

DISSÊRTUM

La expresión de lo justo...



Universidad de
La Sabana



Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de La Sabana

Dirección:

Stefanny Justinico Moreno (estudiante de Derecho)

Coordinación Profesoral

Diana María Gómez Hoyos

Consejo Editorial

Paula Andrea Roa Sánchez (estudiante de Derecho).

Geraldine Bustos (estudiante de Ciencias Políticas).

Daniel Higuera (estudiante de Derecho)

Comité Extranjero:

María José Camacho Tejerina. Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Bolivia.

Cristina León Contreras. Universidad de Sevilla. España.

Francisco Huarte Petite. Universidad Austral. Argentina.

Lucas Borrego Silvy. Universidad Austral. Argentina.

Ángela Nathalia Sánchez Mendoza. Universidad de Winnipeg, Canadá.

Cristian Arias. Universidad de Winnipeg, Canadá

Séptima edición virtual: enero-junio de 2014.

ISSN: 2344-8180.

Edición, diseño, diagramación y publicación electrónica

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Editorial 5

Artículos de investigación 7

9	La extrema dificultad de ejecución sobreviniente: estudio comparativo de la teoría de la imprevisión y la <i>doctrine of impracticability</i> Sebastián Durán Méndez
34	La precarización de la división de poderes en la argentina: la positivización del decreto delegado Tomás Mariano Guisado Litterio
53	La protección jurídica de la democracia en América del sur Nahuel Adrian Banegas Romañach
68	La desfiguración del contrato colectivo sindical: nueva forma de intermediación John Sebastián Pinilla Gutiérrez
83	Derecho a la indexación de la primera mesada pensional como centro de discusión entre las altas cortes María Camila Coral Pérez, Camilo Ernesto Ortega Rodríguez, Juan Sebastián Rodríguez Figueroa
99	Procedencia de la acción de tutela contra los dictámenes que profieren las juntas de calificación de invalidez a nivel regional y nacional Elsy Lorena Ortega Cuaichar

Artículos de reflexión 113

115	La lucha por los derechos civiles Ana Gabriela Leca Pérez
120	Constructing cuba's identity A reflection of the United States national interest in the 20 th century Juana María Páez Forero
126	El silencio en el palacio Ariel Andrés Sánchez Rojas
139	Influencia de los medios de comunicación en la política criminal "populismo punitivo" María José Cortés Ortiz

Entrevista 153

155	El deber de información en la relación de consumo y su correspondencia con la metrología legal. Alejandro Gómez Giraldo. Stefanny Justinico Moreno
-----	---



Editorial

En esta ocasión me corresponde redactar esta editorial, como profesora coordinadora de la revista virtual de estudiantes Dissêrtum.

Es para mí motivo de orgullo estar al frente de esta publicación desde hace varios años y notar cómo se consolida día tras día. La primera edición impresa data del año 1993 y estuvo a cargo de Gabriel Mora Restrepo que en esa época cursaba los últimos semestres de la Carrera de Derecho, y quien actualmente es un destacado abogado.

Hubo cinco (5) ediciones impresas, la última bajo la dirección del hoy connotado penalista David Espinosa Acuña. Y después de muchísimos años, otro estudiante, José Julián Suárez Rodríguez-profesor de nuestra Facultad, con un prominente futuro- junto con varios estudiantes, da vida en mayo de 2010 a la primera edición virtual de la revista, que desde ese momento ininterrumpidamente se publica.

En este número el lector encontrará importantes aportes investigativos sobre la teoría de la imprevisión, la división de poderes en Argentina, la democracia en América del Sur, el contrato colectivo sindical, la indexación de la primera mesada pensional, la acción de tutela contra dictámenes de las Juntas de Calificación de Invalidez, así como interesantes reflexiones relacionadas con Martin Luther King Jr, el holocausto del Palacio de Justicia, la influencia de los medios de comunicación en la política criminal y la construcción de la identidad de Cuba, interés de Estados Unidos en el siglo XX. También tenemos una entrevista realizada al **Superintendente Delegado para el Control y Verificación de los Reglamentos Técnicos y Metrología Legal de la Superintendencia de Industria y Comercio**, sobre el deber de información en la relación de consumo y su correspondencia con la metrología legal.

Sea esta la ocasión para agradecer a Julián David Ruiz Rondan quien dirigió la revista hasta hace poco tiempo y que con su orientación, la publica-



ción tuvo significativos avances como la consecución del ISSN y la creación del comité extranjero integrado por estudiantes de universidades de diversos países. A Julián David, graduado hace pocas semanas, le auguramos muchos éxitos en la nueva etapa que está comenzando.

Damos la bienvenida a la estudiante de Derecho Stefanny Justinico Moreno, que reemplaza a Ju-

lián David a partir de este número y quien igual que él, se destaca por su compromiso, seriedad y responsabilidad.

No hay duda de que este número 7 será de gran provecho para todos los lectores que quieran conocer temas de actualidad, desde el punto de vista de estudiantes de pregrado de Derecho y de Ciencias Políticas, que con rigor abordan distintos tópicos.

Diana María Gómez Hoyos

Profesora coordinadora

Revista de estudiantes Dissêrtum



Artículos de investigación



La extrema dificultad de ejecución sobreviniente: estudio comparativo de la teoría de la imprevisión y la *doctrine of impracticability*

Sebastián Durán Méndez*

RESUMEN

La teoría de la imprevisión es una institución mediante la cual se le da una especial importancia a las circunstancias en las que las partes de un contrato deciden obligarse. Bajo esta teoría, cuando la ejecución de un contrato de duración se vuelve excesivamente onerosa debido a sucesos imprevisibles, la parte afectada puede solicitar la revisión del contrato en aras de restablecer el equilibrio económico contractual. Sin embargo, en Colombia, la aplicación de esta teoría ha sido restringida debido a la tradición jurídica del país. Ante esta situación, el objetivo del presente texto es indagar bajo qué parámetros una extrema dificultad de ejecución sobreviniente puede alterar la obligatoriedad de un vínculo contractual y, consecuentemente, se hace procedente la teoría de la imprevisión. Para tales efectos, recurrimos al funcionalismo comparatista como metodología de estudio.

PALABRAS CLAVE

Extrema dificultad de ejecución sobreviniente, imprevisión, impracticabilidad, funcionalismo comparatista.

ABSTRACT

The theory of unforeseeability (*teoría de la imprevisión*) is an institution in which more importance is placed on the circumstances in which the parties of a contract decide to promise. Under this theory, when the obligations of a long term contract become excessive as a result of unforeseen circumstances, the affected party may seek review of the contract in order to reestablish a contractual economic equilibrium. Nonetheless, in Colombia, the application of this theory has been restricted under the legal tradition of the country. In this situation, the goal of this text is to inspect the parameters under which the supervening extreme difficulty of performance can alter a contractual relationship, and, consequently theory of unforeseeability turns applicable. For this purpose, we resort to comparative functionalism as study methodology.

KEYWORDS

Supervening extreme difficulty of performance, unforeseeability, impracticability, comparative functionalism.

SUMARIO

Introducción. 1. Presupuestos fácticos que fundamentan el estudio: la problemática de la extrema dificultad de ejecución sobreviniente y sus ejes esenciales. 1.1 El contrato válido, oneroso y de duración prolongada en el tiempo. 1.2 El suceso imprevisto e imprevisible. 1.3 La excesiva onerosidad. 1.4 La inimputabilidad del suceso a la parte afectada. 2. Tratamiento jurídico de la extrema dificultad de ejecución sobreviniente en el derecho estadounidense y en el derecho colombiano. 2.1 *Doctrine of impracticability* como institución mediante la cual se puede afrontar la extrema dificultad de ejecución sobreviniente en el derecho estadounidense. 2.1.1 Desarrollo y evolución: *doctrine of impossibility* y *doctrine of frustration of purpose*. 2.1.2 Requisitos para su procedencia y algunos efectos de su aplicación. 2.2 La teoría de la imprevisión como institución dispuesta para afrontar la extrema dificultad de ejecución sobreviniente en el derecho colombiano. 2.2.1 Desarrollo y evolución de la teoría de la imprevisión en Colombia. 2.2.2 Requisitos de procedencia de la teoría. 3. Aportes del ejercicio comparativo en cuanto al estudio de los requisitos de procedencia de la teoría de la imprevisión. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

El contrato, entendido como fenómeno social de especial importancia para distintos campos del saber, ha sido ampliamente estudiado y desarrollado por las ciencias jurídicas. Desde tal aproximación, se ha reconocido al contrato como un instituto capaz de generar efectos jurídicos; con una función positiva y normativa que impacta directamente en la vida socioeconómica de los individuos¹. Por tal razón, bajo el tratamiento legal de dicho instituto, ha sido una constante asegurar el cumplimiento estricto de las promesas contractuales, incluso por

medios coercitivos². Sin embargo, al estudiar con detenimiento la naturaleza social y económica del contrato, se hace evidente que el carácter intangible de tal instituto puede verse cuestionado cuando la función práctica proyectada por la autonomía privada se ve perturbada por circunstancias ajenas e imprevisibles³.

Visto en detalle, si tenemos en cuenta que el contrato es un instituto que pretende darle seguridad a las relaciones derivadas de la voluntad de individuos que persiguen intereses personales⁴; entonces vale la pena cuestionarse qué relevancia tiene el hecho que el cumplimiento de obligaciones contractuales no represente un beneficio para las partes. En concreto, la problemática que justifica el análisis a realizar en el presente texto surge con el acaecimiento de sucesos extraordinarios e inesperados que, si bien no imposibilitan la ejecución del contrato, generan un desequilibrio excesivo entre las prestaciones pactadas en detrimento de una de las partes. Tal conflicto será abordado desde el concepto de '*extrema dificultad de ejecución sobreviniente*', expresión que adoptamos con la intención de establecer una referencia funcional e independiente de conceptos jurídicos.

En el ordenamiento colombiano, al tratarse el problema de la extrema dificultad de ejecución sobreviniente, debemos remitirnos a la denominada teoría de la imprevisión. Esta teoría, a pesar de los esfuerzos doctrinarios por identificar sus principales aspectos, ha tenido una aplicación restricta debido a la tradición exegética y de respeto absoluto al carácter normativo del contrato⁵. En tal contexto, es imperativo que, más allá de un análisis descriptivo de la teoría, se intenten dilucidar criterios para la aplicación de la misma. Por esta razón, el objetivo del presente texto es indagar bajo qué parámetros una extrema dificultad de ejecución sobreviniente puede alterar la obligatoriedad de un vínculo contractual, lo que a su vez nos permitirá dilucidar los requisitos de procedencia de la teoría y proponer una crítica a la forma tradicional de acercarse a la misma. Para tales efectos, a manera de herramienta metodológica acudimos al derecho comparado,

particularmente al método del funcionalismo comparativista desarrollado por Zweigert y Kötz en su texto *An introduction to comparative law*⁶.

En desarrollo de lo anterior, el texto se dividirá en tres partes principales: en la primera realizaremos un acercamiento funcional a la problemática desde el análisis de los presupuestos fácticos esenciales del conflicto. En la segunda parte, abordaremos las instituciones que responden a la problemática en el sistema colombiano y el norteamericano, y realizaremos un análisis general de la regulación que dichos sistemas adoptan en concreto. En la tercera parte, explicaremos los aportes del ejercicio comparativo y, simultáneamente, propondremos algunos criterios relevantes para responder al interrogante sobre los parámetros de aplicabilidad de la teoría de la imprevisión. Para finalizar, reiteraremos los principales aspectos del estudio a modo de conclusión.

5. Presupuestos fácticos que fundamentan el estudio: el problema de la extrema dificultad de ejecución sobreviniente y sus ejes esenciales

Para entrar en materia, es preciso explicitar el problema que representa el reconocimiento de consecuencias jurídicas a una extrema dificultad de ejecución sobreviniente. Como es conocido, el contrato es considerado fuente principal de las obligaciones⁷, toda vez que implica una serie de concesiones mutuas para la satisfacción de intereses personales (de lo cual deriva su naturaleza normativa)⁸. De hecho, el contrato, como institución jurídica, ha estado determinado históricamente por la máxima *pacta sunt servanda*, la cual prescribe que los contratos deben ser ejecutados en términos absolutos⁹. Esta regla ha sido dotada de un carácter sacrosanto, por lo que la autonomía privada se ha constituido como uno de los principales instrumentos de regulación social¹⁰,

lo que además puede constatarse con la equiparación de la fuerza vinculante de la voluntad privada a la de la ley¹¹.

Sin embargo, la aplicación estricta de la máxima mencionada plantea diversas problemáticas. Particularmente, si tenemos como presupuesto que las partes, para lograr la satisfacción de los intereses personales, pactan un programa prestacional determinado por el objeto contractual¹²; cuando la ejecución del programa prestacional se ve alterada profundamente, a tal punto que desborda los límites establecidos por los intereses de los contratantes, el cumplimiento de la relación obligacional puede resultar contrario al fundamento volitivo que da nacimiento al contrato como fuente de obligaciones. Esta idea está contenida, de cierta manera, en la cláusula *rebus sic stantibus*, la cual prescribe que las partes deben cumplir sus obligaciones siempre que se mantenga el estado original de las cosas¹³. No obstante, el alcance de dicha cláusula está sujeto a una serie de supuestos fácticos que configuran el conflicto planteado. Por tal razón, a continuación intentamos dilucidar tales presupuestos esenciales que permiten establecer, funcionalmente, la relevancia del problema de extrema dificultad de ejecución sobreviniente.

5.2 El contrato válido, oneroso y de duración prolongada en el tiempo

De acuerdo a lo desarrollado, la pregunta por la extrema dificultad de ejecución sobreviniente surge cuando el cumplimiento de una obligación contractual, a pesar de ser posible materialmente, resulta extremadamente lesivo para una de las partes¹⁴. Entonces, si tenemos en cuenta que la ejecución del contrato está determinada por el programa prestacional pactado, resulta evidente que el principal criterio para calificar una extrema dificultad de dar cumplimiento al contrato es la confrontación entre las prestaciones concedidas recíprocamente. Lo anterior nos muestra que una

dificultad de cumplimiento tiene relevancia sólo en aquellas relaciones contractuales de carácter oneroso, pues sólo en éstas tiene relevancia determinar si es extremadamente dificultoso su cumplimiento debido a que una o varias de las prestaciones se vuelven excesivamente gravosas para una de las partes¹⁵. Esto dado que en los contratos gratuitos una de las partes decide gravarse sin ningún tipo de recompensa, lo que imposibilita establecer un desequilibrio prestacional.

En el mismo orden de ideas, la extrema dificultad de cumplimiento adquiere importancia cuando el contexto que circunscribe la ejecución del contrato no guarda relación con la voluntad que le dio origen al mismo, lo que introduce la necesidad de diferenciar temporalmente la celebración del contrato y su ejecución¹⁶. Por esta razón, es necesario que la situación que dificulta de manera extrema la realización de determinada prestación sea sobreviniente, es decir, que la prestación se vuelva excesivamente gravosa durante la ejecución del contrato¹⁷. Así pues, la extrema dificultad de cumplimiento obtiene trascendencia jurídica cuando la ejecución del contrato o de ciertas obligaciones no se ha realizado enteramente¹⁸, bien sea por la naturaleza de la operación negocial, o porque la ejecución se difirió en el tiempo, cuando se establecieron periodos determinados con el mismo objetivo, o cuando la ejecución del contrato se realizaría sucesivamente.

Partiendo de enfoques adversos, es decir, si la extrema dificultad de cumplimiento no se analizara durante el periodo de ejecución sino en otro momento cronológico, se desnaturalizarían los efectos que puede tener tal concepto en la fuerza obligatoria del vínculo contractual. En efecto, debemos tener en cuenta que el lapso temporal sobre el que recae una dificultad de ejecución es un criterio determinante para establecer una diferenciación de distintas problemáticas, lo que supondría la existencia de diferentes institutos¹⁹. Por ejemplo, si la obligación contractual fue ya cumplida, todo desequilibrio prestacional consumado se configura como un supuesto para una posible

reparación o restitución económica²⁰, lo cual no plantea conflicto alguno con la obligatoriedad de la promesa contractual.

1.2. El suceso imprevisto e imprevisible

Ahora bien, al referirnos a una extrema dificultad de ejecución sobreviniente, necesariamente debe mediar un acontecimiento que fundamente dicha situación. Tal suceso debe ser ajeno a la voluntad de las partes para justificar una interferencia en la seguridad que el derecho le otorga a la autonomía privada como fuente generadora de obligaciones²¹. Visto en detalle, si se tiene en cuenta que las partes deciden obligarse con base en un cálculo sobre el transcurso futuro de los hechos, sólo aquellas situaciones que bajo un estudio diligente eran imprevistas y consecuentemente no formaron parte del cálculo adquieren relevancia²² en la determinación de una extrema dificultad de ejecución sobreviniente. Por ello, el acontecimiento sobreviniente del cual se deriva una dificultad extrema de ejecución debe ser imprevisto, lo que implica una valoración objetiva de las previsiones razonables de los contratantes. Además, debe haber sido imprevisto al momento de la celebración del contrato, lo que implica una valoración subjetiva de la conducta de las partes.

En concreto, el hecho sobreviniente puede calificarse como imprevisto cuando los conocimientos y técnicas disponibles hacían inviable conocer la realización del suceso²³. Ello implica un examen objetivo sobre la naturaleza del hecho, y un análisis circunscrito a los conocimientos de las partes sobre las probabilidades de que el mismo sucediera. Además de esto, la imprevisión puede concretarse incluso cuando los efectos de determinado suceso conocido o previsto desbordan las conjeturas realizadas diligentemente²⁴. Así pues, son imprevistos los hechos que, por su extraordinariedad, las partes no pudieron predecir con base en

las probabilidades. Igualmente son imprevisibles los efectos inesperados y extremadamente lesivos de sucesos concebidos como probables²⁵.

Consecutivamente, una vez establecida la imprevisibilidad del suceso, debe evidenciarse que el mismo, en efecto, fue imprevisto por las partes; aun cuando durante la formación del contrato éstas conservaron una actitud diligente. Esto significa que la evaluación en concreto del suceso imprevisible debe estar acompañada por un análisis subjetivo de la naturaleza, los conocimientos y la situación de las partes²⁶. Lo anterior permite afirmar que la calificación de un suceso como imprevisible no puede darse *a priori*, sino mediante un análisis caso a caso²⁷.

1.3. La excesiva onerosidad

En adición a lo expuesto, el suceso imprevisible debe reunir unas características especiales para justificar una alteración de obligaciones contractuales o modificar la ejecución de las mismas. Esto significa que el hecho originario de la extrema dificultad de ejecución sobreviniente debe tener un impacto real en sinalagma que fundamenta la relación contractual²⁸. Entonces, la dificultad sobreviniente e imprevisible adquiere relevancia cuando el suceso estudiado tiene la entidad suficiente para alterar las consideraciones que motivaron el contrato y, por ende, para generar un desequilibrio extremo en las prestaciones que fundamentan la onerosidad del contrato²⁹. De allí se deriva que el hecho imprevisible debe generar una excesiva onerosidad para una de las partes³⁰.

En desarrollo de lo dicho, es fundamental señalar que la prestación permeada por el suceso imprevisto debe calificarse como desproporcionadamente exorbitante en relación a lo pactado inicialmente³¹. Por lo tanto, las cargas asumidas por las partes, las cuales comprenden los actos que demande el transcurso normal de las cosas, no pueden tenerse como excesivamente onerosas³².

En este punto, es necesario señalar que, conforme a las circunstancias propias de la economía de mercado actual, la mayoría de los negocios, especialmente los de larga duración, implican ciertos riesgos³³. Así pues, los gravámenes que debe asumir una de las partes como consecuencia de los riesgos en los que incurre al momento de celebrar un negocio no pueden ser parte de los supuestos fácticos que configuran la excesiva onerosidad³⁴. De ahí que un mero encarecimiento de una prestación no se considere un criterio idóneo para establecer si el gravamen debido es exorbitantemente lesivo³⁵. Por el contrario, la excesiva onerosidad implica una grave alteración del equilibrio prestacional, una alteración que va más allá de las conjeturas razonables realizadas por las partes y desborda el espectro o *alea* normal de los riesgos que cubre el contrato³⁶.

Bajo la anterior premisa, es importante determinar sobre qué tipo de contrato se predica la dificultad extrema, pues esto nos da ciertos parámetros acerca del *alea* normal del negocio y, por ende, de los riesgos que las partes asumen en función de la autonomía privada³⁷. En este sentido, podemos afirmar que el criterio principal al momento de evaluar la excesiva onerosidad respecto de los riesgos contractuales es la gravedad del hecho que la fundamenta. En otras palabras, la modificación prestacional que genera el hecho imprevisto debe implicar un esfuerzo desproporcionado para la parte afectada y, al mismo tiempo, debe incidir directamente en el contrato³⁸. En vista de esto, la evaluación de la gravedad del suceso debe ser objetiva, lo que implica que el estudio de la excesiva onerosidad sea procedente tras la confrontación del hecho agravante y la prestación en sí misma³⁹. El análisis de onerosidad no debe recaer sobre las consecuencias subjetivas que implica para la parte afectada, pues no se trata de justificar un mal negocio⁴⁰. En contraste, se predica la excesiva onerosidad respecto de la prestación vista ontológicamente en relación a la contraprestación que se tiene como equivalente.

1.4. La inimputabilidad del suceso a la parte afectada

A partir de lo estudiado, se hace notorio que el suceso que reúne las características de imprevisibilidad y onerosidad, debe ser ajeno a la voluntad de las partes. Como fue señalado al momento de estudiar la imprevisibilidad del hecho, dicha calificación implica un examen objetivo sobre la naturaleza del acontecimiento y la verificación de la omisión del mismo en las consideraciones contractuales en un contexto de diligencia de las partes. De forma similar, cuando estudiamos la excesiva onerosidad se sostuvo que los riesgos asumidos voluntariamente por las partes no pueden configurar la excesiva gravedad del hecho. En consecuencia, dado que las partes deben actuar diligentemente en cuanto a la previsión de sucesos futuros y deben afrontar las contingencias que asumen voluntaria y razonablemente, entonces las circunstancias imprevistas y generadoras de la excesiva onerosidad deben ser inimputables a las partes.

El supuesto mencionado guarda una estrecha relación con los anteriores, no obstante tiene la importancia necesaria para ser estudiado individualmente. En efecto, es aceptado que el suceso imprevisto debe ser externo a las partes, por lo que no puede ser fruto del dolo o la culpa de estas⁴¹. Sin embargo, esta evaluación de diligencia va más allá de la previsión durante la formación del contrato y estudia la culpabilidad de una de las partes como causa eficiente del acontecimiento ocurrido⁴². En este orden de ideas, el hecho sobreviniente no puede derivar del dolo de la parte que lo alega, pues ello implicaría que ésta intencionalmente propició el acaecimiento del suceso de mala fe⁴³ y, consecuentemente, la planeación del mismo desnaturalizaría la imprevisibilidad del hecho como eje esencial. Así mismo, tal como ya se dijo, el hecho imprevisto debe ser extraordinario y debe ser evaluado objetivamente para efectos de determinar la excesiva onerosidad derivada del

mismo. Por ello, si media una actitud negligente o una omisión de la parte afectada, el suceso pierde su naturaleza extraordinaria y adquiere una calificación subjetiva. Adicionalmente, esto implica, también, que el hecho sobreviniente no adquiere relevancia cuando se presenta durante la mora *debitoris* o *creditoris* de la parte en cuestión⁴⁴.

En síntesis, cuando para una de las partes de un contrato resulte extremadamente difícil ejecutar una obligación pactada, dicha situación tiene trascendencia jurídica toda vez que: I. Medie la existencia de un contrato válido y oneroso, de ejecución diferida, periódica, o sucesiva. II. Se presente un hecho imprevisto objetivamente, y que este haya sido imprevisto en un contexto de actitud diligente de las partes. III. El hecho imprevisto genere una excesiva onerosidad para una de las partes. IV. Que el suceso imprevisto y agravante sea inimputable a la parte afectada.

2. Tratamiento jurídico de la extrema dificultad de ejecución sobreviniente en el derecho estadounidense y colombiano

Una vez delimitado el concepto de extrema dificultad de ejecución sobreviniente como aquel conflicto que surge con el acaecimiento de sucesos extraordinarios que si bien no imposibilitan la ejecución de un contrato, sí generan un desequilibrio excesivo entre las prestaciones pactadas en detrimento de una de las partes; y tras dilucidar los ejes esenciales de tal problemática, contamos con un marco funcional que permite abordar el tratamiento jurídico del problema desde una perspectiva comparada. Esta condición es fundamental para nuestro estudio, puesto que nos permite diferenciar el conflicto estudiado de situaciones como la imposibilidad de ejecución, o la mala fe de las partes durante la formación del contrato.

2.1 *Doctrine of impracticability* como institución mediante la cual se puede afrontar la extrema dificultad de ejecución sobreviniente en el derecho estadounidense

El *common law* estadounidense ha afrontado de manera prudente el impacto que puede tener una extrema dificultad de ejecución sobreviniente en lo que a la ejecución de un contrato respecta. En efecto, el desarrollo histórico del derecho contractual en Estados Unidos le ha otorgado gran importancia a la fuerza vinculante del contrato, lo cual ha estado determinado por la injerencia significativa que ha tenido en este sistema la aplicación de la regla *pacta sunt servanda*⁴⁵.

Dicha situación puede tener diversas explicaciones, como la gran importancia que en la cultura norteamericana se le asigna a la libertad de las personas mediante el principio de *freedom of contract*; o la herencia recibida del *common law* inglés, sistema en el que el desarrollo de contenidos como el de la *doctrine of absolute contracts* le otorgan de un carácter sacramental al contrato, por lo que la ejecución del mismo no se puede verse interferida por ningún tipo de injerencia externa⁴⁶.

En dicho contexto, las medidas jurídicas que se han implementado en Estados Unidos para afrontar supuestos de extrema dificultad de ejecución sobreviniente han variado de forma progresiva; han pasado por una perspectiva restrictiva en la que se negaban los efectos que puede tener dicha problemática en la protección legal de las promesas contractuales e incluso han desarrollado reglas que atenúan el carácter pético de las obligaciones.

2.1.1 Desarrollo y evolución: *doctrine of impossibility* y *doctrine of frustration of purpose*

En un primer momento, en el *common law*, en términos generales, no se aceptaba ningún tipo de desviaciones o excusas en cuanto al cumplimiento de las obligaciones contractuales. Por el contrario, estas debían cumplirse según el tenor de las estipulaciones conforme a la *doctrine of absolute liability in contracts*⁴⁷. En este sentido, uno de los precedentes más influyentes, y de relevancia para nuestro estudio, fue el sentado en el caso inglés *Paradine vs. Jane*⁴⁸. En dicha oportunidad, la Corte sostuvo que “*when the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract*”⁴⁹.

Pero, la restrictiva aplicación de la *doctrine of absolute liability*, se mostró inadecuada, por lo cual las Cortes empezaron a desarrollar la *theory of the implied condition*⁵⁰. En términos generales, dicha teoría sostenía que, en ausencia de un señalamiento referente a la dificultad de cumplimiento por el acaecimiento de determinadas circunstancias, debían buscarse en el contrato condiciones implícitas para establecer y limitar las obligaciones contraídas por el promitente⁵¹. Esta idea está contenida de manera especial en el caso *Taylor vs. Cadwell*⁵², en el que estableció la regla jurídica de que la destrucción de algún objeto o circunstancia específica excusaba al promitente de su cumplimiento⁵³. Con este precedente se perfeccionó la *doctrine of impossibility*, la cual se fundamentaba en la idea de que las Cortes, en atención a la *theory of the implied condition*, lo único que hacían era interpretar y ejecutar la intención de las partes⁵⁴. Bajo esta doctrina, se evitaba el planteamiento de un conflicto respecto de la regla *pacta sunt servanda*, pero se excusaba el incumplimiento en eventos de destrucción del objeto o muerte del obligado en reconocimiento

del impacto que puede tener el acaecimiento de circunstancias imprevistas.

