil y pronta se obvia el estudio de determinados hechos y pruebas, lo que podría también eventualmente derivar en decisiones parcializadas.

Al dotársele al operador con amplias facultades discrecionales, se puede argüir un activismo judicial desbordado y fuera del alcance de quien tradicionalmente ha sido el legitimado para regular conductas, esto es, el legislador³⁷; si bien es evidente que al existir medidas cautelares no reguladas el juez (para el caso concreto funcionario de la SIC) ello no implica arbitrariedad y para asegurar el sometimiento de las decisiones al imperio del derecho se le debe exigir al juzgador una carga argumentativa suficiente para justificar la decisión y la implementación de parámetros racionales para la aplicación de la misma, en ese sentido, nuevamente el principio de proporcionalidad³⁸ se erige como herramienta al alcance de los operadores para llevar a buen término su tarea.

Resolviendo la pregunta planteada se puede como corolario establecer que existe vulneración del principio de igualdad procesal en cabeza de la parte pasiva de la acción, sin embargo esta vulneración es legítima, por cuanto responde a la satisfacción de otros principios y derechos de la contraparte y que gozan para el caso en particular de mayor satisfacción. Respecto de la imparcialidad se puede aseverar que como principio no se ve afectado por el simple hecho de que las competencias de suyo jurisdiccionales hayan sido trasladadas a funcionarios de tipo administrativo, en esa línea, para poder

37 De esta posición ha sido el jurista Adolfo Alvarado Velloso.

38 No ya para determinar si las medidas cautelares innominadas son viables, ejercicio ya desarrollado por el legislador, sino para establecer si en el caso concreto se debe aplicar la solicitada teniendo en cuenta los derechos e intereses de las partes.

responder de manera clara al interrogante señalado se debe dar un margen más amplio de tiempo y estudiar numerosas decisiones con conocimiento de las condiciones en las que las partes se vieron envueltas.

Bibliografía

Azula, J. (2006). Javier. *Manual de derecho procesal*. (1ª ed.) Tomo I. Bogotá: Temis S.A.

Carbonell, M. (2008). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. EN *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. (1ª ed.) Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Carrillo, A. (1999). *Derecho privado Romano*. S.E., Málaga: Promotora Cultural Malagueña S.A.

Chioyenda, G. (1995). *Curso de derecho procesal civil*. (1ª ed.) México: Harla.

Ferrer, B. J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. (2ª ed.) Madrid: Marcial Pons..

García, E. (1981). *Medidas cautelares, introducción a su estudio*. Bogotá: Librería editorial el foro de la justicia.

Graham, L. (2010). Comentarios al artículo 26: Medidas cautelares. EN *Nuevo reglamento de arbitraje de la CNUDMI 2010*. S.E., Bogotá: Legis.

López, H. (2005) *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Tomo I. (9ª ed.) Bogotá: Dupré Editores.

Morales, E. (2010). Las medidas cautelares innominadas en el proceso civil venezolano. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad de Carabobo*, 8., 27-50.

Parra, J. (2013). Medidas Cautelares Innominadas. En *Memorias XXXIV Congreso Colombiano de derecho procesal* (pp. 340-368). Bogotá: Universidad Libre.

Quintero, B. (2008). *Teoría general del derecho procesal* (4ª ed.). Bogotá: Temis.

Ramos, F. (2010). *Las medidas cautelares en el proceso civil español*. [en línea]. Madrid. Disponible en:

[http://www.rya.es/articulos/las medidas cautelares en el proceso civil espanol.pdf](http://www.rya.es/articulos/las_medidas_cautelares_en_el_proceso_civil_espanol.pdf). [2014, 3 de junio].

Rangel, A. (2009). *Medidas Cautelares innominadas*. [en línea]. Bogotá: Universidad Libre. Disponible en:

<http://www.icdp.co/revista/articulos/8/MADIDAS%20CAUTELARES%20INNOMINADAS-%20ARISTIDES%20RANGEL%20ROMBERG.pdf>. [2014, 5 de junio].

Soulier, A. (2008). *La Imparcialidad del Juez no es un atributo inherente a su persona sino un desafío cotidiano en su Deber de Procesar y Juzgar*. [en línea]. Ponencia presentada al concurso de Jóvenes Abogados del XXI Encuentro Panamericano de Derecho Procesal. Cali. Disponible en:

http://www.institutoderechoprocesal.org/upload/biblio/contenidos/ZX_Soulier_Alejandro.pdf. [2014, Mayo 26].

Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del consumo*. (2ª ed.). Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.

Vescovi, E. (2006). *Teoría general del Proceso*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

Sentencias.

Corte Constitucional. Sentencia C-039/2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Colombia

Corte Constitucional. Sentencia C-1641/2000 M.P Alejandro Martínez Caballero. Colombia

Corte Constitucional. Sentencia C-221/2011 M.P Luis Ernesto Vargas Silva. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-379 2004 M.P Alfredo Beltrán Sierra. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-600/2011 M.P María Victoria Correa Calle. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-762/2009 M.P Juan Carlos Henao Pérez. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-818/2010 M.P Humberto Antonio Sierra Porto. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia C-835/2013 M.P Nilson Pinilla. Colombia.

Corte Constitucional. Sentencia SU-913/2013 M.P Juan Carlos Henao Pérez. Colombia.

Autos y resoluciones superintendencia.

Superintendencia de Industria y Comercio. Auto número 17921 de Julio 10 de 2013. Colombia.

Superintendencia de Industria y Comercio. Auto número 19799 de Abril 28 de 2014. Colombia.

Superintendencia de Industria y Comercio. Auto número 30723 de 25 de Octubre de 2013. Colombia.

Superintendencia de Industria y Comercio. Auto 4550 de 2014 2013. Colombia.

Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 17505 del 12 de Abril de 2013. Colombia.

Normatividad.

Código General del Proceso. (2012). Ley 1564 de 2012, Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012. Colombia

Constitución Política de Colombia. (1991). Edición especial preparada por la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa- CENDOJ- Edición 2013 Diagramación e impresión Imprenta Nacional. Colombia

Código de Procedimiento Civil. (2012). Venezuela.

Código de Procedimiento Civil. (1902). Ley 1552 del 30 de agosto de 1902. Chile.

Evolución del estatus jurídico de la protección animal en Alemania, Estados Unidos y Colombia

Jessica Paola Melo Parra

I. Introducción.

La historia de la humanidad está marcada por múltiples circunstancias que dan cuenta de la relación con los animales, dicha interacción muestra que ellos han sido usados por el ser humano como fuente de alimento, medio de transporte, entretenimiento, instrumento de investigación científica y militar, herramienta de trabajo, compañía, entre otros, evidenciándose una relación de carácter utilitarista y antropocentrista al considerar que cualquier uso es necesario, indispensable y plenamente justificado para los humanos.

Dichas relaciones en su mayoría han sido concebidas desde el *especismo*, término acuñado por Richard Ryder (citado por Cárdenas y Fajardo, 2007) y usado por Peter Singer (1999) en su obra “Liberación Animal”, aludiendo a que la “discriminación en base a la especie, es semejante al racismo”, es decir, es la concepción de superioridad basado en la diferencia de especies, por tanto, es considerado en la doctrina como un símil al racismo, sexismo, entre otras formas de discriminación, que subordinan a unos, limitando su posibilidad de tener al alcance garantías jurídicas. A pesar de lo anterior, gracias a posiciones pragmáticas, filosóficas y jurídicas se ha roto el paradigma especista, pues en la actualidad en diversos países se discute sobre los derechos de los animales y sobre su subjetividad jurídica.