Posteriormente, la *doctrine of impossibility* fue haciéndose más extensiva. Así, las Cortes contemplaron la excusabilidad de las obligaciones contractuales cuando no se presentaba la ocurrencia de un hecho que se consideraba fundamental para la realización del propósito contractual⁵⁵. Esto dio origen a la *doctrine of frustration of purpose*, la cual se diferencia sustancialmente de la *doctrine of impossibility* en la medida que para su procedencia no debe presentarse una destrucción material de un objeto, sino la no ocurrencia de un hecho esperado⁵⁶. El caso más representativo al respecto es *Krell vs. Henry*⁵⁷, en el cual la Corte sostuvo que un promitente puede excusarse sin lugar a responsabilidad contractual cuando la ocurrencia de un hecho es parte fundamental de las motivaciones de una promesa y, por cuestiones incontrolables, dicho evento no se presenta⁵⁸.

Posteriormente, tras la ampliación de la *doctrine of impossibility* mediante la *doctrine of frustration of purpose*, los jueces norteamericanos, quienes recurrían a dichas doctrinas nacidas en el *common law* inglés, empezaron a dar aplicación a estas construcciones en casos en los que los supuestos fácticos eran más amplios que los contenidos en dichas doctrinas inicialmente; cuestión que estuvo determinada por las necesidades de los complejos contextos comerciales⁵⁹. En este sentido, hacia los inicios del siglo XX, en el caso *Mineral Park Land vs. Howard*⁶⁰ sostuvo la Corte que “*a thing is impossible in legal contemplation when it is not practicable; and a thing is impracticable when it can only be done at an excessive and unreasonable cost*”⁶¹. De esta manera, surgió el concepto de impracticabilidad, a partir del cual se gestó la *doctrine of impracticability*, que, *grosso modo*, cubre aquellas circunstancias en las que el cumplimiento del contrato es materialmente posible, pero se convierte en impracticable dada la ocurrencia de una contingencia que tiene como consecuencia la alteración sustancial de las bases contractuales debido al encarecimiento excesivo de las prestaciones debidas por una parte⁶².

Dicha doctrina tiene unas bases en la teoría de que las partes, al contratar, proyectan su voluntad con ciertas circunstancias en mente, por lo que la ejecución del contrato debe estar sujeta a las *basic assumptions* que las partes tienen sobre el contexto en el que se obligan⁶³. En consecuencia, las partes no están obligadas a cumplir cuando la ejecución del contrato se ve interferida excesivamente por hechos extraordinariamente dañosos que no hicieron parte del proceso de negociación⁶⁴. Así pues, la *doctrine of impracticability* tiene relevancia cuando la no ocurrencia de un hecho agravante o el cálculo de probabilidades nulas de ocurrencia del mismo configuraron una *basic assumption* del negocio contratado⁶⁵. De tal manera, se configuró una doctrina útil para abordar el problema de la extrema dificultad de ejecución sobreviniente; doctrina que, a diferencia de la *frustration of purpose*, no se fundamentaba en la ausencia de un hecho deseado por las partes, sino en el supuesto de que las partes se obligan bajo de la asunción de la no ocurrencia de un suceso indeseado.

Una vez perfeccionada jurisprudencialmente la *doctrine of impracticability*, esta institución ha sido objeto de diversas observaciones y delimitaciones. En este sentido, el *American Law Institute*, entidad conformada en 1923 por un grupo selecto de jueces e importantes académicos, emprendió la tarea de sistematizar las reglas jurídicas derivadas de la jurisprudencia en la forma de un *Restatement of contracts*⁶⁶, y en la primera edición de esta compilación, que se expidió en 1932, se estudió la *doctrine of impracticability* bajo el criterio de *foreseeability*⁶⁷. Bajo tal criterio, el eje esencial de la doctrina era evaluar si la parte afectada por el hecho agravante tenía posibilidades de prever la ocurrencia del mismo. Este *test* implicaba una evaluación en abstracto, lo que se concretaba en la determinación de las previsiones razonables que haría una persona diligente en la misma situación⁶⁸. Dicho criterio fue objeto de numerosas críticas, dado que evaluar la previsibilidad de un hecho desde una perspectiva *ex post* resulta limitativo del contexto real de las partes al momento de contratar⁶⁹.

Después de haberse dado dicha sistematización, la cual no tenía fuerza vinculante en términos legales, al *American Law Institute* le fue encargada la empresa de redactar un código oficial para regular temáticas comerciales⁷⁰. De este encargo surgió el *Uniform Commercial Code* (en adelante UCC), el cual fue expedido en 1952 para que los Estados fueran adoptándolo progresivamente⁷¹. En esta regulación, particularmente en la sección 2-615 referente a la compraventa de bienes y servicios, se abordó la *doctrine of impracticability* en los siguientes términos:

“§2-615. EXCUSE BY FAILURE OF PRESUPPOSED CONDITIONS.

Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance:

Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid (...).”

Dicha normativa estudia la aplicabilidad de la *doctrine of impracticability* en lo referente a compraventa de bienes y servicios; sin embargo, autores como Farnsworth sostienen que los efectos de dicha regulación pueden ser predicados de todo tipo de contratos por analogía⁷². Bajo esta premisa, el *Restatement (second) of contracts*, expedido en 1981, que al igual que su primer versión no tiene fuerza vinculante pero es considerado una fuente principal en derecho debido a su fuerza persuasiva y a los grandes conocimientos de sus redactores, adoptó los principales puntos de la regulación contenida en la § 2-615 del UCC para el derecho de los contra-

tos en general⁷³. De tal forma, en su sección 261, el *Restatement (second) of contract* establece:

“§ 261. Where, after a contract is made, a party’s performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary”.

A partir de tal regulación, es posible evidenciar un cambio en los criterios de determinación de la *doctrine of impracticability*. En efecto, tanto el UCC como el *second Restatement*, abandonan el *test of foreseeability* y se enfocan en la importancia de examinar si el riesgo derivado de la contingencia fue asumido por las partes⁷⁴. Así, la pregunta por la previsión del riesgo contingente se convierte en la pregunta por la asunción del riesgo, lo que implica un análisis particular del caso evaluado. Por esta razón, la regulación de la *impracticability*, lejos de establecer una regla de aplicación mecánica, busca establecer unos lineamientos generales para evaluar casuísticamente la procedencia de la doctrina. Tales lineamientos son los que han permitido a la jurisprudencia y a la academia determinar los requisitos de aplicabilidad de la *doctrine of impracticability*.

2.1.2 Requisitos para su procedencia y algunos efectos de su aplicación

Respecto a la procedencia de la *doctrine of impracticability*, normalmente suelen identificarse tres requisitos para tal propósito, a saber: I. Que acaezca una contingencia desfavorable. II. Que la no ocurrencia de dicha contingencia haya sido una *basic assumption* sobre la cual se celebró el contrato. III. Que la ejecución del contrato se vuelva *impracticable* a causa del suceso agravante. Estos requisitos se desprenden de los textos de UCC y del *second*

Restatement.⁷⁵ Sin embargo, autores como Farnsworth, tras una interpretación sistemática y más amplia de ambas fuentes, resaltan la existencia de otros dos requisitos, que son: IV. Que la *impracticability* surja sin ningún tipo de culpa de la parte que la alega. V. Que la parte no haya asumido una obligación mayor que la impuesta por la ley, es decir, que no se haya obligado a responder por las contingencias expresamente⁷⁶.

Ahora bien, la operatividad de esta doctrina en el *common law* estadounidense ha estado sujeta a una serie de consideraciones exógenas⁷⁷ que, de cierta manera, alteran el contenido de los requisitos esbozados. Por esto, la academia estadounidense sostiene que a pesar del intento liberizador que representa la síntesis dispuesta en la § 2-615 del UCC, toda vez que no instituye una listado de taxativo de situaciones que configuren impracticabilidad, las Cortes han sido restrictivas en la aplicación de la doctrina⁷⁸. En evidencia de lo anterior, son pocos los casos en los que se han sentido parámetros para dar aplicación a la doctrina y, de estos, el más relevante ha sido el caso *Aluminum Co. Of America vs. Essex Group* (también llamado caso *Alcoa*)⁷⁹. En este caso, la Corte por primera vez, se apartó de la máxima que prescribe que los jueces no pueden contratar por las partes y decidió modificar expresamente el esquema de precios que las partes habían establecido⁸⁰. No obstante, dicho precedente ha sido objeto de grandes debates debido al temor legítimo que genera la limitación arbitraria de la libertad contractual y a la dificultad que representa determinar cuándo el incremento de los costos de un contrato representa una situación de impracticabilidad.

Esta problemática ha sido constante desde el caso *Alcoa* y, particularmente, el debate al respecto se intensificó tras la crisis del sector financiero en el 2008, año en el que distintos actores invocaron la *doctrine of impracticability* como defensa ante eventuales incumplimientos contractuales surgidos con ocasión del colapso del sistema crediticio⁸¹. En dicho contexto, la jurisprudencia y la academia determinaron que la *impracticability* no

libera a la parte de sus obligaciones, sino que suspende el cumplimiento de la misma mientras se mantenga la situación de impracticabilidad o hasta que se recomponga el equilibrio contractual⁸².

2.2 La teoría de la imprevisión como institución dispuesta para afrontar la extrema dificultad de ejecución sobreviniente en el derecho colombiano

En el ordenamiento colombiano, al tratarse el problema de la extrema dificultad de ejecución sobreviniente, podemos remitirnos a la denominada teoría de la imprevisión. En términos generales, la teoría de la imprevisión es un instituto jurídico dispuesto para conjurar las consecuencias negativas que se generan cuando el equilibrio económico de un contrato se ve excesivamente alterado en detrimento de una de las partes y debido al acaecimiento de un suceso extraordinario. Este instituto responde a un desarrollo progresivo a través de la historia, el cual ha sido estudiado por una extensa doctrina que ha analizado minuciosamente el surgimiento de dicha institución y los distintos fundamentos jurídicos y empíricos que la fundamentan⁸³.

2.2.1 Desarrollo y evolución de la teoría de la imprevisión en Colombia

En el caso colombiano, el desarrollo de la teoría de la imprevisión ha estado restringido por la tradición exegética y de respeto absoluto al carácter normativo del contrato⁸⁴; cuestión que además tiene una explicación en el hecho de que sólo hasta la segunda mitad del siglo XX se le dio un reconocimiento en la ley positiva a dicho instituto⁸⁵. Así pues, dado que en el Código Civil –el cual se ha

erigido como fuente principal del derecho privado-, no existe una norma expresa que regule la teoría de la imprevisión, la doctrina nacional clásica nunca abordó el estudio de los supuestos contenidos en el concepto de extrema dificultad de ejecución sobreviniente y, por el contrario, los esfuerzos doctrinarios se concentraron en el carácter intangible del contrato y en la aplicación absoluta del *principio pacta sunt servanda*⁸⁶.

Sin embargo, durante un periodo en los años treinta, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se apartó del paradigma del positivismo y adoptó un método de interpretación teleológico que pretendía darle una aplicación al derecho más cercana a la idea de justicia⁸⁷. De tal forma, los operadores jurídicos recurrieron a distintas herramientas legales para darle un papel más dinámico al derecho contractual. Así pues, mediante la aplicación de disposiciones como los artículos 4 y 8 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 32 del Código Civil, se propugnó por una hermenéutica jurídica basada en la equidad, la cual permitió el desarrollo y la aplicación de institutos atenuantes del carácter pético del contrato, de la fuerza del mismo, e incluso del tan renombrado principio de la autonomía de la voluntad de las partes⁸⁸.

Esta evolución permitió que se introdujera la teoría de la imprevisión bajo la aplicación de los principios generales del derecho reconocidos legalmente por el ya mencionado artículo 8 de la Ley 153 de 1887. Así pues, los jueces, recurriendo a fundamentos positivos y sin apartarse abruptamente de la tradición legalista, desarrollaron instituciones jurídicas aplicables aun cuando éstas no tuvieran consagración legal bajo el entendido de que éstas derivaban de los principios generales del derecho⁸⁹.

Particularmente, la teoría de la imprevisión como principio fue introducida por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 29 de octubre de 1936⁹⁰. En tal ocasión la Corte sostuvo que:

“Sobre el aforismo de los glosadores del derecho romano rebus sic stantibus, o sea que hay que su-

poner que las partes han entendido mantener el contrato si las circunstancias en que se celebró no cambian, se ha fundado la teoría de la imprevisión, que se encamina a darle al juez la posibilidad de modificar la ejecución de un contrato cuando han variado de tal manera las circunstancias, que se hace imposible para una de las partes cumplir lo pactado, sin que sufra lesión en sus intereses”⁹¹.

Posteriormente, en sentencia del 25 de febrero de 1937⁹², la Corte precisó el contenido jurídico de la teoría de la imprevisión, estableció los supuestos fácticos en los que se enmarca la nombrada teoría y expresamente se refirió a la aplicabilidad de la institución mediante los principios generales de derecho como sucede con los conceptos de enriquecimiento sin causa y abuso del derecho. En tal ocasión la Corte sostuvo que:

“En el ordenamiento jurídico de un país, no todas las normas que regulan la conducta y las relaciones humanas se encuentran en la ley. Esta es solo la forma técnica del derecho (...), [pero hay] nociones doctrinarias y jurisprudenciales que (...) modifican la simple exegesis legal de los actos y negocios jurídicos en su nacimiento (...) [y tienen] una justificación que radica en que el derecho no es lógico sino económicamente ético (...).

[En consonancia con lo dicho] se basa la teoría de la imprevisión en el hecho de que en algunos casos dados se hace indispensable atribuir una cierta importancia tanto a la finalidad del negocio como a las particularidades decisivas para su logro (...). Por consiguiente, para que una circunstancia [que fundamente la aplicación de la teoría] sea reconocida como base del negocio, es menester un triple requisito: 1° Que la otra parte contratante haya podido conocer la importancia básica de la circunstancia para la conclusión del contrato. 2° Que fuese únicamente la certidumbre respecto de la existencia, subsistencia o llegada posterior de la circunstancia en cuestión lo que motivó a la parte que le atribuía valor, a pres-

cindir de pedir a la otra su reconocimiento como condición. 3° En el caso de que la circunstancia se hubiere tomado en serio, la otra parte contratante hubiese accedido a esa pretensión, teniendo en cuenta la finalidad del contrato, o hubiese tenido que acceder procediendo de buena fe”⁹³.

Ahora bien, de la mano del fundamento de la teoría de la imprevisión en los principios generales, hay autores que sostienen que la misma se fundamenta en normas que respaldan su aplicación tácitamente. En este sentido, suele argumentarse que la mencionada teoría deriva de normas generales del Código Civil como el mencionado artículo 32, que establece la equidad como herramienta de interpretación; el artículo 1603, el cual consagra el postulado de buena fe en la ejecución de los contratos; y el artículo 1618, que consagra la supremacía de la intención contractual frente al tenor de las palabras⁹⁴. De forma similar, también se ha argumentado que la teoría de la imprevisión tiene una consagración en normas del Código Civil que le dan una aplicación particular, como el artículo 1616, que trata la responsabilidad por perjuicios y establece reglas refiriéndose al concepto de previsibilidad; y el artículo 1882, que regula la entrega de la cosa en una compraventa⁹⁵. Este argumento ha sido rebatido constantemente, pero particularmente la doctrina mayoritaria coincide al considerar que en el artículo 2060 se establece una aplicación específica de la teoría de la imprevisión en los contratos de obra, la cual es plenamente acorde a la definición del instituto⁹⁶.

A pesar de los fundamentos expuestos, debido a la tradición jurídico-formalista del país, desde 1940 hasta 1983 no hay registros expresos de fallos en los que se diera una aplicación a las nociones de teoría de lo imprevisión. Aun así, algunos sectores de la academia abogaban por la importancia de un instituto que reflejara la importancia de la equidad y del equilibrio prestacional en las relaciones jurídico-económicas. Esta tendencia se tradujo en la consagración expresa de la teoría de la imprevisión en el artículo 267 del proyecto de

Código de Comercio de 1958⁹⁷, el cual incentivó la consagración de la imprevisión en el artículo 50⁹⁸ del Código Sustantivo del Trabajo, y a su vez configura el antecedente inmediato del Código de Comercio de 1971, que en su artículo 868 consagra la teoría de imprevisión en los siguientes términos:

“Art. 868. Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión.

El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato.

Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea”.

La norma transcrita representó un gran avance en el reconocimiento de nociones extra-positivas que permean el ordenamiento jurídico y la aplicación del derecho; cuestión que estuvo determinada por la influencia extranjera, particularmente por el ordenamiento italiano que sirvió de modelo para la consagración de la teoría⁹⁹. Sin embargo, la positivización de dicho instituto no tuvo un impacto relevante en lo que a la aplicación de la teoría respecta¹⁰⁰. Por el contrario, los operadores jurídicos no recurrieron a la teoría de la imprevisión ni a los principios generales del derecho en general, lo que evidencia una interiorización de la regla *pacta sunt servanda*, de la intangibilidad del contrato y de la atención absoluta a las reglas tradicionales y a las derivadas expresamente de los contratos en la conciencia jurídica nacional¹⁰¹. De tal forma, el desarrollo del principio contenido por la teoría de la imprevisión se vio restringido, aun tras su consagración en ley, debido a la cautela extrema con que los operadores abordaron su aplicación, lo

que se fundamentó en una interpretación limitada de los requisitos para aplicar la teoría¹⁰².

2.2.2 Requisitos de procedencia de la teoría

En relación con lo dicho, la doctrina y la jurisprudencia han estudiado e intentado dilucidado los requisitos para que sea aplicable la teoría de la imprevisión según su regulación. De tal manera, a partir del artículo 868, normalmente suelen identificarse como requisitos para aplicar la teoría los siguientes supuestos y limitantes: I. La teoría sólo aplica en contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida, y en el mismo sentido, la norma dispone que la teoría no aplica para contratos aleatorios o de ejecución instantánea. II. Debe presentarse una circunstancia extraordinaria, imprevista o imprevisible con posterioridad a la celebración del contrato. III. Que para una de las partes se agrave la prestación debida de futuro cumplimiento en grado tal que le resulte excesivamente onerosa¹⁰³.

3. Aportes del estudio comparativo en cuanto al estudio de los requisitos de procedencia de la teoría de la imprevisión

Como se habrá notado, los requisitos establecidos para la procedencia de la *doctrine of impracticability* y la teoría de la imprevisión guardan cierta relación entre sí. No obstante, dicha situación no responde a razones arbitrarias o coincidenciales y, por el contrario, nos muestra cómo tales instituciones responden en distintos sistemas jurídicos a situaciones fácticas idénticas o al menos similares. De tal forma, podemos afirmar que la *doctrine of impracticability* y la teoría de la imprevisión son equivalentes jurídicos funcionales.

Pero esta no es la única utilidad del concepto de extrema dificultad de ejecución sobreviniente. Dicho concepto, estudiado desde la perspectiva de los supuestos fácticos que delimitan su contenido, nos da ciertos indicios sobre la naturaleza de una adecuada institución jurídica para abordar la problemática. Particularmente, los requisitos de aplicación de una institución que aborde debidamente una extrema dificultad de ejecución sobreviniente deben guardar una relación con los denominados ejes esenciales de la problemática y no contrariar ni sobrepasar el contenido de los mismos. Bajo esta premisa, a continuación estudiamos la transformación de los denominados ejes esenciales de la problemática en requisitos de procedencia de la teoría de la imprevisión y la *doctrine of impracticability*, y nos detendremos en lo que consideramos aciertos y desaciertos en la delimitación de requisitos.

El primer eje esencial de la extrema dificultad de ejecución sobreviniente refiere al tipo de relación contractual en el que surge la situación conflictiva. En tal dirección, el Código de Comercio colombiano dispone, que la imprevisión aplica sólo en contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida, y en el mismo sentido, establece que la teoría no aplica para contratos aleatorios o de ejecución instantánea. Dicho requisito introduce criterios limitativos que entorpecen la aplicación de la teoría. Por un lado, ya la doctrina ha planteado el conflicto que supone la exclusión de la teoría en los contratos de ejecución instantánea; esto dado que en la práctica pueden celebrarse contratos que en virtud de su regulación legal sean instantáneos, pero que cuenten con obligaciones sometidas a plazo¹⁰⁴. De forma similar, la exclusión de la imprevisión de los contratos aleatorios puede mostrarse problemática puesto que la realidad muestra la probable alteración sobrevinida de la equivalencia prestacional en su ejecución¹⁰⁵, lo que se sustenta en el hecho de que la esencia del problema no está en rectificar un equilibrio matemático en las prestaciones de un negocio, sino en atender a circunstancias extraordinarias que más allá de configurar un desequilibrio generan una excesiva onerosidad para una de las partes¹⁰⁶.

En contraste, la regulación de la *impracticability* no consagra expresamente limitantes en cuanto a la naturaleza del contrato sobre el que recaiga. Los autores que estudian dicha institución, parten de la consideración general que la misma aplica al derecho contractual en general que, en Estados Unidos, está circunscrito a las relaciones de intercambio que implican una promesa a cumplir en el futuro¹⁰⁷, por lo que no podría predicarse la *impracticability* en negocios que se extinguen simultáneamente con su nacimiento. Esta particularidad nos muestra cómo la *doctrine of impracticability* no tiene restricciones que se fundamenten en una calificación *a priori* del negocio sobre el que pretenda aplicarse; cuestión que, como se evidencio, se muestra problemática, pues para responder al supuesto fáctico que sustenta el requisito estudiado hubiese bastado con referirse a contratos de duración prolongada¹⁰⁸.

El segundo eje esencial de la extrema dificultad de ejecución sobreviniente refiere a la imprevisibilidad del suceso agravante, el cual debió haberse imprevisto de hecho. En este sentido, el ordenamiento colombiano señala que la teoría de la imprevisión procede ante “*circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles*”; expresión que ha sido precisada por la jurisprudencia en los siguientes términos:

“Extraordinarias, son aquellas [circunstancias] cuya ocurrencia probable está fuera de lo ordinario, (...) atendido el marco fáctico del suceso, sus antecedentes, el estado actual de la ciencia, y la situación concreta según las reglas de experiencia. Imprevisible, es todo evento que en forma abstracta, objetiva y razonable no puede preverse con relativa aptitud o capacidad de previsión, “que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad” (...). Imprevisto, es el acontecimiento singular no previsto ex ante, (...) [fuera de] diligencia o cuidado razonable. Lo extraordinario u ordinario, previsible e imprevisible, previsto e imprevisto, no

obedece a un criterio absoluto, rígido e inflexible sino relativo, y está deferido a la ponderada apreciación del juzgador en cada caso según la situación específica, el marco fáctico de circunstancias, el estado del conocimiento, el progreso, el deber de cuidado exigible y la experiencia decantada de la vida”¹⁰⁹.

Como puede deducirse, en el ordenamiento colombiano predomina un criterio que se centra en la naturaleza del suceso agravante para efectos de intentar determinar si, desde una perspectiva objetiva, el hecho estudiado era imprevisible y si las partes no estaban en condición de preverlo. Por esta razón, suele subrayarse que el suceso agravante debe ser evaluado bajo las reglas de la experiencia y la probabilidad, y también es recurrente un examen abstracto para evaluar la diligencia de las partes, es decir, se indaga qué hubiese hecho una persona diligente en el lugar de los contratantes.

Tal aproximación, que intenta introducir cierta objetividad en la aplicación de la teoría, puede mostrarse problemática en tanto se parte de una evaluación retrospectiva la previsibilidad del suceso agravante, lo cual propicia un acercamiento subjetivo a la aplicación del instituto. En otras palabras, cuando se evalúa la previsibilidad de un hecho una vez este ya tuvo una materialización, es claro que la determinación de su naturaleza extraordinaria no puede tener una correlación directa con el contexto en que las partes se obligan; entonces, la calificación del suceso como requisito de aplicación de la teoría se ve sometida a las percepciones individuales del operador jurídico que estudia un caso de imprevisión. De forma simultánea, estudiar la diligencia de los contratantes en el marco de la calificación subjetiva de un suceso da lugar a una interpretación restrictiva de la institución en beneficio de carácter normativo de los términos contractuales.

Adicionalmente, la forma en que la norma presenta el requisito de imprevisibilidad ha sido objeto de varias críticas. Específicamente, el hecho de que se ponga la conjunción ‘o’ para conectar los

vocablos extraordinario, imprevisible e imprevisto, ha generado discusiones en torno a saber si deben presentarse tales supuestos de forma conjunta o independiente¹¹⁰. Esta discusión se ha centrado en el hecho de que si se toman que tales características del suceso agravante como independientes, entonces se hace procedente la imprevisión para hechos imprevistos pero previsibles, lo cual podría significar una protección a la imprudencia de las partes¹¹¹.

Por su parte, en el ordenamiento estadounidense, al momento de juzgar si un suceso extraordinario puede ser objeto de la *doctrine of impracticability*, indaga en la voluntad de las partes y no en la naturaleza misma del hecho, lo que da lugar a una aproximación más casuística a la problemática. Tal como ya se expuso, la jurisprudencia norteamericana abandonó el *test of foreseeability*, consistente en la evaluación en abstracto de las posibilidades del afectado para prever el suceso agravante, y adoptó una aproximación subjetiva que se enfoca en la voluntad de las partes e intenta indagar si el riesgo derivado de la contingencia desfavorable fue asumido por las partes expresa o tácitamente en el negocio celebrado. Tal aproximación, en criterio de M. Eisenberg, puede materializarse en la adopción de un test en el que se evalúe si era una asunción de ambas partes la no ocurrencia de un suceso con independencia de la naturaleza del mismo; y un test en el que se evalúen y se delimiten los riesgos que las partes asumieron, test que se aborda bajo el supuesto de que las personas sienten aversión al riesgo¹¹².

Bajo nuestro criterio, es relevante implementar tanto un filtro objetivo como uno subjetivo en orden a establecer la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión. En efecto, cuando abordamos los ejes esenciales de la extrema dificultad de ejecución sobreviniente, señalamos la necesidad de que el suceso, además de ser imprevisto, debe ser particularmente extraordinario, por lo que es preciso intentar establecer la previsibilidad del mismo. Ahora bien, tal ejercicio debe estar sujeto a la evaluación de la voluntad de las partes y del contexto en el que las mismas se obligan, es decir,

la previsibilidad de un suceso no debe abordarse con una evaluación abstracta sino concreta, lo que implica cuestionarse qué era previsible para las partes que se obligan y no evaluar qué hubiese hecho un hombre diligente. Pero debemos resaltar también que, tras realizar dicho examen de previsibilidad del suceso, es fundamental evaluar si las partes, en efecto, no previeron tal aún bajo una actitud diligente, para lo que sí es útil recurrir a la evaluación abstracta.

El tercer eje esencial de la extrema dificultad de ejecución sobreviniente refiere a las consecuencias del suceso desfavorable, es decir, a la excesiva onerosidad. Al respecto, la normativa colombiana introduce la expresión *excesiva onerosidad*, pero no establece parámetro alguno para otorgar esta calificación. En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que:

“la simetría [alterada] atañe no una prestación singular, sino al contrato in complexu (...). Estricto sensu, no se mide sobre la simple diferencia del valor inicial y posterior de una prestación. Por el contrario, concierne a todo el contrato y conecta a su estructura económica y riesgos”¹¹³. De lo transcrito podemos ver cómo la excesiva onerosidad es tratada como una cuestión de simetría prestacional, sin embargo esta concepción está basada más en una relación cuantitativa que en una evaluación cualitativa. Empero, de acuerdo al eje de la onerosidad la esencia del problema no está en rectificar un equilibrio matemático en las prestaciones de un negocio, sino en atender a circunstancias extraordinarias que más allá de configurar un desequilibrio generan una excesiva onerosidad para una de las partes en un contexto particular¹¹⁴.