Se destaca que según Giménez (2012), en los últimos años, la consideración de los derechos de los animales ha ido cambiando de ruta, viendo como resultado las transformaciones en ordenamientos jurídicos de algunos países, en Austria se cambió en 1986 el Tratado de Propiedad de su Código Civil (ABGB), estipulando que los animales “no son cosas”, en Alemania en 1990 se reformó en el mismo sentido el Código Civil (BGB) y luego Suiza lo hizo también en el 2000. Posteriormente en el 2008 se aprobó la ley de protección animal en Bulgaria, el Tratado de Lisboa ha incorporado a los animales como seres a los que nos une nuestra capacidad de sentir y sufrir, es decir, los

ha considerado seres sintientes, siendo a su vez un regulador del bienestar animal.

Es indudable que la ciencia jurídica es dinámica y que por tanto se transforma permanentemente, para el caso concreto de los animales ha sido gracias a múltiples esfuerzos de personas que se han atrevido a romper el paradigma antropocentrista, partiendo desde una discusión polémica, actual y compleja, que dejó de ser romántica a ser una discusión estructurada de carácter jurídico, filosófico, político y moral.

Aunado a lo mencionado, en este capítulo nos proponemos hacer una comparación sobre la normatividad, jurisprudencia y doctrina de Alemania, Estados Unidos y Colombia con el propósito de analizar la evolución del estatus jurídico de la protección animal. Por consiguiente, la investigación que dio origen a este texto es de carácter socio-jurídico de corte cualitativo, basado los preceptos del derecho comparado, a partir de la confrontación que se realiza entre los ordenamientos jurídicos, para determinar a través de la hermenéutica el estatus jurídico de la protección animal en los países objeto de estudio.

Según Galindo (1995) el derecho comparado permite crear y fortalecer criterios jurídicos a través del examen de los grandes sistemas jurídicos, su evolución, normatividad actual y las nuevas metas del derecho en la vida social contemporánea. Su propósito representa una marcada importancia pues además de obtener la redacción de la historia del derecho permite tener bases para las futuras legislaciones o para figuras foráneas, dando un mayor conocimiento jurídico y otorga un mayor criterio jurídico.

Por su parte, Bautista (2011) plantea que la hermenéutica es el encuentro interpretativo que posibilita el diálogo entre un texto y el lector que permite la comprensión los sentidos culturales que los investigadores construyen a partir de lo manifestado por los informantes sobre un fenómeno o sobre el objeto de estudio. Esta es la técnica de los métodos cualitativos que permite el análisis de una teoría a partir de la develación de la intención original del autor.

Como instrumentos metodológicos se desarrollaron matrices que permiten ver el comportamiento de las categorías en cada una de las unidades de trabajo de Estados Unidos, Alemania y Colombia.

Por lo mencionado anteriormente se deduce que para analizar el estatus jurídico de la protección animal, se requiere un proceso de interpretación de las normas, doctrina y jurisprudencia que permitan conocer el desarrollo histórico y la esencia o la naturaleza del legislador y del autor que pretende dar a conocer su postura frente a este tema, además de la interpretación que se debe realizar a la jurisprudencia que a la luz de la ciencia jurídica, actualiza permanentemente los derechos.

II. Antecedentes culturales, sociales y filosóficos.

Antes de ahondar en los ordenamientos jurídicos de Alemania, Estados Unidos y Colombia, es importante destacar antecedentes culturales, sociales y filosóficos.

Cárdenas y Fajardo (2007) destacan que diversas manifestaciones culturales tienen su raíz en la cosmovisión occidental que proviene del judaísmo y de Grecia antigua. Es indiscutible que la religión ha sido transversal al proceso histórico de la humanidad y en el caso del cristianismo se difundió la idea que sólo la vida humana es sagrada. En relación con Grecia, ha sido considerado como un punto de partida del desarrollo de la filosofía, del pensamiento y el conocimiento, por tanto, los griegos consideraban que todas las cosas del mundo visible tenían un propósito y que éste era de plena satisfacción del ser humano.

Socialmente, según Padilla y Manzano (2010) investigaciones criminológicas a nivel mundial han demostrado el estrecho vínculo entre el maltrato animal y la violencia infantil, intrafamiliar o de género, a su vez se ha confirmado que el respeto a los animales incide positivamente en la convivencia social.

Filosóficamente se han tenido diversas perspectivas, en el siglo XIV, por ejemplo, René Descartes dio un giro a la revolución científica y es considerado como el padre de la filosofía moderna, según Singer (1999) introdujo una idea que aún persiste en nuestra sociedad, explicó que Dios creó el concepto de alma solamente para la identificación del ser humano, considera que la conciencia es un estado exclusivo del ser humano ajeno a cualquier ser animal y consideró que los animales no son seres sintientes porque no experimentan placer ni dolor ni ninguna otra cosa, los concibe como máquinas

infinitamente complejas hechas por Dios, además de considerarlos incapaces de expresarse por medio de actos lingüísticos, correlativos a los nuestros, que puedan ofrecer evidencia de sus sentimientos, por ende no poseen conciencia ni derechos. (p.247).

A finales del siglo XIX, la teoría filosófica comenzó a reevaluar la condición jurídica de los animales. Ryder (citado por Cárdenas y Fajardo, 2007) dice que Arthur Schopenhauer en 1841, manifestó:

La suposición que los animales no tienen derecho, y la ilusión que nuestro tratamiento hacia ellos no tiene relevancia moral, es un positivo ejemplo de la crueldad occidental y de la barbarie. La compasión universal es solamente la garantía de la moralidad. (p.107).

Por lo tanto se considera que la connotación anterior fue un antecedente para que a finales del siglo XX, se realizaran cuestionamientos sobre el reconocimiento de los animales como sujetos de derecho y como titulares de protección jurídica por parte de los ordenamientos.

Peter Singer (citado por Padilla y Manzano, 2010) reivindica los derechos de los animales con base en consideraciones centradas en la universalidad de la ética, además define la sensibilidad como la condición necesaria para tener intereses, ya que la esencia del principio de igual consideración moral radica en conceder un mismo peso a los intereses semejantes de todos aquellos que se ven afectados por nuestras acciones, indicando que el principio de la igualdad de los seres humanos no es una descripción de una presunta igualdad real entre los humanos sino que es una prescripción de cómo debemos tratar los animales.

Tom Regan, (citado en Cárdenas y Fajardo (2007) construye la teoría de la subjetividad jurídica a partir de una perspectiva modificada de la ética deontológica kantiana y se concreta a partir de la evolución de los derechos humanos. Considera que la tesis del valor inherente de Kant debe ampliarse a todos los sujetos de vida derivando la condición de ser titular de derechos morales, los cuales, son intrínsecos e inmutables y constituyen una garantía fundamental, en la línea del jus-naturalismo. En forma contraria, existen los derechos legales, otorgados exclusivamente a las personas. Agrega otras razones para garantizar esta titularidad como algunas facultades similares (p.110).

A pesar de las posiciones divergentes, es claro que se ha construido un contexto histórico preponderante en relación con los animales, en la que hace ver normal el sometimiento de la fuerza y poder sobre otras formas de vida.

Hablar de los derechos para los animales no debe verse como una imposibilidad sino como la utopía (el lugar donde no se está), y es allí donde se debe participar para poder llegar a ese lugar que no ha sido posible llegar. Para comprender ésta visión se debe entender a la cultura como un organismo vivo que está cambiando constantemente, pues así como en tiempos anteriores el afrodescendiente era un esclavo, la mujer se privaba de condiciones que solo el hombre poseía, los grupos étnicos eran mirados desde una perspectiva degradante, los animales han sido considerados objetos; las cosas han cambiado porque estamos inmersos en la cultura y gracias a ella la sociedad está comenzando a comprender que los animales son seres sintientes.