Adicionalmente, fijar el estudio de la excesiva onerosidad respecto del contrato en su integridad puede resultar problemático cuando el extremo desequilibrio recae sobre una prestación diferida que en una de sus ejecuciones se torna excesiva. Bajo tal situación, puede que el contra-

to en general no se torne lo suficientemente lesivo para dar aplicabilidad a la teoría de la imprevisión, pero la transformación de la prestación sí podría justificar la procedencia de la teoría en orden a suspender la ejecución del contrato en tanto se restablezca una situación adecuada para el cumplimiento de la prestación pendiente.

Por su parte, en el derecho norteamericano una de las mayores dificultades en la aplicación de la *doctrine of impracticability* ha sido determinar cuándo una prestación se torna excesivamente onerosa¹¹⁵. Esto encuentra un respaldo en el hecho de que varios autores han intentado establecer parámetros porcentuales y estrictos para evaluar un escenario de impracticabilidad¹¹⁶. Sin embargo, autores como P. Walter sostienen que, tras el perfeccionamiento jurisprudencial de la *doctrine of impracticability*, el foco de la problemática no está en determinar qué tan agravante es el hecho, sino en indagar si el riesgo de agravamiento concretado fue asumido expresa o tácitamente por las partes en el contrato¹¹⁷.

En nuestro criterio, tal aproximación es más adecuada en tanto representa un ejercicio más acorde a la protección legal que el derecho le otorga a las relaciones contractuales toda vez que se fundamenta en la voluntad de las partes. Por esta razón, consideramos que tal concepción, tal como se construyó en el derecho estadounidense, puede ser un criterio relevante para interpretar el requisito de onerosidad en cuanto a la aplicación de la teoría de la imprevisión en el derecho colombiano.

Finalmente, el cuarto eje esencial de la extrema dificultad de ejecución sobreviniente refiere a la inimputabilidad del suceso agravante a la parte afectada. En cuanto a este eje, el Código de Comercio colombiano omite referencia alguna a tan importante supuesto y por tal razón ha sido la jurisprudencia la encargada de introducir tal requisito en los siguientes términos: “por tanto, la negligencia, desidia, imprudencia, el dolo o culpa, la falta de diligencia, cuidado, previsión (...), así como la ausencia de medidas para evitar, mitigar o disipar la excesiva onerosidad (...) excluyen imprevisión”¹¹⁸.

Por el contrario, la regulación legal de la *doctrine of impracticability* en el UCC consagra como supuesto de su aplicación que el hecho agravante sea ajeno a la culpa de la parte afectada, lo que da cumplimiento al eje esencial de la inimputabilidad. Sin embargo, tal distancia entre los ordenamientos estudiados no da lugar a un análisis más profundo, pues el contenido que se le otorga a este supuesto es similar en los dos institutos estudiados como equivalentes.

Conclusiones

Para concluir, es pertinente resaltar los principales aspectos del estudio realizado.

Es posible afirmar que, tratándose de instituciones que respondan a la problemática de la extrema dificultad de ejecución sobreviniente, la *doctrine of impracticability* del derecho estadounidense y la teoría de la imprevisión del derecho colombiano son equivalentes jurídicos funcionales.

Los requisitos de aplicación de una institución que aborde debidamente una extrema dificultad de ejecución sobreviniente deben guardar una relación con los denominados ejes esenciales de la problemática y no contrariar ni sobrepasar el contenido de los mismos.

En el ordenamiento colombiano, la teoría de la imprevisión, si bien está sujeta a requisitos fácticos, también está limitada por ciertos conceptos legales que de alguna manera introducen una serie de limitantes problemáticas en cuanto a su aplicación.

Si bien la *doctrine of impracticability* ha tenido una aplicación restricta en el derecho norteamericano, la consagración legal de este instituto brinda márgenes de aplicación que permite afirmar que dicha institución tiene un espectro de aplicación más dinámico.

Bibliografía

- Jaime A. ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles: Teoría general del negocio mercantil*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 2007.
- Jeanet BARBOSA y Ariel NEYVA, *La teoría de la imprevisión en el derecho civil colombiano*, Bogotá, Jurídica Radar Ediciones, 1992.
- Juan J. BENÍTEZ CAORSI, *La revisión del contrato*, Bogotá, Editorial Temis, 2010.
- José Félix CHAMIE, "Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato", *Revista de Derecho Privado*, núm. 14 (2008).
- José Félix CHAMIE, "Frustration of Contract e Impossibility of performance en el Common Law estadounidense", *Revista de Derecho Privado*, núm. 18 (2010).
- Linda EBIN, "§2-615: Defining impracticability due to Increased expense", *University of Florida Law Review*, vol. 32 (1980).
- Melvin A. EISENBERG, "Impossibility, impracticability and frustration" *Journal of Legal Analysis*, vol. 1, núm. 1 (2009).
- E. Allan FARNSWORTH, *Contracts*, Boston, Little, Brown and Company, 1990.
- Tonatiuh GARCÍA CASTILLO, "Reflexiones en torno a la teoría general del contrato", *Revista de Derecho Privado*, núm. 21-22 (2009). disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/21/dtr/dtr2.pdf>
- Sheldon HALPERN, "Application of the doctrine of commercial impracticability: searching for "the wisdom of Solomon"", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 135, núm. 5 (1987).
- William JIMÉNEZ GIL, "La teoría de la imprevisión ¿regla o principio?", *Misión Jurídica*, vol. 32 (2009), disponible en: <http://www.unicolmayor.edu.co/revistajuridica/pdf/segundaedicion/teoriadelaimprevision.pdf>
- Esteban PEREIRA FREDES, "Sobre la teoría de la imprevisión", *Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas. La Razón del Derecho*, núm. 1 (2009), disponible en: http://www.academia.edu/3511685/Sobre_la_teor%C3%ADa_de_la_imprevisi%C3%B3n#
- Richard A. POSNER y Andrew M. ROSENFELD, "Impossibility and related doctrines in contract law: An economic analysis", *The Journal of Legal Studies*, vol. 6 (1997).
- Eric REIN y María DIAKOUMAKIS, "The Practicability of the Commercial Impracticability Defense", *Commercial & Business Litigation*, vol. 12, Issue 3 (2011).
- Sixto SANCHEZ LORENZO, "La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XX (2005).
- Bárbara URREJOLA SCOLARI, "Teoría de la imprevisión", tesis para optar al grado de licenciada en ciencias jurídicas y sociales, *Universidad de Chile* (2003), disponible en: http://www.tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115225/de-urrejola_b.pdf?sequence=1
- Paula WALTER, "Commercial Impracticability in contracts", *St. John's Law Review*, vol. 61 (1987).
- Konrad ZWEIGERT y Hein KÖTZ, *An introduction to comparative law*, New York, Oxford University Press, trad. al inglés de Tony Weir, 1992.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. G.J. XLIV (M.P. Liborio Escallón; octubre 29 de 1936).



Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. G.J. XLIV (M.P. Juan Francisco Mujica; febrero 25 de 1937).

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. Ref.: 11001-3103-040-2006-00537-01 (M.P. Willian Namén Vargas; febrero 21 de 2012).

Uniform Commercial Code [UCC]. §2-615. 1952 (Estados Unidos).

Ley 153 de 1887. Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de

1887. Agosto 15 de 1887. D.O. N° 7151 y 7152.

Código Civil Colombiano [C.C.]. Ley 57 de 1887. Arts. 32, 1603, 1616, 1618, 1882, 2060. Abril 15 de 1887 (Colombia).

Código de Comercio Colombiano [C.Com.]. Decreto 410 de 1971. Arts. 868. Marzo 27 de 1971 (Colombia).

Código Sustantivo del Trabajo [C.S.J.]. Decreto Ley 2663 de 1950. Arts. 50. Agosto 5 de 1950 (Colombia).

* Estudiante de 5° semestre de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y de 3° semestre de Economía en la Facultad de Economía de la misma universidad. s.duran968@uniandes.edu.co

Agradezco a Diego Figueroa Falla por los comentarios que realizó a la versión preliminar del texto.

- 1 Tonatiuh GARCÍA CASTILLO, "Reflexiones en torno a la teoría general del contrato", *Revista de Derecho Privado*, núm. 21-22 (2009), p. 44-47, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/21/dtr/dtr2.pdf>
- 2 E. Allan FARNSWORTH, *Contracts*, Boston, Little, Brown and Company, 1990, p. 4-6.
- 3 Juan J. BENÍTEZ CAORSI, *La revisión del contrato*, Bogotá, Editorial Temis, 2010, p. 361.
- 4 *Ibidem*, p. 362-363.
- 5 William JIMÉNEZ GIL, "La teoría de la imprevisión ¿regla o principio?", *Misión Jurídica*, vol. 32 (2009), p. 38-39, disponible en: <http://www.unicolmayor.edu.co/revistajuridica/pdf/segundaedicion/teoriadelaimprevision.pdf>
- 6 En términos generales, el método funcionalista consiste en la comparación de instituciones que, con independencia de su relación y regulación jurídica, respondan a una misma problemática de hecho y se comporten como equivalentes funcionales. Al respecto ver: Konrad ZWEIGERT y Hein KÖTZ, *An introduction to comparative law*, New York, Oxford University Press, trad. al inglés de Tony Weir, cap. 3.
- 7 En relación a lo señalado, el artículo 1494 del Código Civil dispone: "las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones (...)".
- 8 Tonatiuh GARCÍA CASTILLO, "Reflexiones en torno a la teoría general del contrato", *op. cit.*, p. 46-47.
- 9 Paula WALTER, "Commercial Impracticability in contracts", *St. John's Law Review*, vol. 61 (1987), p. 225.
- 10 Jeanet BARBOSA y Ariel NEYVA, *La teoría de la imprevisión en el derecho civil colombiano*, Bogotá, Jurídica Radar Ediciones, 1992, p. 68.
- 11 En este sentido, el artículo 1602 del Código Civil dispone: "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".
- 12 Juan J. BENÍTEZ CAORSI, *La revisión del contrato*, *op. cit.*, p. 361.
- 13 Esteban PEREIRA FREDES, "Sobre la teoría de la imprevisión", *Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas. La Razón del Derecho*, núm. 1 (2009), p. 3, disponible en: http://www.academia.edu/3511685/Sobre_la_teor%C3%ADa_de_la_imprevisi%C3%B3n#

- 14 José Félix CHAMIE, “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 14 (2008), p, 124.
- 15 Jeanet BARBOSA y Ariel NEYVA, *La teoría de la imprevisión en el derecho civil colombiano*, *op. cit.*, p. 148-150.
- 16 Esteban PEREIRA FREDES, “Sobre la teoría de la imprevisión”, *op. cit.*, p. 7.
- 17 Juan J. BENÍTEZ CAORSI, *La revisión del contrato*, *op. cit.*, p.503.
- 18 *Ibidem*, p. 503-505.
- 19 Sixto SÁNCHEZ LORENZO, “La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XX (2005), p. 59.
- 20 Al respecto puede estudiarse, por ejemplo, la figura de la lesión enorme contenida en el artículo 1947 del Código Civil.
- 21 Jaime A. ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles: Teoría general del negocio mercantil*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2007, p. 201.
- 22 Juan J. BENÍTEZ CAORSI, *La revisión del contrato*, *op. cit.*, p.364.
- 23 Jeanet BARBOSA y Ariel NEYVA, *La teoría de la imprevisión en el derecho civil colombiano*, *op. cit.*, p. 92-93.
- 24 *Ibidem*, p. 94.
- 25 Para mayor claridad sobre dicho aspecto, es pertinente remitirnos al ejemplo propuesto por Correa Arango y citado en el texto de Barbosa y Neyva: piénsese en el contrato de construcción que se celebra con una firma de ingenieros. Ahora, supongamos que estos profesionales, durante la celebración del negocio, prevén la posibilidad de que se presente un movimiento sísmico, y con base en todos los estudios técnicos pertinentes adoptan las medidas necesarias para conjeturar dicho siniestro. Si ante dicha gestión, el movimiento que se presenta supera el máximo impacto esperado, es decir que tiene una magnitud sin precedente; entonces las consecuencias extraordinarias que superan los cálculos científicos y generan unos costos excesivos para los ingenieros pueden configurar un suceso imprevisible que cuestiona la fuerza de la obligación contraída contractualmente. Ver: Jeanet BARBOSA y Ariel NEYVA, *La teoría de la imprevisión en el derecho civil colombiano*, *op. cit.*, p. 94.
- 26 Bárbara URREJOLA SCOLARI, “Teoría de la imprevisión”, tesis para optar al grado de licenciada en ciencias jurídicas y sociales, *Universidad de Chile* (2003), p. 119-120, disponible en:
http://www.tesis.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115225/de-urrejola_b.pdf?sequence=1
- 27 Jeanet BARBOSA y Ariel NEYVA, *La teoría de la imprevisión en el derecho civil colombiano*, *op. cit.*, p. 87.
- 28 Jaime A. ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles: Teoría general del negocio mercantil*, *op. cit.*, p. 203.
- 29 *Ibidem*, p. 203.

- 30 Sostenemos que debe generarse una excesiva onerosidad para una de las partes y no para el deudor específicamente dado que una situación de desproporcionalidad extrema puede también afectar al acreedor de la prestación permeada por el hecho imprevisible. Para ejemplificar esto, pensemos en la compraventa de un bien a determinado precio, el cual se pagará de forma diferida conforme a lo pactado. El vendedor entrega el bien bajo el convencimiento de que recibirá una compensación equivalente en dinero un tiempo más adelante. Sin embargo, si, por razones imprevistas, la moneda nacional sufre una devaluación extrema, es el vendedor como acreedor del precio debido quien se ve extremadamente perjudicado por la ejecución del contrato. Entonces, es al acreedor a quien se le presenta una situación excesivamente onerosa, toda vez que se rompe el equilibrio prestacional en su detrimento.
- 31 Esteban PEREIRA FREDES, "Sobre la teoría de la imprevisión", *op. cit.*, p. 7.
- 32 Jeanet BARBOSA y Ariel NEYVA, *La teoría de la imprevisión en el derecho civil colombiano*, *op. cit.*, p. 96.
- 33 Sixto SÁNCHEZ LORENZO, "La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional", *op. cit.*, p. 46-47.
- 34 Juan J. BENÍTEZ CAORSI, *La revisión del contrato*, *op. cit.*, p.365.
- 35 Sixto SANCHEZ LORENZO, "La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional", *op. cit.*, p. 52.
- 36 Esteban PEREIRA FREDES, "Sobre la teoría de la imprevisión", *op. cit.*, p. 7.
- 37 Juan J. BENÍTEZ CAORSI, *La revisión del contrato*, *op. cit.*, p.365.
- 38 Jaime A. ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles: Teoría general del negocio mercantil*, *op. cit.*, p. 203.
- 39 Juan J. BENÍTEZ CAORSI, *La revisión del contrato*, *op. cit.*, p. 491.
- 40 *Ibidem*, p.491.
- 41 Bárbara URREJOLA SCOLARI, "Teoría de la imprevisión", *op. cit.*, p. 123.
- 42 Jeanet BARBOSA y Ariel NEYVA, *La teoría de la imprevisión en el derecho civil colombiano*, *op. cit.*, p. 103.
- 43 *Ibidem*, p. 104.
- 44 Jeanet BARBOSA y Ariel NEYVA, *La teoría de la imprevisión en el derecho civil colombiano*, *op. cit.*, p. 104.
- 45 Linda EBIN, "§2-615: Defining impracticability due to Increased expense", *University of Florida Law Review*, vol. 32 (1980), p. 517-518.
- 46 José Félix CHAMIE, "Frustration of Contract e Impossibility of performance en el Common Law estadounidense", *Revista de Derecho Privado*, núm. 18 (2010), p. 96.
- 47 Paula WALTER, "Commercial Impracticability in contracts", *op. cit.*, p. 229-230.
- 48 En dicho caso, un arrendador inició una acción para cobrar unos cánones dejados de pagar. El arrendatario intentó excusarse alegando que la propiedad arrendada le fue arrebatada por un ejército invasor.



- 49 Paula WALTER, "Commercial Impracticability in contracts", *op. cit.*, p. 230.
- 50 *Ibidem*, p. 230.
- 51 Linda EBIN, "§2-615: Defining impracticability due to Increased expense", p. 519.
- 52 En este caso, una de las partes se había obligado a rentar un salón de música para la realización de unos eventos, pero el salón se destruyó tras el acaecimiento fortuito un incendio.
- 53 Paula WALTER, "Commercial Impracticability in contracts", *op. cit.*, p. 230.
- 54 *Ibidem*, p. 230.
- 55 Linda EBIN, "§2-615: Defining impracticability due to Increased expense", p. 521.
- 56 *Ibidem*, p. 521-522.
- 57 En este caso se discutía el alquiler de unas habitaciones con el objetivo de contemplar un desfile real, el cual se podría observar cómodamente desde las habitaciones. No obstante la procesión fue cancelada debido a una enfermedad del rey, con lo que se planteó que se frustraba la causa del contrato.
- 58 Paula WALTER, "Commercial Impracticability in contracts", *op. cit.*, p. 232.
- 59 Sheldon HALPERN, "Application of the doctrine of commercial impracticability: searching for "the wisdom of Solomon"", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 135, núm. 5 (1987), p. 1132.
- 60 En este caso, una de las partes, que estaba obligado con las autoridades administrativas a construir un puente, contrató con el dueño de un terreno la extracción de la grava y los materiales necesarios para la realización de la obra. Sin embargo, el constructor sólo extrajo la mitad de los materiales del terreno al que se había obligado a recurrir dado que, por condiciones geológicas del terreno, le resultaba aproximadamente doce veces más costoso cumplir lo pactado que obtener los materiales de otras fuentes.
- 61 Sheldon HALPERN, "Application of the doctrine of commercial impracticability: searching for "the wisdom of Solomon"", *op. cit.*, p. 1133.
- 62 José Félix CHAMIE, "Frustration of Contract e Impossibility of performance en el Common Law estadounidense", *op. cit.*, p. 105.
- 63 Paula WALTER, "Commercial Impracticability in contracts", *op. cit.*, p. 225-226.
- 64 José Félix CHAMIE, "Frustration of Contract e Impossibility of performance en el Common Law estadounidense", *op. cit.*, p. 106.
- 65 E. Allan FARNSWORTH, *Contracts*, *op. cit.*, p. 707-714.
- 66 José Félix CHAMIE, "Frustration of Contract e Impossibility of performance en el Common Law estadounidense", *op. cit.*, p. 97.
- 67 Paula WALTER, "Commercial Impracticability in contracts", *op. cit.*, p. 235.

- 68 *Ibidem*, p. 235.
- 69 *Ibidem*, p. 236.
- 70 E. Allan FARNSWORTH, *Contracts, op. cit.*, p. 29.
- 71 José Félix CHAMIE, “*Frustration of Contract e Impossibility of performance en el Common Law estadounidense*”, *op. cit.*, p. 97.
- 72 E. Allan FARNSWORTH, *Contracts, op. cit.*, p. 29-31.
- 73 *Ibidem*, p. 707.
- 74 Paula WALTER, “*Commercial Impracticability in contracts*”, *op. cit.*, p. 235.
- 75 Linda EBIN, “*§2-615: Defining impracticability due to Increased expense*”, p. 525.
- 76 E. Allan FARNSWORTH, *Contracts, op. cit.*, p. 707-714.
- 77 En este sentido, por ejemplo, autores como el juez R. Posner, se han valido de consideraciones económicas para evaluar la procedencia y los efectos particulares que debe asignársele a la *doctrine of impracticability*. Ver al respecto: Richard A. POSNER y Andrew M. ROSENFELD, “*Impossibility and related doctrines in contract law: An economic analysis*”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 6 (1997), p. 83-118.
- 78 Paula WALTER, “*Commercial Impracticability in contracts*”, *op. cit.*, p. 227.
- 79 En tal caso, una de las partes (Alcoa) se había obligado a comprar a la otra (Essex) la materia prima necesaria para fabricar aluminio y, posteriormente, redistribuir éste a Essex en su calidad de parte vendedora de la materia prima.
- 80 Paula WALTER, “*Commercial Impracticability in contracts*”, *op. cit.*, p. 249-250.
- 81 Rein, E. & Diakoumakis, “*The Practicability of the Commercial Impracticability Defense*”, *Commercial & Business Litigation*, vol. 12, Issue 3 (2011) p. 12-13.
- 82 *Ibidem*, p.12.13.
- 83 En efecto, en la mayoría de manuales del derecho de las obligaciones realizan un bosquejo histórico de la teoría de la imprevisión cuando enfatizan en dicha institución; también las distintas obras que se enfocan específicamente en la teoría dedican esfuerzos a identificar los distintos momentos históricos de su desarrollo y sus fundamentos. Sin embargo, para una información amplia y detallada en la materia se puede ver la obra de Barbosa y Neyva.
- 84 William JIMÉNEZ GIL, “*La teoría de la imprevisión ¿regla o principio?*”, *op. cit.*, p. 38.
- 85 *Ibidem*, p. 39.
- 86 *Ibidem*, p. 39.
- 87 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. Ref.: 11001-3103-040-2006-00537-01 (M.P. Willian Namén Vargas; febrero 21 de 2012).

- 88 William JIMÉNEZ GIL, “La teoría de la imprevisión ¿regla o principio?”, *op. cit.*, p. 39-40.
- 89 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. Ref.: 11001-3103-040-2006-00537-01 (M.P. Willian Namén Vargas; febrero 21 de 2012).
- 90 En dicho caso la Corte resolvió un recurso de casación en el que se alegaba la inaplicación de la teoría de la imprevisión como partes de los argumentos para que prosperara el recurso, sin embargo la Corte determinó que en el caso particular no aplicaba dicho instituto por no estarse ante una situación consumada y no ante una obligación pendiente.
- 91 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. G.J. XLIV (M.P. Liborio Escallón; octubre 29 de 1936).
- 92 En tal oportunidad la Corte no se pronunció sobre la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión en el caso examinado, pero realizó un análisis detallado del instituto, por lo que esta sentencia es considerada de especial importancia en la jurisprudencia de la imprevisión toda que reconoció expresamente el instituto y además establece una fundamentación objetiva y subjetiva de la misma.
- 93 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. G.J. XLIV (M.P. Juan Francisco Mujica; febrero 25 de 1937).
- 94 Jeanet BARBOSA y Ariel NEYVA, *La teoría de la imprevisión en el derecho civil colombiano*, *op. cit.*, p. 125-127.
- 95 *Ibidem*, p. 127-130.
- 96 William JIMÉNEZ GIL, “La teoría de la imprevisión ¿regla o principio?”, *op. cit.*, p. 38.
- 97 Jeanet BARBOSA y Ariel NEYVA, *La teoría de la imprevisión en el derecho civil colombiano*, *op. cit.*, p. 133.
- 98 El artículo 50 del Código Sustantivo del Trabajo dispone:
“Todo contrato de trabajo es revisable cuando quiera que sobrevengan imprevisibles y graves alteraciones de la normalidad económica. Cuando no haya acuerdo entre las partes acerca de la existencia de tales alteraciones, corresponde a la justicia del Trabajo decidir sobre ella y, mientras tanto, el contrato sigue en todo su vigor”.
- 99 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. Ref.: 11001-3103-040-2006-00537-01 (M.P. Willian Namén Vargas; febrero 21 de 2012).
- 100 William JIMÉNEZ GIL, “La teoría de la imprevisión ¿regla o principio?”, *op. cit.*, p. 41.
- 101 *Ibidem*, p. 41.
- 102 *Ibidem*, p. 41.
- 103 Jaime A. ARRUBLA PAUCAR, *Contratos mercantiles: Teoría general del negocio mercantil*, *op. cit.*, p. 199- 203.
- 104 Jeanet BARBOSA y Ariel NEYVA, *La teoría de la imprevisión en el derecho civil colombiano*, *op. cit.*, p. 147.

- 105 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. Ref.: 11001-3103-040-2006-00537-01 (M.P. Willian Namén Vargas; febrero 21 de 2012).
- 106 Juan J. BENÍTEZ CAORSI, *La revisión del contrato*, *op. cit.*, p. 508.
- 107 E. Allan FARNSWORTH, *Contracts*, *op. cit.*, p. 3-10.
- 108 Jeanet BARBOSA y Ariel NEYVA, *La teoría de la imprevisión en el derecho civil colombiano*, *op. cit.*, p. 136.
- 109 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. Ref.: 11001-3103-040-2006-00537-01 (M.P. Willian Namén Vargas; febrero 21 de 2012).
- 110 Jeanet BARBOSA y Ariel NEYVA, *La teoría de la imprevisión en el derecho civil colombiano*, *op. cit.*, p. 134.
- 111 *Ibidem*, p. 134.
- 112 Melvin A. EISENBERG, "Impossibility, impracticability and frustration" *Journal of Legal Analysis*, vol. 1, núm. 1 (2009), p. 209.
- 113 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. Ref.: 11001-3103-040-2006-00537-01 (M.P. Willian Namén Vargas; febrero 21 de 2012).
- 114 Juan J. BENÍTEZ CAORSI, *La revisión del contrato*, *op. cit.*, p. 508.
- 115 Sixto SANCHEZ LORENZO, "La frustración del contrato en el derecho comparado y su incidencia en la contratación internacional", *op. cit.*, p. 52.
- 116 *Ibidem*, p. 53, 69.
- 117 Paula WALTER, "Commercial Impracticability in contracts", *op. cit.*, p. 234-235.
- 118 Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de casación civil. Ref.: 11001-3103-040-2006-00537-01 (M.P. Willian Namén Vargas; febrero 21 de 2012).



La precarización de la división de poderes en la Argentina: la positivización del decreto delegado

Tomás Mariano Guisado Litterio*

RESUMEN

El autor presenta la problemática de la progresiva precarización de la división de poderes en la Argentina debido al acrecentamiento de las potestades del Poder Ejecutivo, y desarrolla el origen del decreto delegado y su posterior positivización en el texto constitucional tras la reforma de 1994.

PALABRAS CLAVE

Decreto delegado, delegación legislativa, división de poderes.

ABSTRACT

The author introduces the matter of the progressive debilitation of the division of powers in Argentina due to the increase of the Executive Branch faculties, and expounds on the origin of the executive order by legislative delegation and its posterior positivization on the constitutional text after its reform on 1994.

KEYWORDS

Executive order, legislative delegation, division of powers.

SUMARIO

Introducción. 1. Conceptos. 2. El Poder reglamentario de la Administración. 3. Evolución histórica del decreto delegado. 4. El fallo "Cocchia". 5. La acogida positiva del decreto delegado en la reforma constitucional de 1994. 6. Evolución del instituto desde 1994. 7. Propuestas para la reforma de la Ley 26.122. 8. Conclusión. 9. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

La República Argentina, como tantos otros países en la región, tuvo un turbulento historial en el siglo XX, cuando las crisis económicas y sociales dieron lugar a largos períodos temporales de dictaduras, en los que las leyes no eran debatidas y

votadas en el ámbito parlamentario del Congreso por representantes electos, sino discutidas a puertas cerradas en oscuros recintos en los que el ojo público no podía penetrar. El retorno definitivo de la democracia en el año 1983 clausuró esta dolorosa etapa de la historia, dando comienzo a una nueva era donde las leyes que rijan deben pasar por el escrutinio popular.

No obstante ello, existen dos institutos en el Derecho argentino que alejan el dictado de las leyes del proceso democrático: los decretos delegados (DD), y particularmente, los decretos de necesidad y urgencia (DNU). Estas herramientas en un primer momento fueron acogidas por la jurisprudencia, aunque no pacíficamente, y en un segundo momento fueron positivizadas en la reforma constitucional de 1994. El presente artículo se propone abordar la temática del decreto delegado y su desarrollo histórico desde una práctica institucional *de facto* hasta su convalidación jurisprudencial y su ulterior acogimiento en el texto constitucional, todo dentro de un marco de creciente influencia del Poder Ejecutivo.

La intención de los constituyentes de 1994, según fue expresado por ellos ante el público y en la propia convención, fue menguar los poderes del Presidente, cuya figura, en nuestro país, se ha ido tornando cada vez más y más poderosa, en desmedro de la división de poderes, derivando en lo que CARLOS NINO ha llamado “hiperpresidencialismo”¹. El mismo autor, triste pero acertadamente, ha llegado a definir a la Argentina como “un país al margen de la ley”. Ello no es casual: la Constitución Nacional adoptó el modelo presidencialista basado en el sistema imperante en los Estados Unidos, pero nuestra República le confirió al Poder Ejecutivo atribuciones mayores, de manera que fue “...incluso más lejos de lo que su modelo norteamericano había dispuesto, y tomando parcialmente (...) como modelo a la Constitución chilena, confirió amplias atribuciones al poder ejecutivo, aún mayores que aquellas que la Constitución de Filadelfia había otorgado al presidente en los Estados Unidos, haciendo de nuestro presi-

dente un verdadero ‘rey republicano’, si bien limitado por la Constitución”².

La expresión “rey republicano” refiere a la idea de Simón Bolívar, quien sostuvo, según se le atribuye popularmente, que las nuevas repúblicas de la América antes colonial requerían de reyes con el nombre de presidente. Este concepto fue rescatado por JUAN BAUTISTA ALBERDI, cuya obra, conocida popularmente como “*Las Bases*”, fue una de las principales inspiraciones de los constituyentes que redactaron la Constitución histórica en 1853. ALBERDI buscaba un presidente fuerte capaz de estabilizar un país inestable por naturaleza, para que frene las guerras intestinas y los constantes conflictos de poder entre los caudillos provinciales; pero a la vez buscaba que este “rey” sea republicano, para que no se convierta en un tirano que avasalle las libertades de su pueblo; y para eso le diseñó límites constitucionales que restrinjan su poder, siendo quizás los más importantes el término del mandato y la imposibilidad de ser reelecto³. ALFREDO VÍTOLO expresa cómo este ya grande poder concentrado en la figura presidencial fue creciendo a lo largo de la historia:

“Este acrecentamiento se ha fundado exclusivamente en la fuerza de los hechos y ante la omisión culpable y la acción cómplice del Congreso, órgano teóricamente representativo por antonomasia de la voluntad popular, quien ha dejado de cumplir su rol constitucional, cediendo no sólo su papel de legislador en aquellas cuestiones de trascendencia, sino también el de real contralor de la actuación del Poder Ejecutivo. A esto se ha sumado una actitud cuanto menos condescendiente del Poder Judicial de la Nación y en particular de la Corte Suprema de Justicia, quien basado en la doctrina de la razón de estado y en la necesidad de no trabar la acción de gobierno, ha convalidado el flagrante apartamiento de la Constitución, olvidando el carácter normativo de ésta, y transformándola en un mero catálogo de buenos deseos, a ser seguida sólo cuando conviene al poder

de turno, o no traba su accionar, olvidando que: 'la Constitución estableció un gobierno nacional con poderes que consideró adecuados... pero estos poderes del gobierno nacional están limitados por las concesiones constitucionales. Quienes actúan con arreglo a las mismas no tienen libertad para exceder los límites impuestos porque crean que es necesario un poder mayor o diferente'⁴.

Sin embargo, la Convención Constituyente de 1994, "...con el declamado objetivo de superar los inconvenientes antes expuestos, limitar el fuerte poder del Presidente de la Nación y someterlo a un mayor y más eficaz control del Congreso y, al mismo tiempo, consagrar una mayor 'eficiencia' en la acción de gobierno, introdujo una serie de institutos cuyo resultado fue exactamente el opuesto"⁵. Se pensaba que reconociendo en el texto constitucional las figuras del DNU y el DD se podría restringir y limitar una práctica que, en los hechos, ya se ejercía desde hace décadas. No obstante ello, se terminaron por convalidar estos nefastos institutos que, pese a ser claramente ilegítimos según la lógica republicana, pasaron a tener vigencia expresa en la Constitución Nacional (CN), dificultando cualquier crítica que se les pueda hacer. Antes de todo esto, estos actos podían ser atacados por inconstitucionales. Hoy en día, no queda más que observar desconcertado mientras el Poder Ejecutivo se escuda en el texto de la Norma Suprema para detentar competencias que no le debieran corresponder. En las palabras de BIDART CAMPOS, "El estilo político con que desde la reforma se ejerce el poder ejecutivo acusa una concentración muy fuerte del poder, con pretensión ostensible de predominio sobre el Congreso"⁶. VÍTOLO sigue elaborando el tema, y destaca que "...los constituyentes de 1994 incrementaron sustancialmente las atribuciones del Poder Ejecutivo exacerbándolo y modificando el diseño constitucional original, sin generar -en gran medida por falta de acuerdo y decisión política- los necesarios controles constitucionales tendientes a evitar el desborde del poder tan temido por los constituyentes de 1853"⁷.

1. Conceptos

Los decretos (o reglamentos) delegados son "los actos de alcance general que dicta el Presidente sobre materias legislativas, previa autorización del Congreso"⁸. El actual art. 76 CN enuncia primero una afirmación clara y categórica: "Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo...", para luego consagrar una desmesurada excepción: "...salvo en materias determinadas de administración o emergencia pública. Con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca". De esta manera puede observarse que la delegación legislativa es una facultad del Congreso, por la cual renuncia a reglamentar materias que le son propias, ampliando el margen de injerencia del Poder Ejecutivo, que pasa a poder reglar determinadas materias de reserva legislativa mediante simples decretos. El Congreso puede retomar en cualquier momento sus competencias delegadas, pero mientras tanto será el Presidente quien legisle, aunque sea tan sólo en el tema puntual de esa ley, y dentro de las "bases de la delegación".

Los decretos de necesidad y urgencia son un síntoma aún más patológico que los decretos delegados de la gran distorsión que la división de poderes sufre en nuestro país. Sin embargo, el presente trabajo se centrará en estos últimos, por lo que me limitaré a dar una breve noción de los DNU y pasar a explayarme sobre el tópico elegido. Sintéticamente, puede definírselos como los reglamentos "...que se dictan sobre materias propias de la competencia legislativa, cuando una urgencia súbita exige emitir las normas que el Congreso no ha dictado, o suplirlo lisa y llanamente"⁹. Esta vez puede apreciarse que el carácter esencial de los decretos delegados, la habilitación legislativa previa, en este caso no existe. En esta figura, el Poder Ejecutivo legisla sin autorización del Congreso. Utilizando una técnica similar a la del previamente citado art. 76, el art. 99 inc. 3º CN también enuncia una aseveración concreta y terminante: "El Poder

Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”, que luego es concluyentemente vaciada de contenido con lo siguiente: “Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia...”. Una vez más queda consagrada una excepción que la práctica institucional confundiría por regla.

2. El Poder reglamentario de la Administración

La Constitución original de 1853 solo preveía expresamente la posibilidad de que el Presidente ejerza funciones reglamentarias mediante el dictado de reglamentos de ejecución, también llamados reglamentos ejecutivos o decretos reglamentarios.

Las atribuciones reglamentarias del Poder Ejecutivo esencialmente exceden la función materialmente administrativa, consistente en “manifestaciones concretas (por oposición a abstractas, como lo son la legislación y la jurisdicción) de voluntad estatal”¹⁰, debido a que el dictado de reglamentos configura la emisión de una norma general e imperativa, una verdadera regla de derecho. Por ende, los reglamentos se diferencian de los actos de la Administración de alcance individual, conocidos normalmente como actos administrativos, que sí importan un ejercicio de funciones materialmente administrativas, ya que no expanden sus efectos *erga omnes*, es decir, a sujetos indeterminados.

La Constitución establece, en su actual art. 99 inc. 2º (ex art. 86 inc. 2º), inmodificado por la reforma, que el Presidente “...expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”. De

esta manera, nuestra Carta Magna otorga al Presidente, como cabeza de la Administración Pública, el poder reglamentario, que es, sencillamente, el poder de dictar reglamentos. Estos reglamentos, según fueron concebidos originariamente por el constituyente histórico, tenían la finalidad de regular los detalles y pormenores de las leyes. Mientras que el legislador sentaba las bases de las normas jurídicas, la Administración podría, mediante la emisión de decretos, reglamentar cuestiones menores que fuesen necesarias para la ejecución de la ley, es decir, aspectos específicos y periféricos de ésta. Como se advirtió previamente, son actos materialmente legislativos, pues importan el dictado de una norma con efectos generales, pero no vulneran la división de poderes porque esencialmente, su propósito sigue siendo aquel de hacer ejecutar la ley, y no más allá de ello. Es por esta razón que la Constitución se cuida al agregar que el reglamento de ejecución no puede “...alterar su espíritu con excepciones”, puesto que la Administración debe siempre tener a bien que su actuación va a ser sub-legal.

Como se puede apreciar, el constituyente creó un deslinde de competencias¹¹ al fundar esta figura, ya que el alcance del reglamento es limitado y residual, con respecto al alcance de la ley. El legislador, según su criterio y discrecionalmente, puede dejar intersticios menores en su obra, y únicamente éstos podrían ser materia de regulación por parte del Poder Ejecutivo. Así, si el Congreso decidió abarcar no sólo el núcleo de la norma, sino especificar cada detalle de ella, habrá consumido el espacio que la Administración tenía para regular, dejando a la ley completa y operativa, pues no requiere de ningún reglamento de ejecución para hacerse valer. Esta regulación, realizada por el propio Congreso, es de rango legal, por lo que el Presidente no puede modificarla ni derogarla de forma alguna.

De todo ello se entiende que la facultad de reglamentar los pormenores es una facultad concurrente entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo, y que este segundo sólo lo ejerce de forma residual, por

lo que queda a criterio del legislador hasta dónde precisar la regulación, y qué espacio dejarle a la Administración. La Constitución sabiamente prevé en su art. 75 inc. 32 que el Congreso tendrá la atribución de elaborar los “reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes” que la misma norma le concede. De esta manera, en cuanto al poder reglamentario, la Corte ha entendido desde antaño que “...tal poder pertenece tanto al Congreso como al Poder Ejecutivo por disposición expresa de la carta fundamental, es evidente que es una mera circunstancia de hecho, lo que define en cada caso concreto la extensión del poder reglamentario del Poder Ejecutivo, ya que es incontestable que cuando el Congreso ha agotado la reglamentación en mira de la más perfecta ejecución de la ley, el Poder Ejecutivo no tendrá materia o substancia sobre la cual hacer efectiva la que al mismo título le corresponde”¹².

A la vez, el Parlamento no tiene que autorizar al Presidente a reglamentar la ley, dado que ésta es una atribución que la propia Constitución le concede. Siempre que el Congreso le deje espacio para reglamentar, la Administración debe hacerlo. Por otra parte, si el Congreso prohibiera expresamente la reglamentación de una ley que la requiera, esta proscripción sería inconstitucional y el Ejecutivo tendría que reglamentarla de todas formas.

Por otro lado, se entiende que los reglamentos son actos *secundum legem*¹³, puesto que no pueden, so pretexto de reglamentar la ley, establecer excepciones, contradecirla explícita o implícitamente, alterar su espíritu, establecer mandatos más extensivos o restrictivos que los contenidos en ella, o de cualquier otra forma perturbar o desvirtuar lo plasmado por el legislador en ejercicio de las facultades que la Constitución le reserva. Por ello, cabe expresar la categórica afirmación de que en la Constitución de 1853 no existía una zona de reserva para la Administración para el dictado de normas generales, sino que esta facultad era ejercida de forma limitada y residual. La transgresión de estos márgenes es calificada doctrinariamente como un “exceso reglamentario”¹⁴, y es, en todos

los casos, inconstitucional, ya que no puede ser objeto del reglamento de ejecución “...cumplir una función creadora de derecho, de nuevos derechos o de nuevas obligaciones, pues el ejercicio del poder de policía es exclusivo del Congreso...”¹⁵.

Igualmente, existe otra figura que fue extraída implícitamente del inc. 1º del actual art. 99 CN, norma que atribuye al Presidente la jefatura de la Administración Pública: los reglamentos internos. Éstos son actos de carácter general “meramente formales porque no regulan situaciones jurídicas y por lo tanto no incluyen proposiciones jurídicas”¹⁶. Sirven específicamente para regular el funcionamiento interno de la Administración Pública. No pueden, por lo tanto, afectar los derechos ni las obligaciones de los administrados, puesto que aquello importaría invadir facultades propias del Congreso, y desde ya, no pueden entrar en conflicto con una ley emanada del Poder Legislativo. De esta manera, los reglamentos internos rigen aspectos interiores de la organización administrativa y no afectan situaciones jurídicas particulares. Materias propias de los reglamentos internos serían, por ejemplo, normas sobre los documentos a presentar para un determinado trámite, o sobre el horario de atención de una dependencia pública, *etc.*

Analizadas ya estas figuras (los reglamentos de ejecución y los internos), puede observarse que si bien son normas materialmente legislativas, ninguno de los dos institutos afecta en verdad el virtuoso equilibrio republicano. Se trata de un mero entrecruzamiento entre la separación de funciones y la división de poderes, sin que ésta última se vea afectada. El Poder Ejecutivo, al emplear estas herramientas, sigue cumpliendo el rol que originalmente el Marqués de Montesquieu había dividido: ser, como su nombre lo indica, el ejecutor de las leyes. Los reglamentos de ejecución y los internos son útiles instrumentos con los cuales la Administración cuenta para cumplir su deber constitucional manteniendo el delicado equilibrio de pesos y contrapesos que los constituyentes de 1853 se desvelaron por lograr. Debe tenerse en consideración en todo momento que la división de poderes es un

baluarte para las libertades de los hombres y una garantía contra la tiranía. La idea central de que las personas físicas encargadas de crear las leyes, ejecutarlas y juzgar su aplicación pertenezcan a distintas ramas estatales es la base misma del sistema republicano.

He ahí la importancia de que esta separación fundamental no se vaya desdibujando, porque integra los mismos cimientos de la democracia. Tiene dicho la Corte Suprema desde el año 1863: “Siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del gobierno en tres grandes departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de gobierno”¹⁷.

Concluido el estudio de estos dos institutos, se hace patente el contraste que existe entre ellos y los DD y DNU, que definí brevemente en la sección anterior y pasaré a desarrollar en los próximos capítulos. El objeto de este trabajo es plantear que, de acuerdo a una sana concepción de la separación de poderes, nunca se tendrían que haber ejercido estos actos lesivos del sistema republicano, y que su cristalización en el texto constitucional fue un error que ya generó y va a continuar generando mucho daño a las instituciones de nuestra joven democracia.

3. Evolución histórica del decreto delegado hasta la reforma de 1994

Si bien es fácil en la teoría y en abstracto delimitar la diferencia entre las competencias propiamente legislativas que rigen el núcleo o centro de las materias de la ley, y las cuestiones periféricas o complementarias que competen al reglamento de ejecución

-que las regula sin penetrar en el campo sustancial de la norma-, esta frontera resulta, en la práctica, mucho más difusa. Esto trajo como consecuencia que a lo largo de la historia, el Poder Ejecutivo haya ido progresiva y discretamente ampliando su injerencia en la creación de normas mediante el abuso de decretos reglamentarios. Seguían siendo meros reglamentos de ejecución, pero, aprovechando los límites poco nítidos, se expandían más allá de una mera reglamentación de los detalles y complementos de la ley. Es por ello que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tuvo una actitud histórica en muchos casos abiertamente opuesta a aceptar la constitucionalidad de los decretos delegados, pero que terminó, en la práctica, convalidándolos al confundirlos con decretos reglamentarios. Mientras el Ejecutivo dictaba decretos que claramente invadían potestades legislativas, lo hacía bajo el título de decreto reglamentario para guardar las apariencias, a la vez que el Máximo Tribunal, con más falta de voluntad que de visión, no pudo lograr ver más allá de las formas.

Cabe aclarar que la Constitución nada decía sobre una potestad por parte del Presidente para penetrar el núcleo de las leyes y regular materias sustanciales. Lo que ocurrió fue que el Poder Ejecutivo fue ensanchando el ámbito de sus decretos reglamentarios, utilizando, si se lo quiere llamar así, *fraudentemente*, una figura jurídica que claramente tenía otros fines.

En el año 1927 la Corte Suprema emitió un fallo paradigmático, conocido como el caso “Delfino”¹⁸. En su sentencia, el tribunal declaró que “... ciertamente, el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en otro departamento de la administración, ninguna de las atribuciones o poderes que le han sido expresa o implícitamente conferidos. Es ese un principio uniformemente admitido como esencial para el mantenimiento e integridad del sistema de gobierno adoptado por la Constitución y proclamado enfáticamente por ésta en el art. 29”.

El art. 29 de nuestra Carta Magna indisputablemente apunta en la dirección señalada, al disponer

que “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional (...) facultades extraordinarias (...). Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable...”. No obstante ello, la Corte admitió que “...no ha sido definitivamente trazada (...) la línea que separa los importantes asuntos que deben ser regulados por la legislatura misma de aquellos de menor interés acerca de los cuales una provisión general puede ser hecha, dando facultad o poder a los que deben cumplirlos bajo tal general provisión para encontrar los detalles”. Es así que entendió que “...existe una distinción fundamental entre la delegación de poder para hacer la ley y la de conferir cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo, a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquélla. Lo primero no puede hacerse, lo segundo es admitido...”. Por ello concluyó que “...no existe propiamente delegación sino cuando una autoridad investida de un poder determinado hace pasar el ejercicio de ese poder a otra autoridad o persona descargándolo sobre ella”.

La Corte destaca que tanto el Congreso como el Presidente tienen atribuciones para ejercer el poder reglamentario de forma concurrente, pero como se expresó en el capítulo anterior, mientras que el Parlamento puede ejercerlo de forma ilimitada, la facultad de la Administración es residual y su “...mayor o menor extensión queda determinada por el uso que de la misma facultad haya hecho el Poder Legislativo. Habría una especie de autorización legal implícita dejada a la discreción del Poder Ejecutivo sin más limitación que la de no alterar el contenido de la sanción legislativa con excepciones reglamentarias, pues, como es obvio, el Poder Ejecutivo no podría ir más allá de donde llega la intención de aquélla, ni crear la ley, ni modificarla”.

A partir del caso “Delfino”, la doctrina y la jurisprudencia comenzarían a delinear los conceptos de delegación “impropia” y “propia”. La primera refiere a la “autorización tácita” que confiere el Congreso al Presidente para ejercer su poder reglamentario cuando el propio Poder Legislativo no regula

la totalidad de la materia de la ley sino que se limita a expresar de forma general su “voluntad legislativa”, dejando los pormenores librados a la discrecionalidad de la Administración. Por otro lado, la segunda refiere a una delegación *stricto sensu*, en la cual el Congreso, inconstitucionalmente y en abierta violación a la división de poderes, encarga al Presidente los lineamientos de materias legislativas que escapan a la reglamentación. La primera está permitida, y la segunda, por supuesto, está prohibida. Este fallo fue altamente controversial porque, pese a que su doctrina estaba bien fundada, no era cierta la conclusión del tribunal de que en el caso concreto se trataba de una delegación impropia, ya que un órgano administrativo estaba creando contravenciones sin que la Legislatura haya siquiera hecho mención de tal atribución. QUIROGA LAVIÉ critica esta conclusión, ya que considera que la Corte entendió, erróneamente, que “aunque se creasen nuevas obligaciones o se restringiesen derechos, ello no era legislar, sino la reglamentación ejecutiva autorizada por la Constitución”¹⁹.

Más adelante, *in re* “Mouviel”²⁰ de 1957 la Corte consideró, con un criterio correcto y fundado, que era inconstitucional un decreto que facultaba a la Policía Federal a emitir edictos para reprimir actos no previstos como delitos en las leyes. Este fallo puede ser considerado, según las palabras de QUIROGA LAVIÉ, como un “intervalo lúcido” en la jurisprudencia de la Corte sobre el tema, ya que tanto los casos precedentes como los posteriores siguieron la doctrina contraria. Dicho decreto había sido dictado como una supuesta reglamentación de un artículo del Código Procesal que autorizaba a esa repartición administrativa el juzgamiento de contravenciones menores. La Corte hizo suyo el dictamen redactado por el Procurador General, el brillante jurista SEBASTIÁN SOLER, que entendió que “Efectivamente, el poder reglamentario se da para hacer posible la ejecución de la ley, por donde resulta evidente que todo intento de reglamentar lo que no ha sido materia de ley constituye una pura y simple usurpación de atribuciones legislativas, y no ejercicio legítimo de la facultad conferida en

el art. 83, inc. 2° de la Constitución”, para concluir que “...lo que no puede hacer el Poder Ejecutivo por sí sólo, tampoco lo puede aunque cuente para ello con una autorización legal, porque de acuerdo con el art. 41 de la Constitución el Congreso está investido del poder legislativo y no puede delegarlo sin violar la prohibición del art. 29”.

Otro hito jurisprudencial relevante en el tema fue el caso “Prattico”²¹, de 1960, en el cual la cual la actora pretendía la declaración de inconstitucionalidad de un decreto que aumentaba los salarios de los trabajadores, fundándose en una ley que autorizaba al Presidente a fijar las remuneraciones. El *holding* en estos autos fue, según mi opinión, desafortunado, ya que flexibilizó aún más el ya difuso límite entre el núcleo de la ley y sus complementos reglamentables.

La Corte se pronunció diciendo que: “...tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida”. Los jueces desarrollaron estos “aspectos peculiares” al expresar que son los que demandan “...una particular celeridad en la acción, a fin de que no se frustrara el designio de proteger la condición económica de los trabajadores frente a procesos comúnmente rápidos y difícilmente controlables...” y, que además, requieren “...el conocimiento de datos o factores acerca de los cuales es natural que la autoridad administrativa posea una más completa información”. Estos son los lamentables argumentos que empleó el máximo tribunal para encubrir la obvia delegación legislativa bajo un ligero manto que apenas puede darle la apariencia de un decreto reglamentario, a la vez que intenta excusarse alegando que por razones de celeridad y capacidad técnica, la Administración está en mejores condiciones de dictar normas jurídicas que los representantes electos del pueblo en el ámbito parlamentario.

4. El Fallo “Cocchia”

Otro precedente notable fue el caso “Cocchia”²², en el que la parte actora, un sindicato de trabajadores portuarios, interpuso una acción de amparo pretendiendo la declaración de inconstitucionalidad del decreto 817/92, que derogaba el estatuto que regía la actividad y un convenio colectivo que otorgaba beneficios a los empleados del sector. Dicho decreto fundaba tal resolución alegando en sus considerandos que se estaba ejecutando una política económica llevada adelante por el Congreso a través de las leyes 23.696 de Reforma del Estado, 23.697 de Emergencia Económica, 23.928 de Convertibilidad y el Tratado de Asunción. Estas eran leyes que se habían dictado en el marco de un proceso de liberalización y desregulación de la economía durante la gestión de tendencia neoliberal que en la década del '90 gobernó el país, y fijaban normas que privatizaban las actividades económicas que llevaba adelante el Estado, liberaban regulaciones aduaneras y fiscales, flexibilizaban las protecciones laborales, etc. Se agregaba, en particular, la Ley 24.093 de Puertos, que en cuanto a “...las funciones y atribuciones de la autoridad de aplicación, dispuso -entre otras y señalando que la enunciación no puede considerarse taxativa- las de promover y hacer efectiva la modernización, eficacia y economicidad de cada uno de los puertos, y estimular y facilitar la inversión privada en la explotación y administración de los mismos”. Cabe aclarar que el país se encontraba todavía saliendo de una crisis económica de altas dimensiones que había sacudido al Estado los últimos años de la década del '80.

El decreto impugnado declaraba que “...el Poder Legislativo puso en marcha un proceso de transformaciones económicas, para cuyo cumplimiento facultó al Poder Ejecutivo nacional a adoptar decisiones tendientes a materializar las pautas allí fijadas”. Por ello, la Corte entendió que “...el decreto 817/92 no es más que uno de los instrumentos cuya implementación el legislador

confió en el Poder Ejecutivo para llevar a cabo la política de reforma del Estado por aquél decidida” y que existe conformidad “...entre el ‘bloque de legalidad’ que da vigencia a la ‘Reforma del Estado’ y el dec. 817/92 que la instrumenta en el aspecto parcial que le corresponde, en estricto cumplimiento del cometido que el constituyente le asignó al Poder Ejecutivo en el art. 86, inc. 2°, de la Constitución Nacional”.

De esta manera, la Corte aludió a la norma constitucional que faculta a la Administración a dictar reglamentos de ejecución, entendiendo que el decreto 817/92 es un reglamento ejecutivo. El Máximo Tribunal ensaya un concepto más laxo de la “delegación impropia”, entendiéndola como “la que ocurre cuando el legislador encomienda al Ejecutivo la determinación de aspectos relativos a la aplicación concreta de la ley, según el juicio de oportunidad temporal o de conveniencia de contenido que realizará el poder administrador”. La Corte interpretó que se conforma un “bloque de legalidad” a partir de las leyes aprobadas por el Congreso y el decreto reglamentario, que compone un “programa de gobierno aprobado por el Congreso”. La Corte intentó justificar su atropello a la separación de poderes alegando que “...tal ‘división’ no debe interpretarse en términos que equivalgan al desmembramiento del Estado...” toda vez que la interpretación del sistema de división de poderes “...debe evolucionar en función de la dinámica de los tiempos históricos, signados a menudo por fases o episodios críticos, que demandan remedios excepcionales...” (*sic*).

Sin embargo y afortunadamente, el fallo emitido no fue unánime. Hubo tres ministros de la Corte que plantearon disidencias: CARLOS FAYT, AUGUSTO BELLUSCIO y ENRIQUE PETRACCHI. Los primeros dos redactaron un voto conjunto en el que expresaron que “...la pretensión del Estado nacional entraña una suerte de delegación legislativa de una indeterminación y vastedad como nunca lo ha admitido este tribunal...” y que debe ser denegada puesto que “...las delegaciones legislativas que favorecen la concentración del poder provocan -aun

cuando estén inspiradas en razones de emergencia y de interés general- la ruptura del presupuesto de base. Si la emergencia no obtiene otra respuesta que una delegación de la facultad de hacer la ley en cabeza del órgano ejecutivo es evidente que ha muerto el estado constitucional de derecho”.

Justificaron su decisión alegando que ésta “...reposa en la esencia del sistema constitucional argentino, en el cual (...) tanto la ruptura del equilibrio entre los poderes constituidos como la confusión entre el poder constituyente y los poderes constituidos, comportan la muerte del sistema y la no vigencia del estado de derecho”. Los jueces concluyeron aclarando que las leyes antes mencionadas, “...aun cuando establezcan una política gubernamental de privatizaciones y desregulaciones, no pueden ser invocadas como normas que brinden un ‘patrón inteligible’ (*discernible standard*) que habilite al Poder Ejecutivo...” a dictar el decreto impugnado. La doctrina del “patrón inteligible” refiere al criterio que emplea la Corte Suprema estadounidense para revisar la legitimidad de los decretos presidenciales en que se ejercen potestades atribuidas por, según los términos del fallo “Delfino”, una delegación legislativa impropia. PETRACCHI, por su parte, sostuvo que “Si la República está organizada como un Estado de derecho, en el que gobierno y gobernador se encuentran sometidos a la ley, y no al mero voluntarismo de uno u otros, el aserto transcrito es insostenible, pues presupone la negación, entre otros principios de la Constitución Nacional, del relativo a su supremacía y a la estructura jerárquica de las normas jurídicas dictadas en su consecuencia (art. 31). Ninguna norma cede ante ‘programas de gobierno’, sino ante otras normas, y, en primer lugar, ante la Constitución, la cual a su vez no cede ante nada ni nadie (...). Es de la ley de donde surge el ‘programa’, y no de éste de donde se infiere la existencia de aquélla”.

Puede verse que las contundentes y duras críticas que los ministros que sustentaron el voto minoritario hicieron a la pretensión del Estado Nacional no bastaron para convencer al resto de los

magistrados, y se permitió que la figura del decreto delegado perdurase y se expandiese, pasándose a admitirse con un criterio más amplio que nunca. QUIROGA LAVIÉ opina que este fallo "... tiene por objeto borrar la diferencia entre reglamentos ejecutivos, permitidos en la Constitución, y delegación legislativa, prohibida en la teoría pura de la Corte, pero permitida en los hechos cambiándole el nombre a las cosas"²³.