Por tanto, ésta investigación aporta a la ciencia jurídica y sus investigadores que pretenden reivindicar los derechos de los que aún no son sujetos de derecho, siendo un fundamento teórico en la consolidación de los derechos emergentes del siglo XXI, como el derecho para los animales y por supuesto será útil para quienes han inspirado cada línea de ésta investigación, los animales no humanos.

II. Ordenamientos jurídicos de Estados Unidos, Alemania y Colombia.

Cárdenas y Fajardo (2007) explican que los países anglosajones como Gran Bretaña y Estados Unidos comparten características y son protagonistas en el trabajo de derecho relativo a los animales, sin embargo Estados Unidos concreta sus fuentes de derecho animal, a nivel federal en el Acta de Bienestar Animal de 1966 con sus enmiendas, entre otras que son estatutos federales que tienen aplicación y fuerza vinculante en todo el país.

Los autores destacan que Alemania en el 2002 se convirtió en la primera nación europea en realizar la gestión política para que desde el Congreso se aprobará y se incluyera la garantía de los derechos de los animales en su constitución, además de contemplar el maltrato animal como delito, considerando que existe un avance legal respecto de los animales debido al impulso armonizador de la legislación de la Unión Europea (UE), por lo que vale la pena tener un acercamiento al derecho comunitario desde una perspectiva de protección animal.

Cárdenas y Fajardo (2007) en su libro *El derecho de los animales*, hacen alusión a que los animales en Colombia no son sujetos derecho porque la cultura jurídica actual tiene como base estructuras antropocentrista de carácter teológico, filosófico y científico, apoyándose en los teóricos Steven Wise que explica que el origen del antropocentrismo ha creado una insuperable pared legal, que sitúa a los hombres en el espacio de la subjetividad donde se desarrolla el derecho y a los animales en una situación de simples objetos.

Ordenamiento jurídico anglosajón

Según Álvarez (1991) en Estados Unidos se desarrolla con el sistema de *common law*, basado en un sistema de precedentes en el que las decisiones anteriores son obligatorias al resolver casos futuros similares, sin embargo actualmente existe también un principio básico del sistema de Common Law que las leyes escritas prevalecen sobre las decisiones judiciales. El derecho es esencialmente jurisprudencial, la jurisprudencia alude al conjunto de decisiones judiciales llamadas (*case-law*). Por lo que se refiere a la regla de *Stare decisis*, la regla de la obligatoriedad del precedente judicial.

Estados Unidos posee un sistema judicial federal, cada estado tiene su propio sistema judicial estatal para decidir sobre los casos que conciernen a los residentes del estado y la ley estatal.

Ordenamiento jurídico romano-germánico

De acuerdo a González & Uribe (2004) el ordenamiento jurídico romano-germánico, se conoce como el derecho continental, donde la ciencia jurídica se ha construido sobre la base del derecho romano, español y católico, se caracteriza que el derecho sea escrito y legislado, lo que quiere decir que reposa en códigos. Para el caso concreto *Colombia y Alemania* pertenecen a este grupo.

Colombia es una república unitaria por lo que existe una jerarquía de normas que aplica a nivel nacional.

Alemania posee dos situaciones adicionales, la primera es tener un sistema judicial federal, cada estado tiene su propio sistema judicial estatal para decidir sobre los casos que conciernen a los residentes del estado y la ley estatal. La segunda situación es pertenecer a la comunidad europea, de acuerdo a Galindo (1995) el derecho comunitario europeo, es el conjunto de tratados

públicos suscritos por los Estados miembros de una comunidad económica o política, y de actos y de disposiciones similares expedidas por la autoridades comunitarias, con el fin de organizar sus relaciones políticas, comerciales y económicas. Es el derecho interno de una comunidad económica. Se trata de un nuevo ordenamiento jurídico que se aplica en los Estados miembros, adicionalmente a sus disposiciones nacionales.

III. Protección animal en Estados Unidos **Legislación de Estados Unidos**

La Constitución de Estados Unidos no menciona a los animales, pero la autoridad legal principal para el control de los animales es el gobierno a nivel estatal.

Por otro lado según el reporte “An overview of animal protection legislation” (Una mirada a la legislación de protección animal) de ANIMAL MOSAIC en Estados Unidos, hay varios niveles de legislación: las leyes federales que se aplican en todo el país y las leyes estatales se aplican solamente en el estado relevante; también existen estatutos, leyes a nivel de ciudad y leyes distritales. La ley federal solo puede consensuarse en aquellas áreas cubiertas por la Constitución, por ello, la mayoría de las leyes para la protección de los animales son a nivel estatal.

Según Robert Garner (Citado en Cárdenas y Fajardo, 2007) han existido intentos por crear legislación de protección animal en Estados Unidos e Irlanda desde el siglo XVII, pero sólo hasta el siglo XIX se consolidó una ley que protege los animales al menos de manera indirecta.

Estados Unidos concentra sus fuentes de derecho animal, a nivel federal en el Acta de Bienestar Animal de 1966 junto con sus enmiendas, en el Código de regulaciones Federales en la parte 9° de la versión revisada de 1999 y en el Acta para el sacrificio en condiciones humanas (Humane Slaughter Act) de 1958. Estas normas son consideradas estatutos federales que tienen aplicación y fuerza vinculante a lo largo del país. El AWA (Animal Welfare Act- Acta de Bienestar Animal), pretende controlar quien puede poseer o vender ciertos animales, las condiciones de vida, se prevén sanciones penales y multas.

De acuerdo a Tom Regan, Peter Singer y Richard Ryder (citados por Cárdenas y Fajardo, 2007) la legislación americana tiene un claro sustento especista, debido a que se les ofrece protección según su utilidad. Las conductas

violatorias del acta de 1966 brillan por su ausencia, solamente contempla propósitos y criterios generales que se buscan con el cumplimiento de dicha norma. La forma principal de hacer efectiva el Acta de Bienestar Animal es por medio el registro, solicitud y expedición de licencias de los sujetos activos quienes en su oficio diario se relacionan con los animales, la institución encargada de cumplir es el Departamento de Agricultura a través del Servicio de Inspección de salud de plantas y animales (APHIS).

A nivel estatal cada Estado ha desarrollado normas que propenden por la protección animal, para ello se trae a colación el “Reporte de nivel de las leyes de protección animal en Norteamérica 2012” (2012 U.S. Animal Protection Laws Rankings Report) realizado anualmente por el Fondo para la Defensa Legal de los Animales (Animal Legal Defend Fund) desde el 2006. Dicho reporte hace un compendio de las normas estatales de las 56 jurisdicciones y las categoriza conforme a una puntuación basada en 15 categorías revisando únicamente el contenido normativo no su aplicación. Este reporte de normas estudia alrededor de 4.000 leyes estatales.

Jurisprudencia en Estados Unidos

Según Francione (2000), han existido pronunciamientos de los tribunales respecto de las normas de protección animal, por lo que se hará alusión a algunos de ellos, de acuerdo a la información recopilada por él.

En *Murphy v. Mannig*, el tribunal advirtió: “indudablemente, no todo trato a un animal que le inflija dolor, incluido el gran dolor de la mutilación, y que en el significado corriente de la palabra sea cruel, está necesariamente prohibido por ninguna ley anticrueldad”.

En *Lewis v. Fermor*, el juzgado puntualizó que la crueldad

“...no significa meramente infligir dolor... La mayor parte del dolor se causa, por lo general, cuando la operación es necesaria, como en el caso de la cauterización que se emplea con los animales... Esto es tortura, y en cierto sentido puede llamarse cruel; pero en mi opinión, en este estatuto la palabra ‘cruelmente’ debe hacer referencia a algo hecho sin un fin legítimo”.