5. La acogida positiva del decreto delegado en la reforma constitucional de 1994

Poco tiempo después del mencionado fallo "Cocchia", fue convocada una Convención Constituyente para reformar la Constitución Nacional. El objetivo político principal de esta convocatoria era lograr que el Presidente en ejercicio, Carlos Menem, lograra un segundo mandato, ya que la Constitución vigente lo prohibía. No obstante ello, la principal fuerza opositora, liderada por el Ex Presidente Raúl Alfonsín logró arrancar ciertas concesiones que tenían como propósito reducir los poderes de la figura presidencial y otorgar mayores potestades al Congreso, de manera que se fortaleciera la división de poderes. El arreglo al que se llegó fue conocido como "Pacto de Olivos". El mismo objetivo fue plasmado en la Ley 24.309 de Declaración de Necesidad de Reforma Constitucional, que convocaba a la elección de una Convención Constituyente y fijaba sus competencias. A pesar de todo esto, como ya se ha expresado en la introducción de este trabajo, los resultados fueron inversos a los esperados.

El artículo en el cual centraré el análisis es el art. 76 CN, incorporado al texto constitucional en la reforma. Dicha normativa comienza, como dije previamente, proscribiendo en términos generales los decretos delegados, a la vez que establece que estará permitida la delegación legislativa "... en materias determinadas de administración o de

emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa". Asimismo, se insertó una disposición transitoria, hoy irrelevante, según la cual las delegaciones legislativas aún no ejercidas al momento de dictado de la Constitución (o sea, donde no se había dictado todavía el decreto delegado) caducarían pasados cinco años, salvo ratificación expresa del Congreso. A su vez, el art. 100 inc. 12 CN dispone que el Jefe de Gabinete de Ministros (órgano creado en la reforma) deberá "...refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente". Por último, el art. 99 inc. 3 aclara que "El Jefe de Gabinete de Ministros personalmente y dentro de diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de representantes de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso".

La Comisión Bicameral Permanente se trata de una comisión legislativa creada por la Reforma, que a diferencia de las otras, que pueden ser *ad-hoc* (si fueron creadas para el debate de un tema particular) o no, debe necesariamente existir por mandato constitucional, ya que su imprescindible función es realizar un control de legalidad sobre los decretos delegados y los decretos de necesidad y urgencia. Por supuesto, sus dictámenes no son vinculantes para el plenario de las Cámaras.

Comparto la opinión de CARLOS BALBÍN, quien sostiene que, a la hora de interpretar las normativas constitucionales sobre el tema, "...es necesa-

rio recurrir a los principios y método sobre interpretación de las normas constitucionales que nos permite integrar el modelo jurídico en términos razonables, profundos y coherentes (...), la interpretación más razonable conforme el principio democrático es aquella que favorece la participación del Congreso en el trámite de las regulaciones”²⁴. Por ello, debe emplearse una exégesis restrictiva de las potestades del Poder Ejecutivo.

BALBÍN estructura los requisitos de los decretos delegados dividiéndolos en requisitos materiales, subjetivos y formales, de admisibilidad y de control. En cuanto a los requerimientos materiales, según surge de la literalidad del texto normativo, las materias deben versar sobre administración o emergencia pública. El concepto de materias de administración es amplísimo, ya que abarca “...aquellas cuyo núcleo es el conjunto de actividades propias y normales del Poder Ejecutivo según el ordenamiento vigente”. Por emergencia, en cambio, debe interpretarse una situación marcada por un “...hecho sobreviniente (que) constituye una situación de corte extraordinario que gravita sobre el orden económico y social (...) y origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin”. Ahora, en cuanto las materias prohibidas, BALBÍN entiende que debe aplicarse la lógica del inc. 3 del art. 99 CN, que proscribió que los DNU versen sobre cuestiones penales, tributarias, electorales y de partidos políticos, opinión que comparto. Además, se consideran prohibidas todas aquellas materias en las cuales la Constitución exija el principio de legalidad formal de manera específica, lo que abarca todos los supuestos de leyes que requieran mayorías especiales. También deben excluirse las atribuciones del Congreso propias de la división de poderes y que quedarían desnaturalizadas de ser ejercidas por el Presidente (*vgr.* juicio político, amnistías generales, nombramiento de funcionarios, etc.) y los actos complejos en que intervienen ambos poderes (*vgr.* la firma, aprobación y ratificación de los tratados internacionales). Lamentablemente, los estrictos criterios referentes a las materias delegables que la doctrina propone

no tuvieron asidero en la jurisprudencia, y tampoco fueron respetados por los legisladores a la hora de delegar sus facultades.

El requisito subjetivo y de forma refiere a los órganos competentes y el trámite. El órgano delegante es el Congreso, y el delegado es el Presidente, y no cabría, en principio, que la delegación recaiga en ningún otro órgano u ente administrativo dependiente de éste. No obstante, la Corte ha entendido que el legislador puede autorizar la subdelegación legislativa por parte del Presidente en los órganos inferiores de la Administración. Pero aun así, una vez dictado el reglamento, este debe ser firmado por el Presidente personalmente y refrendado por el Jefe de Gabinete y los ministros del ramo, para luego ser elevado a la Comisión Bicameral.

En cuanto al requisito de admisibilidad, la ley de delegación debe incluir las bases de la delegación y el plazo en que debe dictarse el reglamento delegado. Las bases son “...los principios y criterios que debe seguir el Poder Ejecutivo en el ejercicio de las potestades legislativas delegadas”. Éstas deben ser “precisas, singulares e inequívocas”, puesto que hacen las veces del *intelligible standard* de la doctrina norteamericana. El Presidente, por otra parte, no podrá dictar el decreto fuera del plazo de delegación, que deberá incluirse en la norma, expresa o tácitamente.

Por último, el requisito de control refiere a la intervención del Congreso para efectuar el contralor de lo dictado por el Ejecutivo. En seguimiento del trámite que disponga el Congreso por ley especial, el Jefe Gabinete elevará a la Comisión el reglamento dentro de los diez días de su dictado. No obstante ello, el decreto comenzará a regir desde el momento de su publicación. Dentro de los diez días de recibido, la Comisión deberá emitir un dictamen no vinculante sobre la legalidad del decreto, y lo elevará a las Cámaras, las cuales no tienen un plazo para tratar la cuestión. De rechazar el reglamento, éste será derogado. Cabe aclarar que este control ejercido por el Congreso no obsta

a que el Poder Judicial ejerza su propio control de constitucionalidad, tanto de la ley de delegación, como del decreto delegado²⁵.

6. Evolución del instituto desde 1994

Lo primero a destacar es que la “ley especial” que la Constitución requería que fuese dictada para regular el trámite de los decretos delegados y la intervención del Congreso no fue sancionada hasta el año 2006. Además, y lo que es aún peor, la Comisión Bicameral Permanente no había sido constituida hasta el dictado de esa norma. De manera que hubo más de diez años de mora legislativa para dictar una ley fundamental para el funcionamiento de las instituciones republicanas, generando, en un principio, una gran incertidumbre acerca de la validez de los decretos que se dictasen pese a la grosera demora en dictar la norma.

El Estado operó en este limbo jurídico hasta 1999, año en el que hubo un pronunciamiento de la Corte acerca del efecto de la falta de esta norma esencial. Cabe aclarar que el fallo de la Corte versa específicamente sobre los decretos de necesidad y urgencia, pero dado que la Constitución establece el mismo régimen para el trámite de control de los DNU y los DD, la conclusión del tribunal es aplicable por analogía a estos últimos. La decisión del Máximo Tribunal, en el caso “Verrocchi”²⁶, fue que la existencia de la ley especial requerida por la Constitución no era óbice para la validez de los decretos dictados. Dicha decisión resulta discutible porque, si bien se permitió que se desatendiera la rigurosidad plasmada en el control legislativo que la Constitución previó para fiscalizar los DNU (así como también los DD), tampoco sería razonable que el Poder Ejecutivo carezca de una atribución que la Carta Fundamental le garantiza por una omisión de otro poder. En un voto disidente adecuadamente fundado, el magistrado ENRIQUE PETRACCHI sostuvo que el Presidente no

podría dictar estos decretos hasta tanto se sancionase tal ley, puesto que la Constitución la previó como condición para hacer operativa la potestad del Ejecutivo. Otra conclusión importante a la que se llegó en este fallo, por unanimidad, es que el Poder Judicial tiene la facultad y el deber de ejercer su control de constitucionalidad para revisar los DNU y DD.

De cualquier manera, esta cuestión se tornó abstracta en el año 2006 con la sanción de la Ley 26.122. Esta ley regula además los regímenes de los DNU y de la promulgación parcial de leyes. Esta ley dispone que el decreto delegado, adquiere plena vigencia desde su publicación y que dentro de los diez días, el Jefe de Gabinete lo remitirá a la Comisión Bicameral Permanente, finalmente constituida, para que emita un dictamen. Dicho organismo está integrado por ocho diputados y ocho senadores, con una composición proporcional a las fuerzas políticas de cada cámara, y funciona incluso en períodos de receso parlamentario. Si no se lo remite en el plazo previsto, la Comisión podrá comenzar a elaborar su dictamen de todas formas. La Comisión realizará un control de legalidad para verificar que el Ejecutivo haya cumplido con los requisitos materiales, temporales y formales, y no se haya apartado de las bases de la delegación. Dicho dictamen deberá estar listo y remitirse al pleno de las Cámaras en diez días contados desde la recepción del decreto. Si la Comisión no lo remite en el tiempo previsto, las Cámaras podrán comenzar a avocarse al estudio del decreto igualmente. No hay plazo explícito para que las Cámaras se expidan, ya que la Ley sólo dispone que, deben darle “...inmediato y expreso tratamiento”. El pleno legislativo deberá estudiar el decreto teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en el dictamen, y finalmente explyarse sobre la validez del reglamento. El rechazo debe ser expreso, y debe configurarse por el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara. El Congreso no puede introducir modificaciones al decreto, debiendo aceptarlo o rechazarlo íntegramente. El rechazo tiene por

efecto la derogación del decreto, manteniendo a salvo los derechos que hubiesen sido adquiridos durante su vigencia. Este régimen no obsta al ejercicio de las potestades ordinarias del Congreso, que en cualquier momento puede derogar por el procedimiento habitual tanto el decreto delegado como la propia ley de delegación.

En el nuevo milenio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue delineando el régimen de los decretos con jurisprudencia restrictiva de la potestad del Poder Ejecutivo. En el año 2003, cuando todavía se sufrían las secuelas de la crisis económica que sacudió al país dos años antes, el máximo tribunal entendió que era inconstitucional un decreto delegado que establecía que los depósitos bancarios realizados en dólares debían ser devueltos en pesos, cuando la norma de delegación, la Ley 25.561, establecía entre las bases de la habilitación que se debía “preservar el capital perteneciente a los ahorristas”²⁷. Por otro lado, ese mismo año en el caso “Selcro”²⁸, la Corte declaró la inconstitucionalidad de un decreto delegado que versaba sobre materia tributaria, debido a que ese fuero es exclusivo del Congreso, por el principio de legalidad formal. En el caso “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”²⁹, del año 2006, la Corte sostuvo que “...el riesgo que de todos modos enfrentan las constituciones al admitir la delegación legislativa es que ésta se lleve a cabo de manera extremadamente amplia e imprecisa”. De esta manera, interpreta que en estos casos hay dos opciones: “...o bien anular la ley delegatoria por no fijar un lineamiento inteligible, o bien interpretar muy restrictivamente la eficacia de la delegación y, por lo tanto, limitar las posibilidades de que el acto en cuestión pueda encontrar apoyo en la delegación excesivamente vaga”.

Teniendo en cuenta las bases del modelo constitucional, la Corte opta por el segundo camino, entendiendo que “...cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por

el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria...”, es decir que “... la defensa del decreto legislativo tendrá mayores probabilidades de éxito cuanto más claras sean las directrices de la ley delegatoria y menores, cuando ellas consistan sólo en pautas indeterminadas”, de manera que mientras mayor sea la imprecisión de la delegación, menor será el alcance del decreto. Por otra parte, en su voto concurrente con el fallo mayoritario, la magistrada ELENA HIGHTON destacó la voz “determinadas” de la frase “determinadas materias de administración o emergencia” cuando el texto constitucional refiere a las materias que pueden ser objeto de delegación. Según la Jueza, este término alude a la precisión con la que deben delegarse las facultades.

Pero pese a la línea jurisprudencial restrictiva, la realidad es que el Congreso tiende a delegar atribuciones extraordinariamente amplias al Presidente, derivando en lo que se podría interpretar, no como una delegación legislativa, sino como una *renuncia legislativa*, por la cual el Parlamento abdica sus potestades a favor de la Administración. ALFREDO VÍTOLO sostiene: “El nuevo artículo 76 de la Constitución Nacional, lejos de ser, como expresaba Quiroga Lavié ‘una de las más severas limitaciones al poder presidencial que ha dispuesto la reforma’, ha sido en la práctica la puerta a admitir las más amplias y descontroladas delegaciones de nuestra historia constitucional, tal como lo ponen de manifiesto las recientes leyes 25.414 y 25.561. Estas leyes, motivadas por la emergencia, delegan amplísimas facultades en el Poder Ejecutivo, sujetándolas solamente a un teórico control legislativo”³⁰.

Las leyes aludidas son leyes de emergencia pública dictadas tras la crisis económica que sufrió el país en el año 2001. No obstante las circunstancias extraordinarias de su sanción, la Ley 25.561 fue siendo renovada sucesivamente año a año y hoy en día sigue vigente en lo sustancial. Esta ley otorga facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo, entre las cuales se destacan: fijar el sistema que de-

termine el tipo de cambio, pautar las retenciones a la exportación de hidrocarburos, fijar las tarifas de los servicios públicos, renegociar los contratos de concesión de servicios públicos, regular los precios de los bienes de la canasta básica, etc. Estos ejemplos demuestran que las restricciones a los decretos delegados impuestos por las cláusulas constitucionales y la jurisprudencia de la Corte no resultan tan efectivas en la práctica.

7. Propuestas para la reforma de la Ley 26.122

La Ley 26.122 tiene, a mi entender, numerosas deficiencias, producto de la falta de voluntad política por parte del Congreso, al momento de sancionarla, de limitar las potestades presidenciales. Parece estar diseñada para, en la práctica, incapacitar al contralor que el Parlamento pueda ejercer sobre los actos del Ejecutivo. A pesar de que esta ley trata no solamente el trámite de los DD, sino también los DNU y las promulgaciones parciales de leyes, me concentraré específicamente en el primero.

Creo que el principal defecto de la ley es la forma en que el Congreso tiene que expresar su voluntad para rechazar el decreto. En vez de optar por un criterio amplio, que sería lo correcto dado el principio de que la actuación legislativa de la Administración es excepcional, elige un criterio sumamente restrictivo al momento de interpretar la negativa. Cabe recordar que las Cámaras *no tienen plazo para explayarse sobre el decreto*, por lo que pueden no pronunciarse indefinidamente. Así, en la mayoría de los supuestos, se considerará que el Congreso no rechaza el reglamento. Específicamente, la aceptación (tácita o expresa) se produce: 1) si ambas Cámaras aceptan expresamente el decreto; 2) si una Cámara acepta el decreto y la otra lo rechaza; 3) si una Cámara acepta el decreto y la otra no se pronuncia; 4) Si una Cámara rechaza el decreto y la otra no se pronuncia; 5) Si ninguna de las Cámaras se pronuncia. En contraste, sólo existe

una posibilidad para que el decreto sea rechazado, y ésta es que ambas Cámaras expresen su rechazo por el reglamento.

Comparto la opinión de BALBÍN cuando expresa que “el legislador debió prever el plazo en que el Congreso debe expedirse y, en caso de vencimiento de éste, interpretarlo como rechazo del decreto. A su vez, el rechazo (expreso o implícito) de cualquiera de las Cámaras debió entenderse como rechazo del propio decreto, más allá del criterio de la otra Cámara”³¹. Esto debiera ser así toda vez que se requiere el consentimiento de ambas Cámaras para crear una ley, no solamente el de una, puesto que así es como está diseñado el sistema constitucional.

El Senado, en representación igualitaria de las provincias, y la Cámara de Diputados, en representación proporcional del pueblo, ejercen un control recíproco, y el consenso de ambos es generador de Derecho, pero este consenso *debe existir, y debe ser expreso*. Es por ello que no puede admitirse que el decreto delegado, que es en sí una norma dictada por el Presidente en ejercicio de materias de reserva legislativa, encuentre autorización por parte del Congreso cuando una de las Cámaras lo rechace, o no se pronuncie al respecto. A esto debe sumársele que la Constitución ha querido dejar sentado como regla general que las delegaciones legislativas no están permitidas, y sólo excepcionalmente pueden estarlo. Por eso, debe aplicarse el criterio más restrictivo posible al permitir la delegación. En conclusión, debería requerirse un plazo para que el Congreso se exprese. Si *cualquiera* de las Cámaras se expresó en negativa, o no se expresó una vez corrido el plazo, el decreto debería caer.

Por último, la ley dispone que la derogación del decreto delegado sólo tiene efectos jurídicos a futuro. También aquí comparto la opinión de BALBÍN³², quien expresa que debe diferenciarse las consecuencias cuando el Congreso rechaza el reglamento por motivos de ilegitimidad, y cuando lo hace por motivos de mérito, oportunidad o conveniencia. Si el Congreso entiende que el Poder

Ejecutivo ejerció válidamente sus facultades delegadas, esto es, acorde a las bases de delegación y las prescripciones constitucionales, pero no comparte su criterio en cuanto a la conveniencia de las medidas adoptadas, puede derogar el decreto, pero éste mantendrá todos los efectos jurídicos producidos hasta el momento, por ser una norma jurídica válida. Por otro lado, si el Congreso, al ejercer su control, descubre que el decreto delegado era ilegítimo, total o parcialmente, ya sea por contrariar las bases de delegación o quebrantar las directrices constitucionales, no se tratará de una *derogación* del decreto, sino de una *invalidación* de éste. Por lo tanto, en este caso, el Congreso habrá ejercido su control de legalidad, y, al interpretar que el decreto es nulo, deberán caer retroactivamente todos los efectos jurídicos producidos bajo el amparo de una norma ilegítima e inconstitucional. Por supuesto, el control de legalidad que corresponde al Congreso no obsta al control concurrente que podrá ejercer, dada una causa justificable, el Poder Judicial.

Otra omisión de la ley, que había anticipado BIRDART CAMPOS³³, es la falta de previsión acerca de qué ocurre si el Poder Ejecutivo dicta un decreto delegado sin calificarlo como tal, con el objeto de evadir el procedimiento de control legislativo. La Ley debió prever que, ante esta maniobra fraudulenta, el Congreso pueda avocarse al estudio inmediato del decreto, sin necesidad de que se lo someta al dictamen previo de la Comisión Bicameral.

Conclusión

La problemática de los decretos delegados tiene su origen en la creciente injerencia del Poder Ejecutivo en la vida institucional argentina. El instituto fue una creación *de facto*, surgida a partir del modo de gobernar que han tenido los Presidentes en nuestra historia, y que, pese a no encontrar resguardo alguno en el Derecho positivo (sino, más bien, un expreso repudio), ha logrado prosperar bajo el amparo de una corriente jurisprudencial

sumisa al poder político de turno, y un temor reverencial por parte de los legisladores. La principal víctima de esta mala práctica en la que la división de poderes es deformada para dar lugar a un Poder que ejerza un dominio absoluto sobre los otros dos, es el propio pueblo. Así, según NINO, se confirma "...en la desvirtuación del espíritu y muchas veces de los textos constitucionales, en la concesión y asunción de facultades extraordinarias por parte del Presidente, la tendencia a la ajuricidad que ha sido una constante en nuestra práctica político institucional, aún en períodos con gobiernos *de iure*"³⁴.

Esta práctica patológica fue finalmente cristalizada en la reforma constitucional de 1994 que fue a toda máquina contra su primordial objetivo de menguar la figura presidencial, y la dejó más fuerte que nunca. Como expresa VÍTOLO, los constituyentes del '94 "...incrementaron sustancialmente las atribuciones del Poder Ejecutivo exacerbándolo y modificando el diseño constitucional original, sin generar -en gran medida por falta de acuerdo y decisión política- los necesarios controles constitucionales tendientes a evitar el desborde del poder tan temido por los constituyentes de 1853"³⁵.

El control que el Poder Legislativo teóricamente debería ejercer sobre el Presidente al dictar los decretos delegados es prácticamente inexistente, dado que los miembros del Congreso suelen estar, en su mayoría, subordinados a la voluntad política del Presidente, que es, en casi todos los casos, el titular del partido dominante en la escena política.

Hoy más que nunca deben recordarse los valores que fundan la doctrina de la separación de poderes, la cual "...lejos está de ser una mera división administrativa de facultades, o un diseño de simple conveniencia, para ser la principal garantía de los individuos contra el abuso del poder"³⁶. Es el deber irrenunciable de toda la ciudadanía sostener estos principios que solventan los mismos pilares del sistema republicano y la democracia, y debe exigírsele al Poder Ejecutivo que no abuse de este gran poder del que goza, y a los Poderes

Legislativo y Judicial que no abandonen sus respectivos roles, puesto que la Constitución ha confiado en ellos la tan magna tarea de procurar la protección de los derechos y las garantías de los cuales han de gozar todos los habitantes.

Para concluir esta obra, invito, a modo de reflexión, a recordar las palabras expresadas en el dictamen del previamente citado Procurador General SEBASTIÁN SOLER en el célebre caso “Cine Callao”:

“Cuando un determinado poder, con el pretexto de encontrar paliativos fáciles para un mal ocasional, recurre a facultades de que no está investido, crea, aunque conjure aquel mal, un peligro que entraña mayor gravedad y que una vez desatado se hace de difícil contención: el de identificar atribuciones legítimas en orden a lo reglado, con excesos de poder. Poco a poco la autoridad se acostumbra a incurrir en extralimitaciones, y lo que en sus comienzos se trata de justificar con referencia a situaciones excepcionales o con la invocación de necesidades generales de primera magnitud, se transforma, en mayor o menor tiempo, en las condiciones normales de ejercicio del poder. Ocurre después algo peor. Los mismos gobernados se familiarizan con el ejercicio por parte del gobierno, de atribuciones discrecionales para resolver problemas. Y entonces, consciente o subconscientemente, pero siempre como si el derecho escrito vigente hubiera sido sustituido o derogado por un nuevo derecho consuetudinario, cada sector de la comunidad exige, si está en juego su propio interés y es preciso para contemplarlo, que la autoridad recurra a cualquier desvío o exceso de poder”³⁷.

Bibliografía

Doctrina

Juan B. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la Organización Política de la República Argentina*, Buenos Aires, El Foro, 2007.

Carlos F. BALBÍN, *Manual de Derecho Administrativo* (Segunda ed.), Buenos Aires, La Ley, 2013.

Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

Miguel Á. EKMEKDJIAN, *Manual de la Constitución Argentina* (Sexta ed.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.

Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, F.D.A., 2013.

Carlos S. NINO, *Un país al margen de la ley* (Cuarta ed.), Ariel, Buenos Aires, 2011.

Carlos S. NINO, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Constitución de la Nación Argentina Comentada* (Tercera ed.), Buenos Aires, Zavalía, 2000.

Alfredo M. VÍTOLO, “Crónica de una muerte anunciada (la reforma de 1994 en perspectiva)”, en *El Derecho*, 18/02/2002.

Alfredo M. VÍTOLO, *La Ley* (Obra inédita), Buenos Aires, 2011.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Agencia Marítima Delfino S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: T. 303 P. 1568 (20/06/1927).



Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Criminal c/ Ríos, Ramón y otro", Fallos: T. 1 P. 32 (17/11/1863).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Mouviel, Raúl Oscar y otros s/ desórdenes, art. 1° inc. c) - escándalo, art. 1° inc. a)", Fallos: T. 237 P. 636 (17/05/1957).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Prattico, Carmelo, y otros c/ Basso y Cía.", Fallos: T. 246 P. 345 (20/05/1960).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional y otros/ acción de amparo", Fallos: T. 316 P. 2624 (02/12/1993).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional

- Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo", Fallos: T. 322 P. 1726 (19/08/1999).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo", Fallos: T. 326 P. 417 (05/03/2003).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Selcro S.A. c/ Jefatura Gabinete Mos. deci. 55/00 (dto. 360/95 y 67/96) s/ amparo ley 16.986", Fallos: T. 326 P. 4251 (21/10/2003).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo", Fallos: T. 331 P. 2406 (04/11/2008).

Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Cine Callao", Fallos: T. 247 P. 121 (22/06/1960).

-
- * Estudiante de séptimo semestre de Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Funcionario de la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina. tomas_guisado@hotmail.com
- 1 Carlos S. NINO, *Un país al margen de la ley* (Cuarta ed.), Buenos Aires, Ariel, 2011, p. 25.
 - 2 Alfredo M. VÍTOLO, “Crónica de una muerte anunciada (la reforma de 1994 en perspectiva)”, en *El Derecho*, 18/02/2002.
 - 3 Juan B. ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la Organización Política de la República Argentina*, Buenos Aires, El Foro, 2007, pp. 42-44.
 - 4 Alfredo M. VÍTOLO, “Crónica de una muerte anunciada (la reforma de 1994 en perspectiva)”, *op. cit.*
 - 5 Alfredo M. VÍTOLO, *La Ley* (Obra inédita), Buenos Aires, 2011.
 - 6 Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, Buenos Aires, Ediar, 2008, Tomo III, p. 205.
 - 7 Alfredo M. VÍTOLO, “Crónica de una muerte anunciada (la reforma de 1994 en perspectiva)”, *op. cit.*
 - 8 Carlos F. BALBÍN, *Manual de Derecho Administrativo* (Segunda ed.), Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 96.
 - 9 Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, *op. cit.*, p. 248.
 - 10 Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, F.D.A., 2013, Tomo 8, p. 90.
 - 11 Carlos F. BALBÍN, *Manual de Derecho Administrativo* (Segunda ed.), *op. cit.*, p. 92.
 - 12 Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Agencia Marítima Delfino S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: T. 303 P. 1568 (20/06/1927).
 - 13 Miguel Á. EKMEKDJIAN, *Manual de la Constitución Argentina* (Sexta ed.), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 95.
 - 14 Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, *op. cit.*, p. 244.
 - 15 Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Constitución de la Nación Argentina Comentada (Tercera ed.)*, Buenos Aires, Zavalía, 2000, p. 536.
 - 16 Carlos F. BALBÍN, *Manual de Derecho Administrativo* (Segunda ed.), *op. cit.*, p. 92.
 - 17 Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Criminal c/ Ríos, Ramón y otro”, Fallos: T. 1 P. 32 (17/11/1863).
 - 18 Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Agencia Marítima Delfino S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: T. 303 P. 1568 (20/06/1927).



- 19 Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Constitución de la Nación Argentina Comentada (Tercera ed.)*, op. cit., pp. 533-534.
- 20 Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Mouviel, Raúl Oscar y otros s/ desórdenes, art. 1° inc. c) - escándalo, art. 1° inc. a)”, Fallos: T. 237 P. 636 (17/05/1957).
- 21 Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Prattico, Carmelo, y otros c/ Basso y Cía.”, Fallos: T. 246 P. 345 (20/05/1960).
- 22 Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Cocchia, Jorge Daniel c/ Estado Nacional y otros/ acción de amparo”, Fallos: T. 316 P. 2624 (02/12/1993).
- 23 Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Constitución de la Nación Argentina Comentada (Tercera ed.)*, op. cit., p. 535.
- 24 Carlos F. BALBÍN, *Manual de Derecho Administrativo (Segunda ed.)*, op. cit., p. 100.
- 25 *Ibidem*, pp. 100-109.
- 26 Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo”, Fallos: T. 322 P. 1726 (19/08/1999).
- 27 Corte Suprema de Justicia de la Nación. “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción de amparo”, Fallos: T. 326 P. 417 (05/03/2003).
- 28 Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Selcro S.A. c/ Jefatura Gabinete Mos. deci. 55/00 (dto. 360/95 y 67/96) s/ amparo ley 16.986”, Fallos: T. 326 P. 4251 (21/10/2003).
- 29 Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/ amparo”, Fallos: T. 331 P. 2406 (04/11/2008).
- 30 Alfredo M. VÍTOLO, “Crónica de una muerte anunciada (la reforma de 1994 en perspectiva)”, op. cit.
- 31 Carlos F. BALBÍN, *Manual de Derecho Administrativo (Segunda ed.)*, op. cit., pp. 108-109.
- 32 *Ibidem*, p. 109.
- 33 Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución Reformada*, op. cit., p. 255.
- 34 CARLOS S. NINO, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 529.
- 35 Alfredo M. VÍTOLO, *La Ley (Obra inédita)*, op. cit.
- 36 *Ibidem*.
- 37 Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Cine Callao”, Fallos: T. 247 P. 121 (22/06/1960).