Los tribunales de justicia generalmente sostienen que cualquier trato que facilite el uso de los animales para un fin aceptado, de hecho, las leyes lo

consideran necesario. No se contraponen los intereses para determinar la legalidad del acto presuntamente cruel o la del uso del animal del cual es parte la crueldad; sino que se mira si la actividad que el acusado desea realizar es un uso institucional aceptado de los animales.

En *Bowyer v. Morgan*, el tribunal sentenció que marcar a los corderos en el hocico con un hierro ardiendo no transgredía la ley anti-crueldad porque, aunque fuera “cruel”, pues causaba dolor al animal, era “razonablemente necesario” para el fin de identificarles, y porque esa práctica había llegado a hacerse habitual en Gales.

En *Regalado v. United States*, Regalado se le declaró culpable de transgredir el estatuto anti-crueldad del distrito de Columbia por dar una paliza a un cachorro. Apeló arguyendo que la prueba era insuficiente para condenarle porque el estado no había probado que su intención fuera hacerle daño; aseguraba que solamente le educaba. El tribunal de apelación advirtió que el estatuto no indicaba que fuera necesaria ninguna disposición del ánimo en particular para la condena, y que el juez de primera instancia había dado instrucciones al jurado de que era necesario descubrir que Regalado había maltratado “intencionadamente” al cachorro. El tribunal sostenía que esto quería decir que el jurado tenía que comprobar que Regalado había previsto darle golpes con intención de hacerle daño o con una “disposición cruel” y reconoció que los estatutos anti-crueldad “no se hicieron para poner restricciones ilógicas a la imposición de dolor en esa circunstancia, pues puede que sea necesario para el adiestramiento o la educación de un animal”. Por lo tanto, el acto de pegar a un animal en sí mismo no confirma responsabilidad ante la ley; los golpes deben ir acompañados de “mala intención”. En resumen, no puede haber condena por la ley anti-crueldad, a no ser que el estado pueda probar que el acusado es un psicópata sádico. Aunque se ratificó la condena de Regalado, reconociendo: “una prueba de mala intención, generalmente será circunstancial y la línea entre castigo y crueldad frecuentemente será difícil de trazar”.

En vista de que está permitido producir un inmenso dolor a los animales para fines varios, incluido el castigo, se hace difícil entender que el estado pueda demostrar negligencia criminal al transgredir una ley anti-crueldad. El mismo acto puede protegerse o prohibirse dependiendo sólo de si forma parte de alguna institución aceptada de la explotación animal. Si alguien

mata a un gato en un microondas, prende fuego a un perro, deja que a un conejo le suba la temperatura hasta que le dé un ataque al corazón, corta la cabeza a animales conscientes o deja que sufran enfermedades graves sin tratamiento, son actuaciones que pueden transgredir las leyes anticrueldad, pero si un investigador realiza exactamente lo mismo como parte de un experimento en una universidad (y muchos investigadores han matado animales o les han hecho sufrir de esa misma manera u otras muy similares), la acción está protegida por la ley porque se supone que el investigador utiliza al animal para generar un beneficio.

Doctrina en Estados Unidos

Francione (2000), profesor de Derecho en la Universidad Rutgers de Nueva Jersey (Estados Unidos). Es especialista en derechos de los animales y uno de los pioneros en la teoría abolicionista de derechos de los animales no humanos.

Señala que las personas viven en una esquizofrenia moral en su relación con el resto de animales. Por una parte, tomamos los intereses de los animales no humanos en serio, hasta el punto de que muchas personas viven con animales a los que consideran como un miembro más de la familia, y atribuyéndoles un valor moral intrínseco. Por otra parte, a causa de que los animales no humanos son considerados una propiedad, las personas emplean un sinnúmero de productos de origen animal, y sólo tienen en cuenta a los animales no humanos cuando suponen un beneficio económico.

Considera que el pensamiento moral sobre los animales se desprenden de dos intuiciones y las dos implican el concepto de necesidad, es decir, en situaciones de verdadero conflicto entre los intereses de humanos y animales o en alguna situación crítica que obligue a elegir entre un humano y un animal –es decir, cuando sea necesario hacerlo– se deberían preferir los intereses del humano antes que los del animal. Por otro lado, los seres sintientes, tienen sus propios intereses, como mínimo, el interés en evitar el dolor y sufrimiento, por esto el interés se considera moralmente significativo y se acepta que no hay que infligir sufrimientos innecesarios a los animales (principio de trato humanitario), considerándose este último un principio del bienestar animal.

La única diferencia entre ellos y nosotros es la especie, y la especie sola no es un criterio moralmente relevante para excluir a los animales de la

comunidad moral, lo mismo que la raza no es una justificación para la esclavitud humana, ni el sexo justifica hacer a las mujeres propiedad de los maridos. El uso de la especie para justificar el estatus de propiedad es especismo, lo mismo que usar la raza o el sexo para justificar el estatus de propiedad de humanos es racismo o sexismo. Si se quiere que los intereses de los animales tengan relevancia moral, hay que tratar los casos parecidos de forma parecida, y no se puede tratar a los animales de una manera que no se estaría dispuesto a tratar a ningún humano.

Se cree que reconocer el estatus moral de los animales signifique que estemos obligados a tratar igual a animales y a humanos en todos los casos, o que haya que dar a los animales el derecho al voto, a poseer propiedades o a la educación. La postura de Gray Francione es que estamos obligados a extender a los animales un único derecho: el de no ser tratados como propiedad de los humanos.

IV. Protección animal en Alemania. Constitución o ley fundamental alemana

Según Cárdenas y Fajardo (2007) Alemania en el 2002 realizó la enmienda constitucional del artículo 20, literal “a”, comprometiendo a las tres ramas del poder público en la protección animal como una obligación positiva y explícita. A continuación se transcribe dicha enmienda.

También asumiendo su responsabilidad con las generaciones futuras, el Estado protege los cimientos de la vida natural y de los animales por medio del ejercicio del poder legislativo, en un contexto de orden constitucional y de los poderes ministerial y judicial, en las condiciones fijadas por la ley y el derecho (pág. 174).

Cárdenas y Fajardo (2007) hacen una observación, puesto que los animales no quedaron incluidos en los derechos fundamentales, sino que lo que se hizo fue comprometer a las tres ramas del poder público en la protección de la vida natural y explícitamente a los animales como una obligación positiva, explícita y además constitucional. Alemania se convirtió en el primer país de Europa en considerar la protección animal, como una obligación que compromete a todos los servidores públicos que conforman las ramas de la estructura del Estado en su constitución.

La fuerza vinculante de dicha norma es imperativa puesto que la disposición consignada en la norma fundamental del Estado implica que es de obligatorio acatamiento para todos los miembros del Estado, sean nacionales o no, a lo largo del territorio nacional y en particular para los servidores públicos, obligando a las autoridades estatales para ayudar al bienestar de los animales de muy alta prioridad en nuestras leyes y el sistema de valores.

Legislación en Alemania

Según Cárdenas y Fajardo (2007), la ley alemana de protección animal tiene un contenido muy similar a la del Reino Unido, debido a la influencia que este último país ejerce sobre las políticas de protección animal a lo largo del continente europeo, la misma protege al animal “en cuanto a tal” y sanciona la crueldad dolosamente infligida sin que medie una justa causa justificada. En Alemania existe la ley federal de protección animal de 1998 (Tierschutzgesetz), entre los que se destaca la penalización del maltrato animal.

Jurisprudencia en Alemania

Se revisa el documento de la compilación jurisprudencial elaborada por Schwabe (2009) sobre la jurisprudencia alemana más importante, se trae a colación la Sentencia BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts - Decisión de Jurisprudencia Constitucional) 104, 337 sobre [Degollamiento ritual de animales, Schächten].

La sentencia es producto de la actividad de un carnicero musulmán que degüella animales sin anestesia para posibilitar a sus clientes el consumo de carne según sus convicciones religiosas, la ley de protección animal tiene como propósito proteger la vida de los animales a partir de las responsabilidad de los seres humanos, por tanto ninguno puede infringir dolor, sufrimiento o daño a los animales sin motivo y la ley hace alusión que los animales de sangre caliente antes de su sacrificio deben ser anestesiados. Por otro lado las reglas del Islam explican que el sacrificio ritual indica que la muerte del animal debe producirse de manera rápida para evitar el sufrimiento, por esta razón se exceptúa la obligación de anestesiarlo, porque Alemania protege el ejercicio de una ocupación como derecho fundamental y posibilita la observancia de normas religiosas, de no hacer la excepción se estarían violentando derechos fundamentales y religiosos de las personas. Sin embargo es importante anotar que es importante desarrollar una regulación que de manera ponderada permita los derechos fundamentales y la protección de

los animales, para ello es importante un permiso especial pero asegurándose que las normas protectoras de animales sean cumplidas lo más posible.

En esta jurisprudencia se exceptúa el deber de protección animal con fundamento en la libertad religiosa, como derecho fundamental.

Doctrina en Alemania

Helmut F. Kaplan, filósofo y psicólogo, aboga por una ética simple, considera que la ética no es divisible, por tanto explica que pensar que los humanos son primero, es un pretexto sin argumentos para no hacer nada ni por los animales, ni por las personas. Considera que el movimiento de los derechos de los animales y humanos son una unidad, puesto que los intereses de una criatura no debe contar menos, solo porque es una criatura de diferente grupo, por tanto considera que la filosofía de los derechos de los animales no es crear nuevas teorías sino más bien para afinar nuestra visión a las existentes.

Generalmente la protección animal se ha basado en reformas o humanizaciones, pero realmente se pretende es la terminación o abolición de la explotación de los animales. Actualmente se considera que solo son merecedores de derechos aquellos que son autónomos, racionales y conscientes de sí mismos, pero simplemente no hay justificación racional para la práctica actual de negar los derechos de los animales. Sólo hay una ética simple, que nos dice cómo debemos tratar a los animales y a las personas.

V. Protección animal en Colombia.

Constitución en Colombia

La Constitución colombiana no contempla la protección animal expresamente, sin embargo se puede establecer la relación constitucional relacionada con el objeto de estudio.

El artículo 1 de la Constitución hace alusión a que Colombia es un Estado social de derecho “fundada en el respeto de la dignidad humana” teniendo esta relación jurisprudencial con la sentencia C-666 de 2010, puesto que este fallo explica que la dignidad es “elemento transversal del ordenamiento constitucional y parte axial de la concreción del concepto de persona dentro del Estado constitucional- no pueda ser ajeno a las relaciones que el ser humano mantiene con los otros seres sintientes”. En este orden de ideas se

fundamenta que “la dignidad de las personas tiene directa y principal relación con el ambiente en que se desarrolla su existencia, y de éste hacen parte los animales” concluyendo que esa es la raíz o la base de la protección que la Carta Magna ha incorporado respecto de los animales.

El artículo 2 hace referencia a los fines esenciales del Estado “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” y “asegurar la convivencia pacífica”. En este orden de ideas se detecta una estrecha relación con las garantías de los derechos, tales como la intimidad personal y familiar, el libre desarrollo de la personalidad consagrados en los artículos 15 y 16, respectivamente y fundamentado a su vez con la Sentencia T-035 de 1997, según la cual mantener un animal doméstico siempre que no ocasione perjuicios constituye un claro desarrollo del libre desarrollo de la personalidad, cuya protección la debe garantizar el Estado. Otro aspecto relacionado se refiere a la participación ciudadana relacionada también con el artículo 79 de la Constitución, donde se indica el derecho de las personas a gozar de un ambiente sano y donde la ley garantizara la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Asegurar la convivencia pacífica a través de la educación relacionada en el artículo 67 de la Constitución que debe fomentarse en el respeto a los derechos humanos, la paz, la democracia; y “para la protección del ambiente”.

La Constitución Nacional hace alusión también a los deberes de los colombianos consagrados en el artículo 95 y específicamente en el numeral 8 de dicho artículo, se refiere expresamente a proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano que según la sentencia C-666 de 2010 que, como se ha mencionado incluye a los animales o seres sintientes y por supuesto, la ley 84 de 1989 refuerza este deber de proteger a los animales en todo el territorio nacional, dando especial protección contra el sufrimiento y el dolor, causados directa o indirectamente por el hombre.

Legislación en Colombia

La legislación que regula la fauna es amplia y cubija a la fauna exótica, silvestre y doméstica, sin embargo, existe la ley 84 de 1989, por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Protección de los Animales y se crean unas contraven-

ciones y se regula lo referente a su procedimiento y competencia. Establece que los animales tendrán en todo el territorio nacional especial protección contra el sufrimiento y el dolor, causados directa o indirectamente por el hombre. Explica igualmente que la violación a las disposiciones contenidas son contravenciones, enunciadas en el artículo 6, como actos crueles contra los animales y el artículo 7 exceptúa a rejoneo, coleo, las corridas de toros, novilladas, corralejas, becerradas y tientas, así como las riñas de gallos de algunos actos de crueldad.

Jurisprudencia en Colombia

Aún no se puede construir una línea jurisprudencial puesto que el problema jurídico no se pudo alinear en las jurisprudencias encontradas y adicionalmente no son suficientes la sentencia de tutela para tener un criterio consolidado de la Corte Constitucional relacionado con la protección animal, los pronunciamientos son divergentes puesto que el tema fue abordado desde puntos de vista o circunstancias muy distantes. Es importante mencionar que se dará a conocer de forma general la posición de la Corte Constitucional a partir de sentencias de constitucionalidad y exponer algunos aspectos relevantes para el objeto de estudio a partir de sentencias de tutela.

Por otro lado se hará alusión a jurisprudencia del Consejo de Estado que también ha tenido importantes pronunciamientos alrededor de la protección animal.

De acuerdo a la jurisprudencia colombiana de la Corte Constitucional, es evidente la estrecha relación de los derechos fundamentales de las personas respecto de la convivencia con animales domésticos, resaltando el libre desarrollo de la personalidad que solamente se verá limitado a los derechos de otros y a dispositivos jurídicos, por tanto, cabe destacar que maltratar, agredir o afectar la integridad de los animales domésticos de las personas deberá ser un acto reprochable puesto que se estaría vulnerando un derecho fundamental, además de ser consecuente con el deber legal de las personas el buen trato hacia los animales. La Corte Constitucional es equilibrada al prever una situación en la que se protege el derecho al libre desarrollo de la personalidad de alguien en convivir con un animal doméstico a pesar de generar algunas molestias a otras personas, siempre y cuando se establezcan pautas que permitan establecer un equilibrio sin romper el derecho de ambos, tal como se sugiere a partir de regulaciones o requisitos. Respecto de la fauna doméstica

como los caballos y su sustitución como herramienta de trabajo debe hacerse de forma paulatina para no afectar a las personas que usan dichos medios.