La protección jurídica de la democracia en América del sur

Nahuel Adrian Banegas Romañach*

“El hombre ha nacido libre, y sin embargo vive encadenado en todas partes”¹.

“La necesidad de protección contra la interferencia imprevisible constituye la condición esencial de la libertad individual y su aseguramiento es la principal función de la ley”².

RESUMEN

Hemos redactado un ensayo de compilación que muestra en primer lugar una definición de democracia, intentando conocer sus implicancias y vigencia en América del Sur, para luego preguntarnos si la misma puede considerarse objeto de protección jurídica. Habiendo respondido afirmativamente, presentaremos los aspectos que comprenden dicha defensa, la forma de gobierno y su funcionamiento, realizando un análisis detallado de cada uno y tratando particularmente en el primer punto, lo referente a la protección colectiva de la democracia.

PALABRAS CLAVE

Democracia, América del Sur, Derecho Penal, Poderes públicos, Administración pública, rebelión, corrupción, protección colectiva.

ABSTRACT

We have drafted an essay compilation showing, firstly a definition of democracy, then we focus in its implications and effect in South America, to then ask if it can be considered object of legal protection, and having answered affirmatively, present the aspects comprising such a defense, the form of government and its validity, by performing a detailed analysis of each and particularly in addressing the first point, the issue concerning the collective protection of democracy.

KEYWORDS

Democracy, South America, Criminal law, Government, Public administration, rebellion, corruption, collective protection.

aprehendido, en los países de América del Sur.

SUMARIO

Introducción. 1. Concepto de democracia. 2. La democracia en América del Sur. 3. ¿Qué aspectos comprende la protección jurídica de la democracia? 3.1 Forma de gobierno. 3.1.1 Mandatos constitucionales. 3.1.2 Protección colectiva. 3.2 Funcionamiento del sistema democrático. 3.2.1 Corrupción. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

Este ensayo busca comprender si el sistema de gobierno que hemos adoptado en América del Sur, la democracia, es entendido en sus conceptos básicos de manera similar en los diversos países de la región, y si en tal sentido se encuentra protegido jurídicamente, porque podemos partir de una organización con características democráticas, pero si no está efectivamente a resguardo, en este caso en particular, su plena realización es poco probable.

Respecto de la metodología utilizada en la investigación, podemos decir que hemos elegido la estructura propia de compilación³. Así, este ensayo trata de un avance en un proyecto más profundo, que tiene como horizonte trabajar con un número mayor de ordenamientos, con miras al derecho comparado, estableciendo relaciones, fundamentalmente entre Europa y América del Norte, en conexión con lo expuesto en el presente trabajo.

El lector podrá notar que comenzamos por ver qué entendemos por democracia, para descubrir el enorme universo de valores y realidades que la componen y aunque la definamos brevemente como una forma de gobierno, hace también a nuestra vida social, cultural, y económica. En segundo término, revisaremos la aplicación del concepto

En la sección central nos preguntaremos cuáles son los aspectos de la protección jurídica de la democracia, que para nosotros consisten en: I. la vigencia del sistema democrático, esto es la permanencia de los poderes institucionales y la respectiva sanción del delito de rebelión; además realizaremos el abordaje de la protección colectiva de la democracia, por entender que si un grupo rebelde reemplaza al gobierno legítimo, evidentemente este no tendrá las herramientas necesarias para reinsertarse en la conducción, necesitando de sus Estados aliados, justamente para recuperar la vigencia del sistema. II. El correcto funcionamiento del gobierno, apuntando aquí especialmente sobre el combate contra la corrupción. Finalmente, la etapa que culminará los objetos del presente artículo consiste en la presentación de nuestras conclusiones.

1. Concepto de democracia

Los ciudadanos de América del Sur, que gozamos en nuestros gobiernos del sistema democrático, estamos ciertamente familiarizados con su concepto. Más aún, por nuestra experiencia histórica, signada por interrupciones militares durante todo el siglo pasado, hoy sería muy difícil imaginar una forma de gobierno distinta. Sin embargo, un breve repaso por los titulares más resonantes de los medios de comunicación, nos permiten ver que existen países no democráticos. De hecho, representamos menos de la mitad del total, en la panorámica global, sólo 62 de 193 Estados; al investigar un poco más, con sorpresa descubrimos que hace doscientos años, existía solamente uno. Hoy, vivir bajo un sistema democrático constituye un verdadero derecho humano:

“La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad

se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto”⁴.

Sin duda la primera frase que aparece en nuestra mente es “el gobierno de muchos”. Ahora bien, para abordar la definición científica utilizaremos los escritos de Robert DAHL y Giovanni SARTORI, pero fundamentalmente en esta primera parte del ensayo, a un gran abocado a la ciencia política, Norberto BOBBIO, quien distingue tres usos frecuentes de democracia, el descriptivo, el prescriptivo y el histórico, que veremos seguidamente.

Respecto del primer uso, en la Política de PLATÓN aparece la tripartición de las formas de gobierno dependiente del número de gobernantes: monarquía, aristocracia y democracia. BOBBIO cita también a otros clásicos de la filosofía política, quienes clasifican, nuevamente, con respecto al número, “se encuentra en el Defensor Pacis de Marsilio de Padua, en los Discursos de la primera década de Maquiavelo, en el De la Republice de Bodin, en las obras políticas de Hobbes, en Spinoza, en Locke, y en Vico”⁵; así, todos ellos han considerado que en el primer caso se trata del gobierno de uno solo, en el segundo, el de unos pocos y finalmente (el caso que nos interesa) el de muchos, ya que en honor a la verdad, y como se ve donde surge, en la Polis, evidentemente no se trataba de la totalidad, sino de los ciudadanos griegos, que si bien hoy los derechos políticos están extendidos, no todos participan del gobierno.

En este punto es necesario reconocer que efectivamente el término “democracia” comenzó a utilizarse en Grecia y etimológicamente se divide en raíz “*demos*” que significa todos y su desinencia “*kratos*” que es gobierno.

El uso prescriptivo refiere a si es positivo o negativo para los gobernados; para comprender esto introducimos un diálogo de Otanes, personaje creado por HERÓTODO, que dice: el nom-

bre más bello de todos: igualdad de derecho, y lo define como aquél en que “el gobierno está sometido a rendición de cuentas y todas las decisiones están tomadas en común”⁶; y esta idea la completarán diciendo:

“Y puesto que ella está regida de manera que los derechos civiles pertenezcan no a pocas personas sino a la mayoría, se llama democracia: frente a las leyes, por lo que concierne a los intereses privados, a todos les corresponde un plan de paridad, mientras que por lo que concierne a la consideración pública en la administración del Estado, cada uno es preferido según su excelencia en un determinado campo, no por su procedencia de una clase social más que por lo que vale”⁷.

Siguiendo nuevamente a BOBBIO, mientras que para BODIN, HOBBS, LOCKE, KANT y HEGEL, la mejor forma de gobierno es la monarquía; fundamentalmente porque la consideran eficaz y libre del influjo de la plebe incompetente; reconociendo que es contraria a la libertad individual pero que favorece la unidad del pueblo⁸. En la vereda opuesta se ubica el autor que citamos al comienzo de este ensayo, ROUSSEAU, quien entiende a la libertad como autonomía, definida como “la obediencia de cada uno a la ley que él mismo se ha prescrito”, idea que después de las revoluciones americanas de 1776 y francesa de 1789, y después del nacimiento de las primeras doctrinas socialistas y anarquistas, se volvió uno de los argumentos principales, a favor de la democracia con respecto a cualquier otra forma de gobierno. Sobre esto, entendemos también que el legislador es uno más del pueblo y por lo tanto no puede ir en contra de sí mismo.

Finalmente, para conocer el uso histórico del concepto de democracia, comenzaremos citando a POLIBIO quien dirá en Historias⁹ que:

“Espontáneamente y naturalmente surge antes de cualquier otra forma la monarquía, de la cual deriva, sucesivamente a las opor-

tunas correcciones y transformaciones, el reino. Cuando éste incurre en los defectos propios de su naturaleza y se transforma en tiranía, es abolido y sustituido por la aristocracia. Cuando, según un proceso natural, ella degenera en oligarquía y el pueblo castiga indignado la injusticia de los jefes, surge la democracia. Cuando ésta, a su vez, se mancha de ilegalidad y violencias, con el pasar del tiempo, se constituye la oclocracia”.

Muchos años después y ya inmersos en la edad moderna, donde los intelectuales de la época abordan constantemente el tema de la libertad relacionada con las formas de gobierno, HEGEL sintetizará sus ideas al respecto, de la siguiente manera: “La historia universal es el proceso mediante el cual se realiza la educación del hombre desde el desenfreno de la voluntad natural al universal y a la libertad subjetiva. El Oriente sabía y sabe solamente que uno solo es libre, el mundo griego y romano que unos son libres, el mundo germánico que todos son libres. La primera forma, que encontramos entonces en la historia universal, es el despotismo, la segunda la democracia y la aristocracia, y la tercera la monarquía”¹⁰ Sugiriendo que, a contramano de la realidad política del mundo moderno, la democracia pertenecía al pasado.

En la actualidad, Robert A. DAHL¹¹ analiza la democracia reclamando la existencia de 5 criterios: participación efectiva (iguales oportunidades de los ciudadanos), igualdad de voto, comprensión ilustrada (instrucción sobre las políticas alternativas relevantes y sus consecuencias posibles), control de la agenda (abierto a cambios a pedido de los ciudadanos) e inclusión de los adultos (efectiva inclusión ciudadana).

Para concluir con estas primeras palabras, y proponiendo la universalización de la democracia, Giovanni SARTORI¹² nos dice “No sostengo que el pueblo siempre tenga razón, sino que tiene derecho a equivocarse”; coincidimos con el autor, que describe dos elementos fundamentales de la democracia,

que deben estar presentes en todos los pueblos del mundo para garantizar la prosperidad intelectual: la demoprotección (que da como resultado un pueblo libre) y el demopoder (autogobierno del pueblo). Sugiriendo que lo universalizable sea “la forma”, mientras que el “contenido” sea adaptado dependiendo de la cultura de cada nación.

2. La democracia en América del Sur

“El pueblo reina sobre el mundo político americano, como Dios sobre el universo.

Él es la causa y el fin de todo: todo deriva de él y todo a él lleva”¹³.

El inicio de las democracias modernas llega de mano de las tres revoluciones de los siglos XVII y XVIII. Bernard MANIN nos dice que los cambios ocurridos en Francia, Estados Unidos de América y Gran Bretaña dan origen a las democracias representativas contemporáneas, considerando que la mentalidad de esa época despreciaba la capacidad del pueblo en general; proponían repúblicas donde el manifiesto de la mayoría es el determinante de la decisión política.

A modo de introducción histórica, y porque las democracias de América del Sur se inspiraron en la de Estados Unidos -así lo demuestran sus constituciones-, relataremos que Thomas Jefferson y James Madison fundaron el Partido Republicano, que luego fue bautizado como Democrático Republicano y finalmente como Democrático; este fue el primer partido electoral en el mundo que contó con el apoyo popular. Desde la aparición misma de la democracia en Atenas y de la República en Roma, nunca existió durante los veinticinco siglos de nuestra existencia, ningún tipo de democracia.

En 1953 Robert A. DAHL¹⁴ considera que las instituciones de los gobiernos democráticos re-

presentativos modernos son únicos en la historia política de la humanidad y merecen un nombre propio: democracia poliarcial. Para el profesor de Yale, poliarquía es una democracia moderna con sufragio universal con 6 instituciones características: cargos públicos electos (determinando el carácter representativo), elecciones libres imparciales y frecuentes, respeto por la libertad de expresión, fuentes alternativas de información, autonomía de las asociaciones (incluyendo partidos políticos y grupos de interés independientes), y ciudadanía inclusiva.

Abordando las cuestiones referentes a la duración de los mandatos democráticos, diremos que en América Latina la mayoría cuenta con periodos de entre 4 y 5 años, y Venezuela con uno de 6 que es además la única que permite la reelección indefinida¹⁵; en principio, Juan J. LINZ¹⁶, considera que se han tenido en consideración los ideales de participación y libertad, que señalan que los periodos sean cortos y que exista la posibilidad de remoción; aunque esto provoque que la eficacia disminuya y las responsabilidades sean difíciles de asignar. Adam PRZEWORSKI¹⁷ agrega a este debate un dato curioso: en todo el mundo el 80% de los que estaban en el poder ganaron las elecciones entre 1788 y 2000.

Con el fin de describir el contenido de las democracias en América del Sur, seguiremos aquellos elementos que la resolución 2000/47 de la Asamblea General de Naciones Unidas consideró esenciales en toda democracia: I. Respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales II. Libertad de asociación III. Libertad de expresión y de opinión IV. Acceso al poder y su ejercicio de conformidad con el imperio de la ley V. La celebración de elecciones periódicas, libres y justas por sufragio universal y por voto secreto como expresión de la voluntad de la población VI. Un sistema pluralista de partidos y organizaciones políticas VII. La separación de poderes VIII. La independencia del poder judicial IX. La transparencia y la responsabilidad en la administración pública X. Medios de información libres, indepen-

dientes y pluralistas.

Entendemos que hoy por hoy, estos preceptos tiene vigencia en todos los países de América del Sur, a excepción de Venezuela, que ha denunciado la Convención Americana de Derechos Humanos, y ha dejado el sistema interamericano, por lo que es claro que el respeto por los derechos humanos no encuentra suficiente respaldo en la República Bolivariana.

Finalmente, estas exposiciones tienen respaldo jurídico en los diversos artículos¹⁸ contenidos en las constituciones que determinan el sistema de gobierno democrático en todos los países de América del Sur, salvo claro en la Guyana francesa, que continúa siendo una colonia, por lo que no goza de gobierno autónomo.

3. ¿Qué aspectos comprende la protección jurídica de la democracia?

Debemos reflexionar, como quedó demostrado en el análisis precedente, que el Estado actual de las democracias de América del Sur, responde a un proceso de consolidación democrática, siguiendo las palabras del profesor MORLINO¹⁹, quien lo identifica como una entidad de tiempo variable y en el cual se van aceptando normas válidas por el conjunto de la sociedad, tanto reglas, como comportamientos que legitiman conductas y puede revestir distintas modalidades, así las relaciones entre partidos políticos o entre poderes públicos. El objetivo es que las normas y los preceptos democráticos, señalados en la parte introductoria de este trabajo, se cumplan para garantizar que exista una estructura administrativa eficiente y autónoma que responda al funcionamiento democrático.

Se trata entonces de la sustitución del poder militar, que tanta veces se inmiscuyó en los asuntos

públicos, por el poder civil, con el ascenso de los partidos políticos con un rol importante, junto a otros actores de la sociedad civil, en pos de la integración democrática.

El primero de los aspectos entonces, y como hemos adelantado, consiste en resguardar la vigencia del sistema democrático, esto es la permanencia de la forma de gobierno, a nivel interno, como se verá en el punto siguiente, mediante resguardos constitucionales, pero más importante aún, con el sistema colectivo de defensa democrática, que sólo se logra en cooperación con los demás Estados, como se expone en el subtítulo “Protección Colectiva”. Además, y en segundo lugar, debemos procurar la protección de la “vida democrática”²⁰, esto es el respeto por el desarrollo y funcionamiento de los diversos poderes en nuestros sistemas republicanos de gobierno, donde incluiremos una especial mención al combate contra la corrupción.

3.1 Forma de gobierno

Respecto de la vigencia del sistema democrático, o bien la permanencia del orden constitucional establecido, existen en las diversas doce constituciones de los Estados de América del Sur, sendas referencias al respecto que expondremos en primer lugar, para luego abordar la temática referente a protección colectiva.

3.1.1 Mandatos constitucionales

Comenzaremos señalando que el artículo 36 de la Constitución Nacional Argentina establece que esta mantendrá su imperio aunque se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el sistema democrático, a los que declara “insanablemente nulos”; además, estipula para sus autores la exclusión de los beneficios del indulto y la conmutación de penas, y, entre otras, la sanción prevista en el artículo 29, que establece para los responsables del delito

de traición interna²¹, justamente la pena de “los infames traidores a la patria”, además de determinar la imprescriptibilidad de las acciones respectivas. Junto con el artículo 4 inciso 2 de la Constitución de Bolivia, que señala: “Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya la soberanía del pueblo comete delito de sedición”, son las únicas dos constituciones que recogen explícitamente este atentado contra la forma de gobierno.

En los mismos términos, el artículo 45 de la Constitución de Perú estipula: “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. Ninguna persona, organización, Fuerza Armada, Policía Nacional o sector de la población puede arrogarse el ejercicio de ese poder. Hacerlo constituye rebelión o sedición.

El artículo 44 de la Constitución brasileña dice: “constituyen delito no afianzable e imprescriptible las acciones de grupos armados, civiles o militares, contra el orden institucional y el Estado Democrático”. Asimismo en su Capítulo IV -De Las Funciones Esenciales De La Justicia- en su artículo 127, encomienda especialmente al Ministerio Público la defensa del orden jurídico y del régimen democrático.

Por su parte, el artículo 19 inciso 15 de la Constitución de Chile estipula: “La Constitución Política garantiza el pluralismo político. Son inconstitucionales los partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Corresponderá al Tribunal Constitucional declarar esta inconstitucionalidad”. También se agrega como causal de destitución tanto de los diputados como del presidente, en el artículo 48, una conducta contraria al orden constitucional y al sistema democrático.

En Colombia se consideró que la prevención constituía la mejor manera de defender la democracia. Si bien hay sendas referencias del régimen democrático, es preciso destacar el artículo 41 de su Constitución, que reclama: “En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la Instrucción Cívica. Así mismo se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Estado divulgará la Constitución”; junta al artículo 51, que lo solicita también en la práctica de los deportes, finalizando dicho artículo de la siguiente manera: “El Estado fomentará estas actividades e inspeccionará, vigilará y controlará las organizaciones deportivas y recreativas cuya estructura y propiedad deberán ser democráticas”, ambos complementados por el artículo 67: “La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente”. Dejando maravillosamente sentado en su ley fundamental, la importancia de avanzar en el proceso de consolidación democrática, tanto en los ámbitos de la educación como en el del esparcimiento.

Siguiendo los preceptos identificados en el párrafo precedente, actúan Paraguay en su artículo 73 y Uruguay en el artículo 71, asignándole nuevamente un papel central a la educación para lograr la vigencia de la forma de gobierno democrática. Junto a ellos y en consistentes términos se expresa el artículo 102 de la Constitución de Venezuela:

“La educación es un derecho humano y un deber social fundamental, es democrática, gratuita y obligatoria. El Estado la asumirá como función indeclinable y de máximo interés en todos sus niveles y modalidades, y

como instrumento del conocimiento científico, humanístico y tecnológico al servicio de la sociedad. La educación es un servicio público y está fundamentada en el respeto a todas las corrientes del pensamiento, con la finalidad de desarrollar el potencial creativo de cada ser humano y el pleno ejercicio de su personalidad en una sociedad democrática basada en la valoración ética del trabajo y en la participación activa, consciente y solidaria en los procesos de transformación social consustanciados con los valores de la identidad nacional, y con una visión latinoamericana y universal”.

Para concluir con esta primera comparación de reenvíos constitucionales a la protección jurídica de la democracia, compartimos el artículo 3 de la Constitución de Ecuador que dice: “Son deberes primordiales del Estado: [...] inciso 6: Garantizar la vigencia del sistema democrático y la administración pública libre de corrupción”.

Ahora tres de los tipos penales que han elegido los legisladores para incluir los códigos penales de América del Sur y proteger jurídicamente la democracia. Considerando aquéllos casos en donde se lleva adelante un atentado contra el sistema democrático, ya sea con el fin de reemplazar el orden constitucional o lograr un cometido mediante su acción; y por otro lado donde se presupone que haya triunfado una rebelión y que en consecuencia de ella se haya modificado mediante la fuerza, la Constitución Nacional o depuesto alguno de los poderes del Estado.

En el Código Penal argentino, específicamente en el título X, Capítulo I: “Atentados al orden constitucional y a la vida democrática”, podemos ver estos artículos modelo, el 226 que dice:

“Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio

de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales. Si el hecho descrito en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, [...] la pena será de ocho a veinticinco años de prisión". Debemos destacar también el art. 227 bis: "Serán reprimidos con las penas establecidas en el artículo 215 para los traidores a la patria, con la disminución del artículo 46, los miembros de alguno de los tres poderes del Estado nacional o de las provincias que consintieran la consumación de los hechos descritos en el artículo 226, continuando en sus funciones o asumiéndolas luego de modificada por la fuerza la Constitución o depuesto alguno de los poderes públicos, o haciendo cumplir las medidas dispuestas por quienes usurpen tales poderes" Y finalmente el art. 230: "Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años: I. Los individuos de una fuerza armada o reunión de personas, que se atribuyeren los derechos del pueblo y petitionaren a nombre de éste; II. Los que se alzaren públicamente para impedir la ejecución de las leyes nacionales o provinciales o de las resoluciones de los funcionarios públicos nacionales o provinciales, cuando el hecho no constituya delito más severamente penado por este código".

3.1.2 Protección colectiva

Llegado este punto del análisis, cobra una importancia fundamental destacar el potencial de las organizaciones regionales para en primer lugar, fomentar la propagación de los sistemas democráticos, y en segundo lugar para restablecerlos en caso de perturbación de ese orden.

Comenzaremos trayendo a nuestra memoria los hechos acontecidos a partir de la destitución del presidente de Paraguay, Fernando Lugo, por cuya

evitación bregaron los jefes de Estado de la América del Sur, que personalmente viajaron a Asunción e intentaron impedirlo, aunque finalmente concluyeron el 29 de junio de 2012 con la suspensión del Mercosur por los demás Estados partes, debido a la consideración de que dicha destitución no ocurrió mediante un proceso regular, ocasionando en esa República un verdadero quebrantamiento del orden constitucional y el sistema democrático. Sin embargo, y está aquí el punto determinante, el gobierno paraguayo respetó el proceso previsto en su Constitución y luego del periodo que le restaba al vice-presidente, llevó adelante elecciones y en ningún momento el mando cayó en fuerzas militares, todo bajo la atenta mirada de la UNASUR²². Ahora bien ¿En virtud de qué normas jurídicas actuaron aquéllos Estados? Pues a descubrir estas cuestiones nos abocaremos en esta parte del trabajo.

Además de recordar que el sistema democrático es un requisito previo a la incorporación como miembro al Mercosur, en su seno se han redactado algunos tratados centrales como el Protocolo de Ushuaia sobre Compromiso Democrático en el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile, del 24 de julio de 1998 y el Protocolo de Montevideo sobre Compromiso con la Democracia en el Mercosur, (Ushuaia II) del 20 de diciembre de 2011²³, y el Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur del 19 de junio de 2005; en estos tratados, los Estados parte han asumido importantes compromisos en materia de difusión y respeto de la democracia.

En caso de quiebre o amenaza al sistema democrático, los demás miembros firmantes tienen la obligación de efectuar encuentros de consulta entre sí y con el Estado afectado, si éstas resultaren infructuosas, existirá luego la posibilidad de tomar medidas de tipo inamistoso contra el Estado que ha sufrido dicha alteración en sus instituciones democráticas, aunque esto se deja librado a las partes. Estas contra-medidas pueden ser impedirle participar de los foros del Mercosur, como hemos visto, suspenderlo en los derechos y obligaciones que

emerjan de las normas del bloque entre ese Estado y los demás, básicamente un esquema de presión política en pos de que la vigencia de las instituciones democráticas sea reestablecida lo antes posible.

En una segunda consideración más agravada de las posibles medidas a adoptar, aparecen el cierre total o parcial de las fronteras terrestres, la suspensión del comercio, la limitación del tráfico aéreo o marítimo, de las comunicaciones y de la provisión de energía, servicios y suministros. Incluso se contempla la posibilidad de que los demás propicien suspensión del Estado que ha sufrido el quiebre institucional, no sólo en el Mercosur sino también en otras organizaciones internacionales, disminuyendo así con los beneficios de la cooperación internacional de los que gozaba. Respecto de este punto nosotros encontramos los mayores reparos, ya que un accionar semejante, vulnera efectivamente derechos de las poblaciones, así pues recomendamos limitar las medidas a la consideración primera, sin recurrir a las agravadas.

Asimismo destacamos que la Organización de Estados Americanos, ha sido también un centro receptor de estas ideas, y en la Carta Democrática Interamericana, aprobada en Lima el 11 de setiembre de 2001, ha marcado un rumbo orientado en la consolidación democrática, ya no sólo en América del Sur, sino además en el resto del continente.

3.2 Funcionamiento del sistema democrático

Enfocándonos ahora en los aspectos relacionados al ejercicio efectivo del sistema, ya no la defensa de la forma, sino del contenido, consideramos importante centrarnos solamente en una cuestión fundamental para las sociedades de nuestro tiempo. Sin embargo hubiésemos incluido aquí un desarrollo referente al terrorismo y al crimen organizado, pero tomando como premisa América del Sur, daremos mayor profundidad a la *corrupción*

como principal dilema a la hora de continuar con la consolidación de las democracias.

“La corrupción es la hierba mala de nuestros tiempos, Infecta a la política, la economía, la sociedad”²⁴

Comenzaremos diciendo que este verdadero flagelo ha sido frecuente en todos los países de América del Sur, incluso a los largo del globo, ignorando regímenes políticos. La corrupción de los funcionarios electos de las democracias occidentales, trae graves consecuencias sociales y económicas para toda la población, que se ve privada de lo realmente merece, pero además conlleva severos perjuicios para la política doméstica de cada nación particular que la padece. Su análisis, desde luego debe trascender los aspectos jurídico-penales, y considerar las perspectivas éticas²⁵ y sociológicas; con dicho fin ofrecemos la siguiente definición: “toda conducta que se desvía de los deberes normales inherentes a la función pública debido a consideraciones privadas tales las familiares, de clan o de amistad, con objeto de obtener beneficios personales-en dinero o en posición social”, “cualquier violación del interés público para obtener ventajas especiales” o “toda conducta ilícita utilizada por individuos o grupos para obtener influencia sobre las acciones de la burocracia”²⁶.

Partimos de una primera degradación de valores del corrupto, que además de profesor una baja moral incumple deberes a su cargo, asignados por la función que desempeña en el aparato estatal, responsabilidades que en el caso que nos interesa, vienen dadas por elección popular, y en ese sentido, su accionar no solamente perjudica a la Administración Pública, sino que es un acto de verdadera defraudación al electorado. El bien jurídico protegido de los tipos penales en general²⁷, de las naciones de América del Sur, como el del enriquecimiento ilícito, no comprende sólo el patrimonio de la administración pública, sino que “Lo que se protege es la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración y de quienes la encarnan”²⁸.

Es difícil determinar su impacto real, ya sea por

la complejidad de las operaciones que se desarrollan, o por “la ausencia en casi todos los Estados al menos los latinoamericanos- de mecanismos y medios ajustados de investigación y control que eviten tener como en el presente la llamada «cifra negra»”²⁹. Sin embargo, lo que está claro es que:

“La corrupción afecta notoriamente la credibilidad y la legitimidad de los gobiernos, que recae desgraciadamente sobre todas las Instituciones del Estado. Produce un grave deterioro por la desestabilización del sistema que inevitablemente se origina. En la faz social, la corrupción genera un serio riesgo para valores esenciales como la vida, la salud, la educación y la seguridad”³⁰.