La fauna silvestre colombiana es de propiedad del Estado por tanto, las personas no pueden ser sus propietarios. En este sentido la Corte Constitucional Colombiana le ha dado prelación a la protección del medio ambiente y de la fauna antes que el derecho al libre desarrollo de la personalidad, puesto que el derecho a un ambiente sano es deber de todos protegerlo y además un derecho para todos gozarlo, por otro lado, la Corte reitera que ya no se puede seguir viendo a los recursos naturales como elementos dispuestos solo para la explotación, puesto que su aprovechamiento debe ser limitado. La Corte considera fundamental que proteger los recursos naturales ya no sólo se hace con el propósito de salvaguardar la humanidad sino que se desde un punto de vista ontológico, es decir, en el que se considera que todos son integrantes del planeta y por tanto son dignos de la protección del Estado.

La Corte ha manifestado desde un punto de vista antropocentrista que la Constitución expresa que la violencia y los actos crueles se deben evitar solamente para las personas, por lo tanto, las corridas de toros o los espectáculos taurinos no pueden considerarse violentos, puesto que no se está atentando contra la integridad de las personas y además porque se reconoce que la actividad taurina hace parte de una cultura que, incluso, permite que los menores participen de estos actos bajo la responsabilidad de los adultos. Respecto de las escuelas taurinas la Corte considera que no corresponde a una política del Estado al no ser una de sus prioridades y consideró que no es deber legal del alcalde presidir un espectáculo privado como el festejo taurino.

La sentencia más importante en materia de protección animal es la sentencia C-666/10. La Corte Constitucional considera que la protección a los animales es una de las obligaciones que conlleva la dignidad humana, por ser una obligación de las personas pero también porque dichos actos se derivan de un estado social de derecho y del comportamiento que se espera de los sujetos que basan su posición en la dignidad humana, puesto que los animales hacen parte del contexto en el que se desarrolló la humanidad, argumentando que a una persona se le reconoce dignidad y por tanto debe comportarse moralmente, conforme a los parámetros de su comunidad y la constitución, además porque la superioridad racional del ser humano no puede significar la ausencia de límites para causar daño a los animales

o a los seres sintientes como aquí se los llama. El Estado tiene la obligación de no participar en ningún acto donde se genere maltrato animal y mucho menos podrá asumir un papel neutro o de abstención de la protección animal.

La protección animal tiene excepciones relacionadas con la libertad de culto, las costumbres alimenticias, la experimentación médica y las manifestaciones culturales, sin embargo, la Corte reitera que las manifestaciones culturales se deben armonizar con el deber de protección animal que tiene rango constitucional, considerando que la legislación privilegia de una manera desproporcional a las manifestación culturales que incluso implican maltrato animal. Por tanto la Corte explica que se deberán regular dichas manifestaciones para prevenir el sufrimiento y dolor propugnando que en el futuro se eliminen dichas conductas crueles. Resalta que el legislador, si así lo considera, podrá prohibir dichas manifestaciones si conceptúa que es más importante la protección animal. En tal sentido, la Corte ofrece unas limitaciones en las que se podrán desarrollar dichas actos culturales en los municipios donde sea tradición regular, periódica e ininterrumpida, y solo se podrán desarrollar en el momento que usualmente se hace y las autoridades municipales no podrán destinar dinero público a las construcción de instalaciones para la realización exclusiva de estas actividades.

Por otro lado, considera que no se puede seguir viendo a los animales como cosas animadas, sino como seres sintientes.

El Consejo de Estado también ha tenido pronunciamientos de gran relevancia para la protección animal.

A través de la sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, subsección C, del 23 de mayo de 2012, explica que el principio de dignidad es inherente a los seres vivos, reconociendo su valor y por lo tanto, su capacidad para ser titulares de derechos (v.gr. el derecho a no ser maltratado, el derecho a una muerte digna sin sufrimiento).

La misma corporación a través de la Sección Tercera, del 26 de noviembre de 2013, explica que los humanos pueden servirse de los animales para su supervivencia, para su compañía, para investigación, en actividades labora-

les o recreativas, pero sin vulnerar los derechos que les asisten, en especial, de no ser tratados simplemente como objetos o cosas, de no ser sometidos a tratos crueles, degradantes, a ser mantenidos en malas condiciones de salud y libertad, a su sacrificio con el menor dolor y sufrimiento posible, a jornadas laborales adecuadas con condiciones que respeten su integridad y descanso, a no ser objeto de sufrimientos innecesarios cuando se experimente con ellos en el campo científico, a garantizar un mínimo de libertad y espacio, a garantizar su adecuada alimentación y cuidado. Adicionalmente establece que a través de la acción popular cualquier persona puede solicitar su protección actuando como agente oficioso de esas entidades sin afirmar que es un derecho colectivo, sino que es el reconocimiento expreso por parte del Constituyente y del legislador colombiano de atribuir valor en sí mismos a los animales y especies vegetales y por lo tanto no es necesario que los animales o las especies vegetales sean consideradas personas jurídicas o morales para que puedan comparecer a la administración de justicia en busca de que se protejan sus derechos reconocidos por la propia comunidad, ya que existen los mecanismos procesales constitucionales idóneos para garantizar el amparo de los respectivos derechos.

El Consejo de Estado a través de la Sección Cuarta en diciembre de 2014, se pronunció frente a la sentencia anterior indicando que en Colombia existe el derecho fundamental a la investigación y que éste está estrechamente vinculado con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, indicando además que el uso de animales en la investigación científica tiene por objeto salvar la vida de las personas sin que ello justifique que se abuse cruelmente de los animales, que además deberá ser supervisado y sancionado.

Se indica que la subjetividad jurídica del ser humano justifica la experimentación en animales siempre y cuando se apegue a la norma existente y con respeto a la vida, en este sentido, deja sin efectos la sentencia anterior, sin embargo será la Sección Quinta del Consejo de Estado la que tendrá que aclarar cuál de los dos fallos deberá ser revocado.

Doctrina en Colombia

Conforme a la investigación de Cárdenas y Fajardo (2007) en Colombia los animales no son sujetos derecho porque la cultura jurídica actual tiene como base estructuras antropocentristas, apoyándose en el teórico Steven Wise que explica que el origen del antropocentrismo ha hecho una insuperable

pared legal, que sitúa a los hombres en el espacio de la subjetividad donde se desarrolla el derecho y a los animales en una situación de simples objetos. Dicha negación de la subjetividad jurídica es tridimensional por su carácter filosófico, religioso y científico. Desde el punto de vista religioso la iglesia católica ha interpretado un poderío ilimitado sobre los animales, quienes fueron creados para su servicio en condiciones de subalternidad. Desde una perspectiva filosófica con los aportes de René Descartes que consideraba a los animales como maquinas, Carl Cohen quien considera que el ser humano es el único facultado para realizar reclamos morales válidos y por tanto los intereses de los animales están por debajo de las personas.

Por lo anterior, se ha considerado que el uso de los animales cualquiera que sea su forma es necesaria, indispensable y plenamente justificada para los miembros de la especie humana, sin embargo se ha planteado que los animales pueden ser susceptibles de tener subjetividad jurídica, argumentándose con los siguientes elementos: a pesar que los animales son objeto de derecho, los humanos tiene obligaciones positivas y negativas frente a los mismos. Otra posición son los derechos animales e intereses animales, donde Richard Ryder otorga subjetividad jurídica animal a partir del reconocimiento de la capacidad de experimentar dolor. Tom Regan considera que son sujetos de vida partiendo de un discurso neokantiano en el que los animales tienen un valor inherente, entre otras posiciones.

VI. Conclusiones.

A partir de los desarrollos que hemos venido exponiendo a lo largo de este capítulo, se pueden establecer las siguientes conclusiones:

- i) Colombia puede adoptar algunas medidas de los ordenamientos jurídicos de Alemania y Estados Unidos para mejorar su desempeño, sin embargo se destaca que el ordenamiento jurídico colombiano al menos desde su contenido, ha tenido un desarrollo destacado en los últimos años frente a la protección animal que incluso ha llegado a debatir sobre la cercanía de la subjetividad jurídica de los animales, se han endilgado derechos a los animales, así como mecanismos constitucionales para hacer efectivos sus derechos.
- ii) En Colombia hay un amplio desarrollo normativo relacionado con la protección animal, sin embargo se han evidenciado déficits puesto que

- se regula conforme al beneficio que los animales ofrecen a las personas, tal es el caso de la fauna silvestre cuya protección se fundamenta por la importancia ecosistémica y para el mantenimiento de la biodiversidad. De la misma manera sucede con las manifestaciones culturales taurinas en la que son exceptuadas del deber de protección animal.
- iii) La Corte Constitucional Colombiana ha aportado a elevar el estatus de la protección animal, indicando que la protección animal es un deber de rango constitucional tanto del Estado como de las personas al estar inmerso en la garantía del derecho a un ambiente sano. Adicionalmente ha enfatizado que ya no es concebible considerar a los animales como cosas que están a la plena disposición del ser humano, sino que se deben considerar seres sintientes que tienen una protección reforzada. Por lo anterior, se destaca un vacío normativo en Código Civil Colombiano que no ha sido reformado en su articulado en que se consideran a los animales como bienes muebles.
- iv) El Consejo de Estado Colombiano ha revolucionado la subjetividad jurídica de los animales, indicando que no es necesario considerarlos personas jurídicas o morales, puesto que son titulares de un mecanismo constitucional (acción popular), para la protección de los derechos que les asisten, que podrá ser ejercida por cualquier persona como agente oficioso. Adicionalmente ha manifestado que los animales son susceptibles de ser titulares de algunos derechos, si bien los humanos pueden servirse de los animales, no se puede vulnerar los derechos de los animales (no ser tratados simplemente como objetos o cosas, de no ser sometidos a tratos crueles, degradantes, a ser mantenidos en malas condiciones de salud y libertad, a su sacrificio con el menor dolor y sufrimiento posible, a jornadas laborales adecuadas con condiciones que respeten su integridad y descanso, a no ser objeto de sufrimientos innecesarios cuando se experimente con ellos en el campo científico, a garantizar un mínimo de libertad y espacio, a garantizar su adecuada alimentación y cuidado).
- v) La jurisprudencia en Colombia, ha establecido límites del deber de protección animal a los hábitos alimenticios, libertad de culto, investigación científica y las manifestaciones culturales que se exceptúan en el estatuto de protección animal, sin embargo ha dejado en cabeza del legislador la responsabilidad de prohibir o perpetuar manifestaciones

-
- culturales que maltratan los animales.
- vi) Desde la revisión doctrinal en Colombia, no existe mucho desarrollo pero la información existente cubre aspectos en los que se cuenta con documentación de derecho comparado entre otros desarrollos conceptuales, considerando que en Colombia los animales aún no son sujetos de derecho por la negación de carácter científico, religioso y cultural de la idiosincrasia colombiana.
- vii) Es evidente la actual fragilidad jurídica en la que se encuentran los animales, pues en diferentes secciones de una misma corporación (Consejo de Estado) en tan solo un año se presentan conceptos divergentes y que transforman por completo las figuras jurídicas de la protección animal, pues de una parte se endilgan los derechos a los animales y un mecanismo constitucional para su protección y de otra parte se deja sin efecto la anterior posibilidad a través de un pronunciamiento.
- viii) El estatus jurídico de la protección animal en Colombia ha pasado por varias etapas y se evidencia su evolución, éste pasó de tener un estatus normativo para ser de carácter constitucional gracias a la interpretación jurisprudencial. En este sentido entre los tres países Colombia es vanguardista en jurisprudencia relacionada con la protección animal.
- ix) En Alemania la base del ordenamiento jurídico relacionado con los animales es la ética, por tanto, a pesar que los animales en el marco normativo son considerados como cosas, son considerados objeto de protección porque se debe evitar su sufrimiento sin justa causa y es penalizado el maltrato animal.
- x) Desde el punto de vista jurisprudencial alemán, existe una excepción a la protección animal para ponderar el derecho de la libertad de culto que representa un derecho fundamental en Alemania.
- xi) En la doctrina alemana no hay mucho desarrollo pero lo hallado hace alusión a la ética como fundamento del desarrollo del ordenamiento jurídico relacionado con los animales.
- xii) La evolución del estatus jurídico de la protección animal es de rango

constitucional por la reforma en la Ley Fundamental Alemana en el año 2002 siendo entre los tres países el que lleva la vanguardia por expresar en la norma de normas la protección de los animales.

- xiii) En Estados Unidos el desarrollo normativo es amplio en cada uno de los estados y por supuesto es autónomo en cada uno de los mismos, sin embargo la protección de los animales pareciera ser irrelevante frente a la protección de los intereses de las personas, puesto que la protección se proporciona conforme a los intereses o la utilidad que los animales representan para las personas, en especial, cuando los animales hacen parte de la propiedad de las personas, puesto que allí siguen siendo considerados legalmente como bienes muebles o cosas.
- xiv) Desde el punto de vista jurisprudencial norteamericano no se evidencian cambios frente al desarrollo normativo pues se sigue manteniendo la concepción de la protección animal ponderando los beneficios de las personas.
- xv) La evolución del estatus jurídico en Estados Unidos ha sido gracias al desarrollo doctrinal pues diversos autores han desarrollado posturas alrededor de la protección animal, algunos radicales u otros neutros pero siempre pretendiendo garantizar la subjetividad jurídica y por supuesto los derechos de los animales desde una figura jurídica autónoma además de considerar a los animales como seres sintientes; En este sentido entre los tres países Estados Unidos es vanguardista en proponer diferentes posibilidades para la subjetividad jurídica de los animales.

Bibliografía

Animals rights.

Visión sobre el acta para el sacrificio en condiciones. [en línea].

Lin, D. Disponible en:

<http://animalrights.about.com/od/animallaverview-Of-The-Humane-Slaughter-Act.htm> [2012]. (Original en inglés)

Asamblea Nacional Constituyente. (1991).

Constitución política de Colombia de 1991. [en línea]. Disponible en:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> [2012]

Bautista, N.P. (2011). *Proceso de la investigación cualitativa. Bogotá. Manual moderno.*

Boletín oficial federal I S.1105 (1998, 25 de mayo).

Ley federal de protección animal. [en línea]. Disponible en:

http://www.uni-mainz.de/FB/Medizin/nc-patho/tiersch/01_03.htm [2013]

Cárdenas, A., Fajardo, R. (2007). *El derecho de los animales. (1a ed)* Bogotá. Legis. Centro legal e histórico de los animales. (2002).

Breve Resumen de la Ley de Bienestar Animal. [en línea]. Frave, D. Michigan State University College of Law. Disponible en:

<https://www.animallaw.info/article/overview-us-animal-welfare-act> [2013] (Original en inglés)

Centro Para la Educación Jurídica Interamericana. (1991).

Introducción al sistema jurídica de los estados unidos de américa. [en línea].

ALVAREZ, J. J. Disponible en:

<http://www.juridicainteramericana.org/lista-de-cursos/64-introduccion-al-sistema-juridico-de-los-estados-unidos-de-america> [2013]

Congreso de Colombia. (1887). Ley 57 de 1887. Código Civil Colombiano. [en línea]. Disponible en:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html [2012]

Congreso de Colombia. (1989, 27 de diciembre). Ley 84 de 1989.

Estatuto Nacional de protección a los animales.