Antes de continuar con la exposición y ver qué podemos hacer para combatirla, debemos llamar la atención sobre una primera forma de corrupción estatal contraria a la democracia, relacionada con la selección y juzgamiento de los funcionarios que integran los poderes del Estado, sobre esto queremos introducir la siguiente recomendación que agrupa las pautas de actuación que deben seguirse para la calificación jurídica de los hechos de los trabajadores mencionados “Primero se debe partir del principio de igualdad y no discriminación en el acceso a la función pública [...] En segundo lugar, las obligaciones del funcionario, entre ellas su deber de fidelidad a los valores constitucionales, [...] el control de los poderes públicos de las conductas delictivas de sus funcionarios y la denuncia de oficio”³¹.

Habiendo visto qué entendemos por corrupción, debemos avanzar en las respuestas que este trabajo académico plantea al respecto, proponemos dos ejes, el de la posibilidad de considerarlo un crimen de lesa humanidad, y la siguiente que resume los últimos avances de la comunidad internacional, la publicación: “Acción mundial contra la corrupción. Los documentos de Mérida”, donde se muestran los: Acontecimientos paralelos de la Conferencia política de alto nivel para la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, organizados conjuntamente por el Gobierno de México y la Oficina de las Naciones Unidas contra

la Droga y el Delito en Mérida (México), del 9 al 11 de diciembre de 2003, porque cierto es que los diversos códigos penales prevén los delitos mencionados, sin embargo, como el crimen organizado, la alta corrupción trasciende cualquier frontera, porque incluso las grandes empresas³² se han valido de ella para conseguir grandes contratos estatales.

En el citado documento, los Estados acordaron una serie de medidas divididas en cuatro grupos, que sirvieron de previas negociaciones y fundamento a la actual vigente Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción³³, que hoy nos sirve de guía. Como reseña señalamos que los grupos eran los siguientes: 1. Medidas de prevención de la corrupción: la función de los sectores privado y público. 2. La función de la sociedad civil y los medios de comunicación en la creación de una cultura contra la corrupción. 3. Medidas legislativas para aplicar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 4. Medidas para combatir la corrupción en los sistemas financieros nacionales e internacionales.

Nuestro segundo eje consiste en preguntarnos sobre la posibilidad de incluir a los delitos de corrupción en la categoría “lesa humanidad” para que sean imprescriptibles, algunos autores³⁴ sugieren incluso que ya existen una obligación de seguir esta idea, proveniente de la costumbre internacional; nosotros consideramos que no es el caso y por eso recomendamos que la imprescriptibilidad se agregue a los códigos penales de la América del Sur, como medida garante de que al menos en gobiernos posteriores, con menos poder a la mano, finalmente los culpables de los delitos de corrupción sean sancionados

Como último de estos puntos de análisis, queremos destacar la importancia de la creación de entidades autárquicas que protejan a los denunciantes de estos delitos y puedan llevar adelante investigaciones; porque es preciso denunciar, la corrupción carcome e infecta las entrañas de *todos* los poderes, incluso el judicial, así la necesidad de tales entes independientes de éste.

Conclusiones

El detonador del interés en redactar las páginas que el lector ha tenido en sus manos, se relaciona con el concepto de libertad de pensamiento “*Meinungsfreiheit*”³⁵ en alemán, que es fundamental para entender la realidad de las democracias modernas, y su protección, el deber del Estado de no infligir la esfera de intimidad se resume en “*cogitationis poenam nemo patitur*” ¿Pero qué sucede cuando esas ideas están en clara oposición con la vida democrática?

Introdujimos el término en alemán, porque en el caso de esa nacionalidad, debido a las terribles experiencias del totalitarismo, es especial la intención de preservar dicha libertad; cualquier idea antidemocrática puede resultar peligrosa para ellos, y esto se ha reflejado a partir de la década de los 90 con el rechazo jurídico de expresiones como el neonazismo, el *New Age* y la Cienciología, desde reglamentaciones administrativas hasta legislación que prohíbe, en Baviera particularmente, el acceso al cargo de funcionarios públicos a personas pertenecientes a la mencionada religión.

Habiendo visto aquello, quisimos ver qué ocurría por este continente, los Estados que integran América del Sur, por el contrario al caso alemán, se han mantenido razonables al rechazar el derechos penal del enemigo, utilizando sólo el derecho vigente para perseguir todo acto ilegal, sin ejercer una sospecha preventiva continua, que necesariamente lleve a discriminar a una persona por sus ideas, incluso si a primera vista son antidemocráticas.

Lo hemos visto, existe una verdadera protección jurídica de las democracias, ya sea fomentándola en la educación como estableciendo organizaciones comunitarias supraestatales que actúan en caso de quebrantamiento del sistema, afortunadamente la democracia está en pleno proceso de consolidación, y así se constata con los sucesos primero de Honduras y luego de Paraguay, donde el rechazó internacional a la instauración de un régimen de dudosa legitimidad democrática fue evidente.

Para concluir nos preguntaremos junto a PRZEWORSKI³⁶ sobre las falencias del gobierno norteamericano, la democracia representativa por antonomasia, donde se aprecia el grado más alto de desigualdad económica entre las naciones desarrolladas, la proporción más elevada de personas en cárceles, donde la mitad del electorado no vota ni siquiera cada cuatro años y además existe una profunda influencia del dinero en las elecciones; si bien los Estados de América del Sur hemos tomado la constitución de los Estados Unidos, muchas veces como modelo; a lo largo de estos doscientos años hemos podido trazar una camino distinto, y más aún en el último tiempo, con instituciones como el MERCOSUR y la UNASUR, demostramos que nuestro progreso no está en el capitalismo salvaje como garantía de la democracia, sino en la cooperación regional para alcanzar el respeto pleno por los derechos humanos.

Bibliografía

Huberto ÁVILA, *Teoría de la Seguridad Jurídica*, Argentina, Marcial Pons, 2012.

Norberto BOBBIO, *Estado, gobierno y sociedad*, México, Einaudi, 1989.

F. Javier BLÁZQUEZ-RUIZ, *Igualdad, libertad y dignidad*, España, Universidad Pública de Navarra, 2005.

Pietro COSTA, *Derechos sociales y democracia constitucional: un itinerario histórico*, coordinadores: Javier ESPINOZA de los MONTEROS y Jorge ORDÓÑEZ, *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional*, España, Tirant lo Blanch, 2012.

Andrés José, D' ALESSIO (Director), *Código Penal: comentado y anotado: parte especial (Arts. 79 a 306)*, Buenos Aires, La Ley, 2004.

Robert A. DAHL, *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Argentina, Taurus, 1999.

Ronald DWORKIN, *La Democracia Posible*, Espa-



ña, Paidós, primera edición inglesa “*Is democracy possible here?*” en 2006, primera española en 2008.

Umberto ECO, *Como se hace una tesis*, España, Gedisa, primera edición en italiano “*Como si fa una tesi di laurea*” 1977, primera en español 1992.

María ELÓSEGUI ITXASO, *Derechos Humanos y Pluralismo Cultural*, España, Iustel, 2009.

Juan H. GARCÍA ZEBALLOS, y Laura POZZIO, *La defensa de la democracia y de los derechos humanos en el ámbito del Mercosur*, publicación de la Universidad Nacional de La Plata núm. XLII, 2012.

Roberto GARGARELLA, *La Democracia deliberativa*, España, Gedisa, 2001.

Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, México, Fondo de Cultura Económica, primera edición alemana “*Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*” en 1833, primera española en 1955.

Pablo IRIBARREN, *Corrupción ¿Delito de lesa humanidad?*, Comentario de sentencia “M., R. M. y otros s/negociaciones incompatibles y otros (I.B.M. - A.N.Se.S.)” Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 3, Argentina, LA LEY 2011-C, 327.

Frances KENDALL, *Democracia Directa*, Argentina, Abeledo-Perrot, 1997.

Cristián LARROULET y Bárbara HORZELLA, *Populismo en América Latina: Paradigma y Antítesis en los casos de Venezuela y Chile*, editores: Angel SOTO y Paula SCHMIDT, *Las Frágiles Democracias Latinoamericanas*, Argentina, CADAL (Centro para la Apertura y el Desarrollo de América Latina) / ATLAS, 2007.

Jacques LENOBLE y Marc MAESSCHALCK, “*Democracy, Law and Governance*”, Reino Unido, Ashgate, 2010.

Héctor R. LEIS y Eduardo VIOLA, *América del Sur en el Mundo de las Democracias de mercado*, Ar-

gentina, Homo Sapiens Ediciones: CADAL, 2008.

Juan J. LINZ, *La Democracia en sus textos*, España, Alianza Editorial, 2007.

Julio E. LÓPEZ CASARIEGO y Javier A. DE LUCA, *Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional*, Comentario al fallo “Angeloz, Carlos M. y otros”, Cámara en lo Criminal de 7ª Nominación de Córdoba, La Ley 2000-A.

Terry LYNN KARL, *América Latina: ciclos virtuosos o perversos*, coordinador: Guillermo O'DONNELL, *Democracia, Desarrollo Humano y Ciudadanía. Reflexiones sobre la calidad de la democracia en América Latina*, Argentina, Homo Sapiens Ediciones, 2003.

Roberto MANGABEIRA UNGER, *La Democracia Realizada*, Argentina, Manantial, 1999.

Leonardo MORLINO, *Consolidación democrática. Definición, modelos, hipótesis*, Reis Revista española de investigaciones sociológicas, Madrid, 1986.

Lisette PÉREZ HERNÁNDEZ, *Democracia sin estándares. El poder en Cuba y Venezuela*, editor: Roberto V. PASTOR, *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, España, Tirant lo Blanch, 2012.

Adam PRZEWORSKI, *¿Qué esperar de la democracia?*, Argentina, Siglo XXI, 2010.

José María RICO, *La Corrupción Pública y su control en América*, Rev. Derecho Penal y Criminología, UNED, n° 4, Madrid, 1994.

Giovanni SARTORI, *¿Qué es la Democracia?*, Argentina, Taurus, 2003.

WEB:

Códigos Penales:

<https://www.iberred.org/legislacion-codigo-penal>

Constituciones de América del Sur:

<http://www.catedras.fsoc.uba.ar/udishal/constituciones.htm>

Notas

-
- * Estudiante de cuarto semestre de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. nbanegasromanach@ius.austral.edu.ar
- 1 Del original francés: “*L’homme est né libre, et par-tout il est dans les fers*”; luego el autor reflexiona: “*Je veux chercher si dans l’ordre civil il peut y avoir quelque regle d’administration légitime et sûre, en prenant les hommes tels qu’ils sont, et les loix telles qu’elles peuvent être*”, esto es: saber si en el orden civil puede haber alguna regla de administración legítima y segura, que considere a los hombres tal como son, según su verdadera naturaleza, y a las leyes tal como puede ser, en respeto de esa realidad, aquí está para nosotros el fundamento primero del sistema de organización democrático. Jean- Jacques ROUSSEAU(1762), *Du contrat social ou Principes de droit politique, Oeuvres complètes*, tomo III, Paris, Ed. Gallimard, 1991, libro I.
- 2 Friedrich A. HAYEK, *Los Fundamentos de la Libertad*, España, Fundación Ignacio Villalonga, 1951, p. 292.
- 3 Al respecto se reconoce que en la misma “el estudiante se limita a demostrar que ha revisado críticamente la mayor parte de la **literatura** existente (esto es, de los escritos publicados sobre su tema), ha sido capaz de exponerla con claridad y ha intentado interrelacionar los diversos puntos de vista, ofreciendo así una panorámica inteligente, quizá útil desde el punto de vista informativo para un especialista del ramo que no haya estudiado en profundidad tal problema particular” Umberto ECO, *Como se hace una tesis*, España, Gedisa, primera edición en italiano “*Como si fa una tesi di laurea*” 1977, primera en español 1992, p. 21.
- 4 Así ha sido reconocido por los Estados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 21.3.
- 5 Norberto BOBBIO, *Estado, gobierno y sociedad*, México, Einaudi, 1989, p. 89.
- 6 Polibio, *Historias*, III, §§80-82, en Norberto BOBBIO, *Estado, gobierno y sociedad*, op. cit. p. 91.
- 7 TUCÍDIDES, *Guerra*, II, 37, en Norberto BOBBIO, *Estado, gobierno y sociedad*, op. cit. p. 92.
- 8 Norberto BOBBIO, *Estado, gobierno y sociedad*, op. cit. p. 95.
- 9 VI, 4.
- 10 Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, México, Fondo de cultura económica, primera edición en alemán “*Vorlesungen über die Philosophie der Geschi-*

- chte" 1833, primera en español: 1955, p. 50.
- 11 Robert A. DAHL, *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Argentina, Taurus, 1999, p. 48.
 - 12 Giovanni SARTORI, *¿Qué es la Democracia?*, Argentina, Taurus, 2003, p. 521.
 - 13 Alexis de TOCQUEVILLE.
 - 14 Confr: Robert A. DAHL, *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Argentina, Taurus, 1999, p. 99 - 107.
 - 15 Hugo Chávez fue el primero en lograr el derecho a la reelección indefinida, mediante un referéndum en el 2009, el 7 de octubre de ese año fue reelegido para otro período de seis años, que no pudo finalizar debido a su fallecimiento el 5 de Marzo de 2013.
 - 16 Juan J. LINZ, *La Democracia en sus textos*, España, Alianza Editorial, 2007.
 - 17 Adam PRZEWORSKI, *¿Qué esperar de la democracia?*, Argentina, Siglo XXI, 2010, p. 257.
 - 18 Similares en todos: en Argentina: "Artículo XXXVI: Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático". En Guyana: Art. I: "*Guyana is an indivisible, secular, democratic sovereign state in the course of transition from capitalism to socialism and shall be known as the Co-operative Republic of Guyana*". En Suriname: Art. I. En Venezuela: Art. II. En Colombia: Art. I. En Ecuador: Art. I. En Perú: Art. III. En Bolivia: Art. I. En Brasil: Art. I. En Chile: Art. IV. En Paraguay: Art. I. En Uruguay: recién en su Art. 82: "La Nación adopta para su Gobierno la forma democrática republicana".
 - 19 Leonardo MORLINO, *Consolidación democrática. Definición, modelos, hipótesis*, Reis Revista española de investigaciones sociológicas, Madrid, 1986, 35, 7-62.
 - 20 Andrés José, D' ALESSIO (Director), *Código Penal: comentado y anotado: parte especial (arts. 79 a 306)*, Buenos Aires, La Ley, 2004. p. 731.
 - 21 Andrés José, D' ALESSIO (Director), *Código Penal: comentado y anotado: parte especial (arts. 79 a 306)*, Buenos Aires, La Ley, 2004. p. 738.
 - 22 Unión de Naciones Suramericanas.
 - 23 Este tratado aún no ha entrado en vigor, aunque oportunamente reemplazará al primero por tratar ambos sobre la protección de la Democracia; además es interesante destacar que contó con la adhesión del Estado Plurinacional de Bolivia, la República de Chile, la República de Colombia, la República del Ecuador, la República del Perú y la República Bolivariana de Venezuela, lo que nos permite concluir que será finalmente el derecho aplicable a América del Sur en materia de protección colectiva a la democracia.
 - 24 Papa FRANCISCO.
 - 25 Confr. José Maria RICO, *La Corrupción Pública y su control en América*, Rev. Derecho Penal y Criminología, UNED, n° 4, Madrid, 1994.
 - 26 *Ibidem*, pp 678/679.

- 27 Entre ellos exacciones, concusión, cohecho, malversación, peculado, soborno de testigos.
- 28 Javier A. DE LUCA y Julio E. LÓPEZ CASARIEGO, *Enriquecimiento ilícito y Constitución Nacional*, Comentario al fallo “Angeloz, Carlos M. y otros”, Cámara en lo Criminal de 7ª Nominación de Córdoba, La Ley 2000-A, p 249.
- 29 Ricardo A. BASÍLICO, *Corrupción Pública. Lineamientos de Control e Investigación*, Sección Doctrina y Jurisprudencia de la Revista El Derecho Penal, Editorial El Derecho, junio de 2004, p. 1.
- 30 *Ibidem*, p. 2.
- 31 María ELÓSEGUI ITXASO, *Derechos Humanos y Pluralismo Cultural*, España, Iustel, 2009, P. 237.
- 32 Puede verse el caso de la empresa alemana Siemens en la siguiente nota del diario DW: <http://www.dw.de/siemens-y-la-sombra-de-la-corrupci%C3%B3n/a-17072205>
- 33 Adoptada en Nueva York, Estados Unidos de América, el 31 de octubre de 2003. Ratificada en la Argentina por la Ley 26.097.
- 34 Pablo IRIBARREN, *Corrupción ¿Delito de lesa humanidad?*, Comentario al fallo “M., R. M. y otros s/negociaciones incompatibles y otros (I.B.M. - A.N.Se.S.)” Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 3, Argentina, LA LEY 2011-C, 327.
- 35 Confr: María ELÓSEGUI ITXASO, *Derechos Humanos y Pluralismo Cultural*, op. cit, p. 240.
- 36 Adam PRZEWORSKI, *¿Qué esperar de la democracia?*, Argentina, Siglo XXI, 2010, p. 263.



La desfiguración del contrato colectivo sindical: nueva forma de intermediación

John Sebastián Pinilla Gutiérrez*

RESUMEN

El contrato colectivo sindical es una forma de contratación establecida en el artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo, por la cual un sindicato contrata con sus afiliados partícipes, la realización de una obra o labor. Pero con la expedición del Decreto 657 de 2006 modificado por el Decreto 1429 de 2010, dándole una interpretación errónea al artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo, dejó sin empleador directo a los afiliados partícipes, ya que ni el sindicato ni donde realizan la obra son empleadores, porque estarían en una posición de igualdad.

PALABRAS CLAVE

Afiliado partícipe, sindicato, cooperativa de trabajo asociado, empleador.

ABSTRACT

The collective union contract is a form of contracting established in the article 482 of the Substantive Code of the Work, for which an union contracts with his members inform the accomplishment of a work or labor, but with the expedition of the decree 657/06 modified by the decree 1429/10, giving him an erroneous interpretation to the article 482 of the Substantive Code of the Work I stop without direct employer to the members take part, since neither the union nor where they realize the work they are employers, because they will be in a position of equality.

KEYWORDS

Member take part, union, cooperative of associate work, employer.

SUMARIO

Introducción. 1. ¿Qué es el contrato sindical? 2. ¿Cuál es la finalidad del contrato sindical? 2.1 Interpretación de la Corte Suprema de Justicia desde la jurisprudencia de los años 70 y 80. 2.2. Decreto 1429 de 2010. 3. Relaciones que se presentan en el contrato sindical. 3.1. ¿Qué relación existe entre el sindicato y la empresa contratante? 3.2 ¿Qué relación existe entre el afiliado partícipe y el sindicato? 3.3 Relación entre el afiliado partícipe y la empresa contratante. 4. Uso actual del contrato sindical y asimilación a las cooperativas de trabajo asociado. 5. Consecuencias del uso inadecuado de la figura. 5.1 Afectación de derechos individuales de los trabajadores. 5.2. Afectación de derechos colectivos de los trabajadores. 6. Conclusiones. 7. Referencias bibliográficas. 8. Anexo.

INTRODUCCIÓN

El problema que hoy existe con la proliferación de contratos sindicales¹ es que muchos de ellos se han suscrito para reemplazar las funciones que cumplían las cooperativas de trabajo asociado, lo que genera que se les esté usando en estos casos, como un mecanismo de intermediación laboral. Con el ánimo de determinar cuál es el uso adecuado del contrato sindical, a qué obedece su finalidad, de qué forma ha sido tratado por la jurisprudencia y cómo de su uso indebido deviene su desfiguración, se desarrolla el presente escrito que tiene como problemas jurídicos principales, determinar si pueden los sindicatos fungir como simples intermediarios en la contratación de personal para la prestación de un servicio o labor, o teniendo en cuenta que el sindicato no posee los elementos necesarios para realizar contratos empresariales, su uso constituye una nueva forma utilizada para ocultar la relación de trabajo e infringir el principio de la primacía de la realidad. La forma de investigación radica en analizar las normas pertinentes sobre la regulación del con-

trato colectivo, en contraste con la regulación que trajo la Ley 1429 de 2010 y el Decreto 2025 de 2011, que prohibió servir como intermediador a las cooperativas de trabajo asociado.

1. ¿Qué es el contrato sindical?

El artículo 482 del Código Sustantivo del Trabajo define el contrato sindical como aquel “... que celebren uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos patronales para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados. Uno de los ejemplares del contrato sindical debe depositarse, en todo caso, en el Ministerio de Trabajo, a más tardar quince (15) días después de su firma. La duración, la revisión y la extinción del contrato sindical se rigen por las normas del contrato individual de trabajo”.

El Decreto 1429 de 2010, amplió esta definición al indicar que el mismo contrato se realiza con autonomía administrativa e independencia financiera por parte del sindicato frente a la empresa y que se rige por las normas y principios del derecho colectivo del trabajo. De esta forma, las características del contrato sindical son²:

- a) Contrato solemne: porque exige que se deposite en el Ministerio del Trabajo, lo cual muestra que debe ser siempre elaborado por escrito.
- b) Acuerdo de voluntades: entre el (los) sindicato(s) y el contratante empleador o empleadores o sindicato de empleadores.
- c) De naturaleza colectiva sindical: porque se suscribe con el sindicato, y de conformidad con el preámbulo del Decreto se trata de otra forma de contratación colectiva asemejada al pacto y a la convención colectiva.
- d) Nominado: en cuanto se encuentra tipificado en la ley.
- e) Principal: existe sin depender de otro acto.

2. ¿Cuál es la finalidad del contrato sindical?

El contrato colectivo sindical se encuentra regulado en los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo en los que se indica que tiene como finalidad “la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados”³. Esta definición que nos trae el Código se interpretaba de antaño como la prestación de un servicio que realizaban los sindicalistas en la empresa donde laboraban o a un tercero; de antemano se entendía que allí había un contrato de trabajo con todos los beneficios que este trae y lo que realizaban por medio de este contrato sindical, era un plus a su actividad laboral, verbigracia: si el empleador necesitaba pintar la fábrica, contrataba con el sindicato esta labor, de esta forma ese dinero sería pagado a sus mismos trabajadores.

Por ello, los trabajadores sindicalizados recibían una prestación en dinero adicional a su salario, que provenía de un trabajo que el sindicato le prestaba a la empresa, no hacía incurrir en mayores costos al empleador y los trabajadores resultaban beneficiados.

2.1. Interpretación de la Corte Suprema de Justicia desde la jurisprudencia de los años 70 y 80

Varias sentencias de los años 70 y 80 evidencian que la Corte Suprema de Justicia sostuvo que en el contrato sindical el sindicato actuaba como empleador; en este sentido indicó que los “sindicatos responden por el pago oportuno de los salarios y de las prestaciones sociales a que tengan derecho sus afiliados que hayan servido en la ejecución del contrato y vienen a ser sus empleadores en la práctica”⁴. Pero no solo le reconoció autonomía al sindicato frente a la empresa, sino que también

mencionaba que “los afiliados prestan servicios bajo las órdenes del sindicato a distintas entidades del ramo y en las condiciones pactadas en el respectivo contrato sindical, siéndoles indiferentes la empresa o personas para la cual ejecutan la labor”⁵, lo que nos lleva a concluir que en un primer momento los sindicatos actuaban como un contratista independiente de la empresa y por ello, sus afiliados, eran sus trabajadores.

Adicionalmente, si bien en un principio se estableció que el contrato sindical constituía un beneficio para los trabajadores afiliados al sindicato de la empresa en la cual prestaban sus servicios, de la definición anterior se extrae que nada impide que puedan vincularse al sindicato por medio de esta modalidad diferentes personas que pueden pertenecer a otra empresa, bajo la motivación de prestar sus servicios.

La postura en la que se intentaba determinar al sindicato como verdadero empleador, contrastaba con otras interpretaciones como la del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín que indicaba que estos eran meros intermediarios al precisar: “los sindicatos son simples intermediarios o delegados de la entidad patronal para el pago de los derechos laborales causados en favor de los miembros del sindicato contratados para prestar sus servicios a una empresa”⁶.

Bajo la anterior postura, el sindicato no era el empleador de los afiliados sindicalizados, sino la empresa con la que se suscribía el contrato sindical, y por ello, el sindicato era un simple intermediario, de donde lo que es relevante es que no se desconoce la existencia de una relación laboral, en este caso, con la empresa contratante, pues de conformidad con lo señalado por el Tribunal de Medellín, sería absurdo obligar a pagar al sindicato toda la carga prestacional ya que estas entidades no recibieron el servicio prestado por los trabajadores mientras que la empresa sí⁷, posición que era compartida por González Charry quien afirmó “patrono o por qué o de quién (el sindicato), si de acuerdo con la definición de la ley y

la jurisprudencia colombiana, el patrono es quien utiliza y recibe los servicios del trabajador, o se beneficia de ellos”, y “es evidente que el sindicato ni recibe los servicios de sus afiliados, ni va a beneficiarse de ellos⁸”. No obstante, la posición de la Corte Suprema siguió siendo que el sindicato era el empleador y en consecuencia, asumía las cargas laborales que ello implicaba.

Sobre la existencia de una relación de trabajo en virtud de un contrato sindical, hay evidencias en sentencias de la Corte Suprema de Justicia, anteriores a la expedición del Código Sustantivo del Trabajo:

“más esta definición legal [la del contrato individual de trabajo] contiene los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, prestación personal de servicios, subordinación jurídica y remuneración, y ellos deben existir también en toda relación de trabajo, inclusive en el Contrato Sindical, si bien, adaptados a las circunstancias especiales de que, en este, el servicio debe prestarse por el personal afiliado al sindicato⁹”.

El anterior criterio fue ratificado en sentencias posteriores de la Corte Suprema de Justicia, lo que implica que por virtud del contrato colectivo sindical se puede convertir a una organización sindical en un contratista independiente, verdadero patrono de sus afiliados, pues en consideración de la Sala laboral, el negarle a las organizaciones obreras el derecho a contratar obras o servicios para realizarlas con sus propios trabajadores, es contrario a la libertad sindical y al derecho de asociación¹⁰.

2.2. Decreto 1429 2010

Durante el Gobierno del ex presidente Uribe se expidió el Decreto 1429 de 2010 por el cual se derogó el Decreto 657 de 2006¹¹, que había sido expedido por esa misma administración, y se regla-

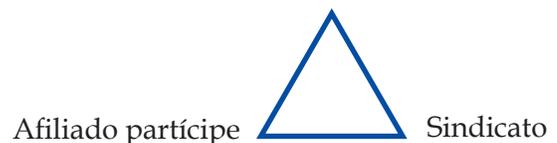
mentaron los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo indicando que: “Cuando un empleador o sindicato de empleadores requiera contratar la prestación de servicios o la ejecución de obras, evaluará en primera instancia la posibilidad de celebrar contrato sindical¹²”. Respecto a este artículo del decreto, es necesario decir que el desarrollo normal de esta figura estuvo basada en el plus que recibiría el trabajador sindicalizado por prestarle una obra o labor a su empleador, es decir, que teleológicamente el objetivo del contrato sindical constituía el mismo inicialmente previsto por la Corte Suprema de Justicia; sin embargo, el uso de la figura a partir de ese entonces no corresponde al objetivo citado.

Realmente lo que ocurrió fue un nuevo uso de la figura para encubrir verdaderas relaciones de trabajo, bajo el supuesto que no hay una relación laboral entre los trabajadores y el sindicato, ni entre aquellos y el empresario que contrató el contrato sindical, como se precisa más adelante, lo que coincide con el auge de esta modalidad contractual a partir de la vigencia del Decreto 1429 y con la solución de controversias ante la Corte Constitucional, de trabajadores que habían estado vinculados por esa figura.