Diario Oficial 39120 de diciembre 27 de 1989. [en línea]. Disponible en:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8242>
[2012].

Congreso de la República. (2000, 24 de julio). Ley 599 de 2000. Código Penal Colombiano. *Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000*. [en línea]. Disponible en:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html [2012]

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Subsección C. (2012, mayo). [en línea].
Consejero ponente: BOTERO, E.G. Disponible en:
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48092> [2012].

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Subsección C. (2013, noviembre). [en línea].
Consejero ponente: BOTERO, E.G. Disponible en:
<http://www.derechoanimal.info/bbdd/Documentos/1334.pdf> [2014].

Consejo de Estado. Sala de lo contencioso administrativo. Sección cuarta (2014, diciembre). [en línea].
Consejera ponente: ORTIZ, C.T. Disponible en:
<http://consejo-estado.vlex.com.co/vid/556743334> [2015].

Corte Constitucional de Colombia. (2010, agosto). *Sentencia C-666/10*. [en línea].
Magistrado Ponente: SIERRA, H.A.P. Disponible en:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-666-10.htm> [2012].

Francione. G. (2000). *Introducción a los derechos animales ¿Tu hijo o el perro?* [en línea]. Filadelfia. Disponible en:
<https://es.scribd.com/doc/138467786/INTRODUCCION-A-LOS-DEREC-HOS-ANIMALES-FINAL> [2013].

Fondo Para La Defensa Legal De Los Animales. (2012). *Reporte de nivel de las leyes de protección animal de EE.UU, la comparación de la fuerza general y*

la integralidad. [en línea]. Estados Unidos. Disponible en:
<http://aldf.org/custom/rankings/ALDF2012USRankingsReport.pdf>.
[2013, diciembre]. (Original en inglés)

Galindo, J.C. (1995). *Manual de derecho europeo de sociedades*. Colombia. Pontificia Universidad Javeriana.

Giménez, T. (2010). *A la búsqueda de un régimen jurídico animal*. [en línea]. Universidad Autónoma de Barcelona. Disponible en:
<http://www.derechoanimal.info/esp/page/2081/a-la-busqueda-de-un-regimen-juridico-anim> [2012]

Kaplan, H. Derechos de los animales y ética. [en línea]. Disponible en:
<http://www.tierrechte-kaplan.org/index.html> [2013].

Mosaico animal. (2009). *Capítulo 7, Legislación de protección animal*. [en línea]. Disponible en:
http://www.animalmosaic.org/Images/An%20overview%20of%20animal%20protection%20legislation_English_tcm46-28491.pdf [2013].
(Original en inglés)

Padilla, A., Manzano, S. *Proyecto de acuerdo N°37 de 2011. Por el cual se dictan lineamientos para la formulación de la política pública de protección animal para el Distrito Capital y se dictan otras disposiciones*. Bogotá. [2012]

Schwabe, J. (2009) *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas*. [en línea]. Alemania. Konrad - Adenauer - Stiftung Disponible en:
http://www.kas.de/wf/doc/kas_16817-544-4-30.pdf [2013]

Singer, P. (1999). *Liberación animal*. (2a ed) España. Editorial Trotta S.A.

Tribunal Constitucional Alemán. (Bundesverfassungsgerichts). *Sentencia 104, 337* [en línea]. Disponible en:
<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv104337.html#Rn002> [2014]

Uribe, A., González, D. (2004). *Introducción al derecho: Teoría. General*. Pereira. Prixma.

Los autores

Andrés Fernando Mejía Restrepo

Abogado de la Universidad Libre seccional Pereira (2007), con título homologado a Licenciado en Derecho por la Universidad de Málaga (España) (2009), especialista en derecho procesal contemporáneo de la Universidad de Medellín (2011) y Magíster en derecho procesal de la misma institución (2012); especialista en administración de la Universidad EAFIT (2014) y candidato a Magíster en administración (MBA) de la misma institución. Ha realizado múltiples seminarios y diplomados entre los que se destacan: Diplomado en derechos humanos y desarrollo local realizado en la Universidad Rey Juan Carlos (España) (2009) y un Certificate of mastery in Justice otorgado por Harvard University, HarvardX through edX (2013). Se ha desempeñado como docente en las áreas de Filosofía del derecho, introducción al derecho, hermenéutica jurídica y argumentación jurídica en la Fundación Universitaria del Área Andina y como gerente en la sociedad Construcciones C.I.R. desde 2010.

E-mail: amejia3@areandina.edu.co

Juan Camilo Rave Restrepo.

Abogado egresado de la Universidad Libre de Pereira y Magister en Gestión Pública de la Universidad Nacional de Rosario. Exbecario Roberto Carri del Ministerio de Educación de la República Argentina y el Consejo de Decanos de Facultades de Ciencias Sociales y Humanas. Actualmente se desempeña como profesor de pregrado y posgrado en el programa de Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y Humanísticas de la Fundación Universitaria del Área Andina. También es catedrático del Departamento de Humanidades de la Universidad Tecnológica de Pereira. Lo anterior en el área de la Filosofía del Derecho, los Derechos Humanos y las Políticas Públicas. El profesor Juan Camilo Rave es asesor del Comité de Derechos Humanos del Municipio de Pereira y ha participado en investigaciones sobre derechos humanos y políticas públicas, con especial énfasis en las políticas públicas de género y diversidad sexual.

E-mail: jreve2@areandina.edu.co

Carlos Eduardo Saraza Gómez.

Ingeniero de Sistemas de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia “UNAD”. Estudiante de IX semestre del programa de Derecho en la Fundación Universitaria del Área Andina Seccional Pereira, miembro del Semillero de Investigación de Derecho Procesal de la misma institución, con el cual ha participado con diferentes ponencias en nodos de investigación locales, regionales y nacionales. Fungió como investigador y ponente en el Concurso Internacional de Semilleros de Investigación en el marco del Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de Medellín en el año 2013. Participante de la vigésima versión del Concurso Interamericano de Derechos Humanos celebrado en Washington. Ha ejercido como docente catedrático de la Universidad de Santa Rosa de Cabal “UNISARC”.

E-mail: cesaraza@estudiantes.areandina.edu.co

Cristian Horacio Jaramillo.

Estudiante VIII semestre Programa de derecho Fundación Universitaria del Área Andina seccional Pereira, ponente en el XV Concurso Internacional para Estudiantes de Derecho nivel Pregrado en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Participante de la vigésima versión del Concurso Interamericano de Derechos Humanos celebrado en Washington.

E-mail: chjaramillo@estudiantes.areandina.edu.co

Jessica Paola Melo Parra.

Ingeniera Ambiental de la Universidad Libre Seccional Pereira y Abogada de la Fundación Universitaria del Área Andina, Seccional Pereira. Ha participado como ponente en foros regionales de Derecho, así como en encuentros de semilleros de investigación con ponencias acerca del proceso histórico y conceptual del Derecho Ambiental en Colombia, llegando a ocupar el primer puesto en el VI Foro de Estudiantes de Derecho del Eje Cafetero. Ha sido co-promotora y gestora del Acuerdo Municipal de Pereira n° 38 de 2011 “Por medio del cual se determinan los lineamientos de planeación para la formulación de una política pública de protección animal en el municipio de Pereira y se dictan otras disposiciones”, a través de la asociación UPPAA, y es cofundadora y representante legal de la Asociación UPPAA (Unión Para la Protección Animal y Ambiental).

E-mail: jessicapaolameloparra@gmail.com

Esta obra se terminó de imprimir en el mes de marzo de 2016,
Tipo Minion Pro – 12 puntos, sobre papel Holmen book de 60 gramos
Bogotá D.C, Colombia.