3. Relaciones que se presentan en el contrato sindical

Las relaciones que se incorporan en el contrato sindical obedecen al esquema de empresa contratante, sindicato y afiliados partícipes.

Empresario



3.1. ¿Qué relación existe entre el sindicato y la empresa contratante?

Entre estas dos partes existe un contrato de naturaleza civil. Según lo dicho por el Código Sustantivo del Trabajo, el sindicato se obliga a realizar una obra o a prestar un servicio y para ello, vincula a los afiliados partícipes.

De conformidad con la sentencia de radicado 7136 de 1994 de la Corte Suprema de Justicia, el empleador contratante no puede ejercer ningún tipo de subordinación frente al sindicato ni sus afiliados partícipes respecto al objeto del contrato sindical, de manera que solo así se encuentran bajo un contrato de naturaleza civil. A contrario *sensu*, en caso de que se determine la existencia de subordinación, su naturaleza variará y entrará al plano de la declaración de una simple intermediación y la aplicación del principio de primacía de la realidad.

3.2. ¿Qué relación existe entre afiliado partícipe y el sindicato?

Este punto y el siguiente es donde se encuentra la actual problemática con el uso del contrato sindical. La interpretación actual, dada por el Gobierno y las autoridades judiciales respecto a la relación que existe entre el afiliado partícipe y el sindicato, se aparta de la finalidad de la norma y de la interpretación primigenia que sobre ella había hecho la Corte Suprema de Justicia.

En particular, la Corte Constitucional menciona que el afiliado partícipe durante la ejecución del contrato sindical compone el sindicato, y se encuentra en un plano de igualdad con este frente a la distribución de los ingresos provenientes del contrato porque no existe el elemento esencial de la subordinación y de hacerlo se iría en contra del

artículo 39 de la Constitución, “toda vez que quienes se agrupan para defender sus intereses laborales en contra del empleador, resultarían a su vez detentando la figura de patrono a través de la persona jurídica que constituye el sindicato, situación que resulta ser un contrasentido”¹³.

En palabras del entonces Ministerio de la Protección Social “El afiliado partícipe en la ejecución del contrato sindical no es trabajador del sindicato porque éste lo componen los mismos afiliados y ejecutan dicho contrato sindical en desarrollo del contrato colectivo, no encontrándose el elemento esencial de la subordinación. Esta relación se rige por principios democráticos, de autogestión, colaboración y de autorregulación donde los afiliados actúan en un plano de igualdad. Entre el afiliado partícipe y la organización sindical no existe una relación laboral y en consecuencia no hay contrato de trabajo. No obstante, el sindicato -dada su finalidad- compensará a éstos por su contribución en la ejecución del contrato sindical, con los beneficios definidos en la asamblea de afiliados, en el reglamento y en el contrato sindical”¹⁴.

De manera que la relación existente entre afiliado partícipe y el sindicato, resulta semejante a la relación entre afiliados cooperados y la cooperativa de trabajo asociado, en cuanto reúne varias personas que se desempeñan en diferentes áreas para crear un “fondo común”; serán los asociados partícipes quienes ejecutarán las obras o prestarán servicios previstos en el contrato sindical a favor de un contratante y recibirán por ello una compensación.

3.3. Relación entre afiliado partícipe y la empresa contratante

Frente a la posible solidaridad entre la empresa a la cual se le presta el servicio y los sindicatos, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que no existe solidaridad entre el sindicato y la empresa a la cual

se presta el servicio “ya que siendo uno de los sujetos del negocio jurídico el sindicato, y el otro el empresario, empleador o asociación de empleadores, pero sin que opere la subordinación, operará entonces la autonomía jurídica propia del contrato civil¹⁵”; es decir, se parte de la interpretación que el sindicato es el empleador y que el contratante no es solidario respecto a las obligaciones laborales. De la misma forma la Corte Constitucional cita que dicha solidaridad no existe ya que el artículo 483 del Código Sustantivo del Trabajo, menciona que “el sindicato de trabajadores que ha suscrito un contrato sindical, responde tanto por las obligaciones directas que surjan del mismo como por el cumplimiento de las que se estipulen para sus afiliados¹⁶”. Esto lo viene a reforzar el numeral 7 del artículo 4 del Decreto 1429 del 2010, el cual establece que “el sindicato será el responsable de la administración del sistema de Seguridad Integral”.

En cuanto a la posibilidad de que los afiliados partícipes ante un incumplimiento en el pago de las compensaciones causadas, en virtud de un contrato sindical, puedan demandar en solidaridad a la empresa contratante y al sindicato, la Corte Constitucional ha manifestado que este tipo de controversia debe ser resuelta por el juez ordinario laboral, “salvo cuando los derechos fundamentales de los afiliados partícipes se encuentran comprometidos gravemente al punto de causar un eventual perjuicio irremediable”, caso en el que resultaría procedente la acción de tutela¹⁷, aspecto sobre el cual no se encontraron precedentes.

4. Uso actual del contrato sindical y asimilación a las cooperativas de trabajo asociado

Con la expedición de los decretos 657 de 2006 y 1429 de 2010, se logró el aumento de los contratos sindicales firmados.

“Las cifras son un indicativo del aumento de los

contratos sindicales, con el bemol expresado. Por ejemplo en el año 2002, es decir al comienzo del gobierno Uribe estábamos en la cifra de ocho (08) contratos registrados. Al mes de abril de 2010 se habían depositado ante el Ministerio de la Protección Social un total de ciento sesenta y ocho (168) contratos sindicales, precisados de la siguiente manera: noventa y ocho (98) en el Cauca, veintiséis (26) en Antioquia, dos (2) en Atlántico, catorce (14) en el Valle del Cauca, ocho (8) en el Amazonas, seis (6) en el Tolima, cuatro (4) en Arauca, tres (3) en el Meta, tres (3) en Santander, dos (2) en Apartadó, uno (1) en Boyacá y uno (1) en Huila. En el sector público se habían pactado 125 de estos contratos en los renglones de electricidad y salud, y en el sector privado se han celebrado 43 contratos sindicales en las áreas agroindustrial, industrial y de servicios¹⁸.

Esto le significó al gobierno de la época, reportar un crecimiento en actividad sindical, pero no de la forma en que lo determinan los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), pues esto no implicó un incremento de las negociaciones ni de las convenciones colectivas. En este sentido, con el contrato sindical se pasó de tener trabajadores con un empleo con todas las garantías de ley a contratos no regidos por el Código Sustantivo del Trabajo, e incluso con menos control que las cooperativas de trabajo asociado (CTA), en cuanto en virtud de la autonomía sindical, el sindicato tendrá que determinar el reglamento que rija la actividad de los partícipes en el contrato sindical sin registrarlo ante ninguna autoridad.

El uso indebido de esta figura, se puede demostrar a través del caso que cita la Escuela Nacional Sindical, relacionado con la “CTA Coensalud, hoy Sindicato Darser, uno de los más grandes del sector salud con 1.100 trabajadores en Antioquia, entre enfermeras, auxiliares de enfermería, instrumentadores quirúrgicos, camilleros, nutricionistas, terapeutas respiratorios, etc. Desde el 11 de junio de 2011 cambió su razón social a sindicato¹⁹. Si se parte del supuesto que un hospital requiere cualquiera de estos profesionales para el funcionamiento de su entidad, y examinando los costos

por contratar personal directo, se encuentra que resulta mejor hacerlo a través de un intermediario [sindicato], que no va a afectar la forma en que tiene organizada su actividad institucional y que no se debe pagar a quienes trabajan todas las prestaciones y acreencias laborales correspondientes a un contrato de trabajo, resulta evidente que se optará por el contrato sindical, para lo cual, cualquier trabajador que les vaya a prestar el servicio, tendrá que afiliarse al sindicato con el que se suscribe el contrato sindical, y a través de éste es que se dará la relación con la entidad.

El representante legal del sindicato es quien negocia el contrato colectivo sindical, y los afiliados partícipes, no tendrán un vínculo directo con la empresa. No obstante lo anterior, el mal uso de la figura se refleja en que los trabajadores estarán recibiendo órdenes de la empresa contratante, en la inexistencia de un ánimo de afiliación sindical y el papel del sindicato como simple intermediario.

En consecuencia, al analizar los elementos esenciales del contrato de trabajo, conforme al artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo se encuentra:

- a) La actividad personal del trabajador: en el hospital, las enfermeras, auxiliares de enfermería o instrumentadores quirúrgicos cumplen con una actividad personal consistente en el cuidado de los pacientes y en la asistencia técnica durante los diferentes procedimientos quirúrgicos que se desarrollen, labor que se presta de manera personal y que depende de los conocimientos que previamente tenga el profesional de la salud para su correcto desarrollo.
- b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador: como se expresó con anterioridad, el sindicato no es tomado como empleador, y su labor consiste en coordinar la prestación de servicios de sus afiliados para la empresa contratante, en este caso el hospital. Sin embargo, el hospital tampoco podrá imponer órdenes, obli-

gaciones, compromisos o instrucciones a los partícipes del contrato sindical, como quiera que el mismo no puede actuar como verdadero empleador, aspecto debatible para el correcto funcionamiento de un hospital donde la autonomía de las enfermeras o instrumentadores quirúrgicos se ve supeditada a las necesidades propias de la prestación del servicio de salud y a los requerimientos del médico tratante o del hospital en el que se desarrolla la actividad médica.

En el contrato sindical, el objeto contractual debe estar plenamente identificado al momento de la suscripción del mismo por la empresa y por el sindicato y, en todo caso, al momento de configurarse una relación de subordinación, de conformidad con el principio de primacía de la realidad sobre las formas, se deberá entender que se está en presencia de un contrato de trabajo. Ahora bien, lo anterior implica que para que se esté en presencia de una relación de carácter civil, el empleador no podrá decirles a los trabajadores que cumplan una jornada suplementaria, así como tampoco tendrá facultad sancionatoria, ni tampoco podrá terminar el contrato frente a un afiliado partícipe del sindicato, en este caso no podrá solicitar tampoco su cambio pues el contrato se ha suscrito con el ente sindical.

- c) Salario como retribución del servicio: queda claro que legalmente recibirán una compensación por el servicio prestado y será el sindicato el encargado de pagar la seguridad social integral.

Lo que en consecuencia demuestra que existe un límite estrecho en el uso de un contrato sindical, la existencia de un contrato laboral y la de uno de tipo civil, cuya diferencia radicarán en la presencia del elemento de subordinación.

Resulta difícil demostrar la ausencia del elemento de subordinación en cuanto el contrato

sindical sea utilizado como una figura de intermediación, y existan los elementos expuestos en el ejemplo, esto es, que el sindicato lógicamente no sea dueño de los medios de producción mientras que la empresa contratante [hospital] sí, al igual que de las herramientas o materiales necesarios para cumplir el objeto de la prestación, que el trabajo se desarrolle según las instrucciones del contratante, que el afiliado partícipe se integre a la organización de la empresa, que el trabajo resulte principalmente en beneficio del contratante, que se establezca el lugar de prestación de servicios por el empleador, que se requiera la disponibilidad de tiempo del trabajador, entre otros indicios que también son determinados en la Recomendación 198 de la OIT, como constitutivos de la existencia de una relación de trabajo.

Finalmente, es importante decir que la presunción contenida en el artículo 24 del *Código Sustantivo del Trabajo* indica que toda relación de trabajo en la que se demuestre la prestación personal del servicio está precedida por un contrato laboral, y en ello, el trabajador que considere vulnerados sus derechos laborales por un contrato sindical tiene una ventaja probatoria.

Por su parte, las similitudes entre el contrato sindical y las cooperativas de trabajo son bastantes, lo que hace pensar que esta figura pueda ser utilizada de manera equivocada, para enmascarar una relación de tipo laboral. Vale la pena recordar que la elección de la figura de las cooperativas para enmascarar contrataciones laborales fue radicalmente reducida con la expedición del Decreto 2025 de 2011, el cual reiteró la prohibición de utilizar las cooperativas de trabajo como empresas de intermediación laboral, imponiendo multas para la CTA y la empresa contratante hasta por 5000 SMLMV.

A continuación se expresan algunas de sus similitudes:

a) Las dos figuras permiten que sus afiliados se den sus propias reglas: “las cooperativas de

trabajo asociado nacen de la voluntad libre y autónoma de un grupo de personas que decide unirse para trabajar mancomunadamente, bajo sus propias reglas contenidas en los respectivos estatutos o reglamentos internos”²⁰. “El contrato sindical será suscrito por el representante legal del sindicato de acuerdo con lo establecido en la Ley o en sus estatutos. Para todos los efectos legales, el representante legal de la organización sindical que suscriba el contrato sindical ejercerá la representación de los afiliados que participen en el Contrato Sindical”²¹.

- b) Estas dos figuras nacen de la libertad de las personas para conformar una asociación de ayuda mutua, los dos requieren el establecimiento de unos estatutos a nivel interno que condicionan los contratos que se celebren con terceros.
- c) No hay subordinación: en el contrato sindical los afiliados partícipes no se encuentran subordinados al sindicato²², ni mucho menos a la empresa; por ende estaremos frente a un plano de igualdad entre los afiliados partícipes sindicalizados. De la misma forma se observa que en las cooperativas, los cooperados no tienen una subordinación laboral, simplemente harán la labor encomendada por la cooperativa de manera muy similar a los asociados partícipes, los cuales prestarán servicios u obras conforme a lo dispuesto en el contrato que haya suscrito el sindicato con la empresa contratante.
- d) Reparto de utilidades: en las cooperativas, “Dado que los socios son los mismos trabajadores, éstos pueden pactar las reglas que han de gobernar las relaciones laborales, al margen del Código que regula esa materia. Todos los asociados tienen derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa”²³ y con relación a los sindicatos “para la prestación

de servicios o la ejecución de obras con sus propios afiliados, realizado en ejercicio de la libertad sindical, con autonomía administrativa e independencia financiera por parte del sindicato o de los sindicatos y que se rige por las normas y principios del derecho colectivo del trabajo²⁴. Aquí es evidente que tanto la cooperativa como el sindicato tienen las mismas características, los socios con sus mismos trabajadores, realizan obras o prestan servicios y se les paga una compensación por labor cumplida.

De igual forma, el contrato sindical presenta similitudes con otras formas de tercerización, como se expresa en la tabla (anexo) al final de este documento.

5. Consecuencias del uso inadecuado de la figura

El uso inapropiado del contrato sindical constituye un fraude a la ley, cuando quiera que se use para ocultar una relación de carácter laboral, reducir los costos laborales o los riesgos frente a la prestación de servicios directos, lo que según el artículo 14 del *Código Sustantivo del Trabajo*, en la medida que los presupuestos de respeto por el orden público y las buenas costumbres son supuestos de validez del contrato celebrado entre las partes, conlleva a la nulidad del contrato celebrado²⁵.

Adicionalmente, comporta la afectación de derechos laborales de contenido individual y colectivo, tal y como se expone a continuación:

5.1. Afectación de derechos individuales de los trabajadores

Desde las normas y las decisiones judiciales se considera que se pueden dar las siguientes

afectaciones de los derechos individuales de los trabajadores:

Igualdad. El artículo 53 de la Constitución Política, menciona dentro de los principios mínimos del derecho laboral la “igualdad de oportunidades para los trabajadores”²⁶. En este sentido, al afiliado participe que en realidad tenga la calidad del trabajador, se le está vulnerando su derecho a la igualdad de oportunidades en la medida que no se le reconocen los derechos y prestaciones sociales que establece el Código Sustantivo del Trabajo, a pesar de que bajo la figura del principio de primacía de realidad sobre las formas, se les debería reconocer.

Mínimo vital. Cuando las compensaciones que les corresponden a los afiliados partícipes, se retrasan por la falta de capacidad financiera o experiencia y preparación de los sindicatos para realizar actividades mercantiles. Ejemplo de lo anterior se ve reflejado en los hechos de la sentencia T-457 de 2011, en la que el sindicato no aportó el anticipo, ni las facturas de cobro de los servicios prestados a la empresa contratante, y por esta razón la empresa negó el pago por los servicios prestados, afectando a los afiliados partícipes que venían desarrollando la labor, pues no recibieron oportunamente su pago. Sin embargo, la Corte Constitucional no concedió el amparo porque los trabajadores tenían otros recursos económicos para atender sus necesidades primarias.

Otro tipo de afectación resulta en las prestaciones como consecuencia de un contrato sindical que difieren de las derivadas de un contrato laboral, como quiera que en este último, adicional al salario como fuente de ingresos, existe el reconocimiento de prestaciones sociales, las que no son obligatorias en el contrato sindical.

Terminación del vínculo. No resulta clara la forma de terminación del contrato a un afiliado partícipe, y si el mismo puede ser despedido con justa causa por alguien que no es su empleador, en este caso por el sindicato, pues en la reglamentación de esta figura se señaló que en todo lo demás se acudiría a las normas del Código Sustantivo del Trabajo.

De darse aplicación a las normas del Código Sustantivo del Trabajo, en este caso al artículo 62 modificado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, para el caso del contrato sindical será necesario que se asista a una asamblea en pleno y que ésta a su vez, vote a favor de la salida del afiliado. Ahora bien, se le terminará el tipo de relación que sostenga como afiliado partícipe, quedando la duda de si esta causal da lugar a la desafiliación del sindicato y de si en caso de seguir vinculado se le deba seguir pagando la retribución en virtud del contrato colectivo sindical suscrito.

Por último, en el evento de que exista la terminación del contrato del afiliado partícipe, cabe la duda de si esta terminación puede tener la connotación de ilegalidad y en consecuencia, perseguirse el pago de la indemnización que establece el Código Sustantivo del Trabajo por terminación unilateral y sin justa causa, en principio, a cargo del sindicato a pesar de que el objeto del contrato se desarrolló en la empresa contratante.

5.2. Afectación de derechos colectivos de los trabajadores

Si el sindicato es el encargado de negociar el contrato colectivo sindical, se infiere que los trabajadores deben estar afiliados al sindicato en forma obligatoria, lo que termina siendo una forma de discriminación desde el punto de vista de la asociación sindical negativa, la cual tiene como precepto que nadie puede obligar a una persona afiliarse al sindicato, mucho menos para poder contratarla para que preste un servicio, de manera semejante a como anteriormente se obligaba a las personas a afiliarse a cooperativas de trabajo asociado para poder contratar con las mismas, casos que fueron llevados ante la Corte Constitucional quien reconoció en múltiples oportunidades la violación del derecho de libertad de asociación²⁷.

La violación del derecho de asociación también ha sido reconocida por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual ha manifestado que ninguna persona podrá ser obligada a unirse a un sindicato, ya que esto surge por mera liberalidad, por sus convicciones personales; por esta razón, un trabajador no puede ser obligado a crear un sindicato, afiliarse a él y a pagar una cuota de asociación sindical solo como requisito para acceder a un trabajo.

Otro problema sería cómo opera el fuero sindical de fundadores en el caso de un contrato sindical cuando no se tiene una vinculación directa con la empresa contratante y entre el contratante y el afiliado partícipe no existe una relación laboral. No obstante, en caso de que se demuestre que se trata de una simulación o un fraude a la ley, valdría la pena cuestionarse si a ese trabajador fundador del sindicato le asiste la garantía, y si se trasgreden sus derechos sindicales por el desconocimiento de la misma.

Es claro que el sindicato es el encargado de proteger los derechos de sus afiliados, pero al suscribir un contrato sindical, para Domingo Tovar Arrieta, expresidente de la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), se está simulando la asociación sindical y la negociación colectiva al condicionar la existencia de la organización sindical a que estén dispuestas a suscribir un contrato sindical y al no admitirse que hay un vínculo laboral entre el afiliado partícipe y quien se beneficia de su trabajo²⁸.

Conclusiones

Inicialmente el contrato sindical se utilizaba para la inclusión del personal que conformaba el sindicato de una empresa, en una labor ajena al contrato de trabajo que necesitaba del empleador, evitando la contratación de un tercero; siendo los afiliados al sindicato, los más idóneos para recibir el pago por la prestación de aquel servicio.

Desde la expedición de los Decretos Decreto 657 de 2006 y 1429 de 2010, por virtud de lo que de-

ció el Gobierno de ese momento, se cambió la finalidad del contrato sindical y se convirtió a los sindicatos en unos contratistas que pueden prestar servicios y ejecutar obras sin tener respecto a sus afiliados partícipes, un vínculo laboral.

En la práctica, lo que están haciendo los sindicatos es recibir en comodato las instalaciones de la empresa en la cual van a desarrollar el servicio, afiliar a un número de personas para desarrollar el objeto del contrato sindical y enseñarles cuál será su labor o ejecución de obra y así, de esta manera, la empresa contratante reduce costos laborales, traslada su riesgo y responsabilidad al organismo sindical.

Es sorprendente que tanto el Ministerio del Trabajo como la Corte Constitucional infieran que por la forma en que se prestan los servicios en un contrato sindical, siempre habrá autonomía y que olviden lo que sucedió durante tantos años con las CTA que sirvieron para que se desconocieran los derechos de los trabajadores asociados y no se garantizara la libertad sindical, en cuanto se partía de la idea que era un contrasentido permitirles sindicalizarse para negociar sus condiciones de trabajo por ser ellos mismos los dueños de la cooperativa; pero en este caso es peor porque ellos ya ejercen el derecho de asociación y de nuevo, no tienen con quien negociar unas condiciones que ellos como afiliados del sindicato, teóricamente pueden fijar al realizar el contrato sindical.

Esta nueva forma de contratar no solo vulnera el mínimo de derechos y garantías que ofrece el Código Sustantivo del Trabajo; además rompe con el principio de la primacía de la realidad, el cual nos indica que frente a la forma contractual prevalece la realidad; así las partes hayan utilizado la forma de contrato sindical, habrá que ver la realidad y cómo se pronuncian al respecto las Altas Cortes, para determinar si se modifica la interpretación jurisprudencial vigente respecto al tipo de vínculo que existe entre los afiliados partícipes y la empresa en la cual desarrollan la actividad.

El llamado es a que se revisen las estadísticas y que las investigaciones sean similares a las que se han hecho para las CTA para que el Ministerio del Trabajo modifique su interpretación del contrato sindical y en el mismo sentido las Altas Cortes vuelvan a la teleología original de esta figura para que no se sigan promoviendo formas de intermediación laboral con el fin de ocultar verdaderas relaciones laborales.

Bibliografía

Fernando AFANADOR NÚÑEZ, *Derecho Colectivo del Trabajo*, Editorial Legis, tercera edición.

Ricardo BARONA BETANCOURT, *Revisión Al Contrato Colectivo Sindical, aspectos laborales*, RML año XVII #2, 2011, 5.

Ricardo BARONA BETANCOURT, *El Contrato Colectivo Sindical: Una expresión del derecho de asociación sindical o una forma de tercerización en Colombia*, en revista de Derecho, Universidad Montevideo. Disponible también en <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2014/01/AnoXII2013N24.pdf>, consultado el 26 de marzo de 2014.

FEDERACIÓN COLOMBIANA DE GESTIÓN HUMANA, *ACOSSET: mercado flexible laboral en Colombia: ¿hacia dónde va?* Disponible también en www.acripnacional.org/Articulos/?sc=mercadoflexible, Consultado el 17 de marzo de 2013.

Heriberto, GIRALDO, *La inconveniencia de los Contratos Sindicales hoy en día*, Revista Cultura y Trabajo, Editorial 87. Disponible también en <http://www.ens.org.co/index.shtml?apc=ba--;1;-;&x=20167732>, consultado el 17 de marzo de 2014.

Guillermo, GONZÁLEZ CHARRY, *Derecho Colectivo del Trabajo Conflictos Colectivos*, T. II Biblioteca Banco Popular, 1979.

Guillermo, GUERRERO FIGUEROA, *Derecho Colectivo Del Trabajo*, Editorial Leyer, octava edición.

Alberto, LÓPEZ FAJARDO. *Elementos de Derecho del Trabajo Partes individual y colectiva, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Librería del Profesional segunda edición.

OIT. Recomendación 189 sobre la relación de trabajo.

Laura ORJUELA ALBARRACÍN y otros, *Fraude al contrato de trabajo: análisis de las cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales, outsourcing y otras tipologías de contratación civil o comercial*, Universidad Externado de Colombia.

JURISPRUDENCIA

CCC-211/00, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

CCT-303/11, M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

CCT-457/11, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva.

CSJ SL, 28 oct. 1949, gaceta del T., IV .

CSJ SL, 27 oct. 1975, M.P.: Juan Hernández.

CSJ, SL, 24 jun. 1976, M.P.: Juan Manuel Gutiérrez Lacouture.

CSJ SL, 25 jul, 1981, M. P. Fernando Uribe Restrepo.

CSJ, SL, 13 dic. 1994, rad. 7136, M.P. Hugo Suescún Pujos.

DECRETOS:

Decreto 1429 de 2010 del 28 de abril de 2010, por la cual se deroga el Decreto 657 del 3 de marzo de 2006 y se reglamentan los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo.

ANEXO TABLA

CONTRATO COLECTIVO SINDICAL	CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO	EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES	COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO
<ol style="list-style-type: none"> 1. Quien presta el servicio es una persona jurídica sindicato 2. No se encuentran subordinados al sindicato ni a la empresa en que laboran 3. Retribución pactada como contraprestación del contrato 4. No existe una relación laboral con el sindicato 5. Contrato colectivo sindical tiene que ser siempre escrito 6. Es solemne, según el Art 482 del C.S.T. debe ser depositado en el ministerio de trabajo 7. "las organizaciones sindicales deberán elaborar un reglamento por cada contrato sindical" 8. Su forma de terminación se rige por las normas del Código Sustantivo del Trabajo 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Quien presta el servicio es una persona natural 2. Continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador 3. Un salario como retribución del servicio 4. Existe una relación laboral directa con la empresa en la cual presta el servicio 5. Contrato de trabajo puede ser verbal 6. No es solemne 7. El reglamento del contrato de trabajo es general para todos los trabajadores 8. Su forma de terminación se rige por las normas del Código Sustantivo del Trabajo 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Quien presta el servicio es una persona natural vinculada a una E.S.T. 2. La E.S.T es quien actúa como verdadero empleador. 3. Un salario como retribución del servicio 4. Existe una relación laboral directa con las E.S.T 5. Contrato con la E.S.T. debe ser siempre por escrito 6. Es solemne, estos trabajadores tiene una duración de 6 meses prorrogable por otros 6 mese, 7. Las E.S.T. tendrán su propio reglamento 8. Su forma de terminación se rige, por el vencimiento del plazo para lo cual fueron enviados 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Quien presta el servicio es una persona jurídica, la CTA. 2. Cumple la labor que los cooperados les asignen. 3. Las ganancias se estiman de acuerdo a lo que trabajo y el excedente va a un fondo común y se dividen por igual 4. No existe relación laboral con la cooperativa 5. No hay aplicación de normas laborales para los asociados, estos convendrán su forma de vinculación 6. Será solemne para probar su aporte a la cooperativa 7. Los cooperados crearan sus propios estatutos 8. Su forma de terminación se rige por lo pactado por ellos

-
- * Estudiante de quinto año de la Universidad Externado de Colombia. John.pinilla@est.uexternado.edu.co
- 1 Según Heriberto GIRALDO “Mientras en el año 2009 y 2010, el número de estos contratos en Colombia era de 46 y 50 respectivamente, para los dos años siguientes se disparó su crecimiento; en efecto, ya para el año 2011 los contratos sindicales llegan a 131 con un incremento del 162% en solo un año, y a septiembre de 2012 se registraron un total de 261, más de cinco veces los registrados tan solo dos años atrás”. <http://www.ens.org.co/index.shtml?apc=ba--;1;-;-&x=20167732> consultado el 17 de marzo de 2014.
 - 2 Decreto 1429 del 28 de abril de 2010, artículo 1, por el cual se deroga el Decreto 657 del 3 de marzo de 2006 y se reglamentan los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo.
 - 3 Código Sustantivo del Trabajo, artículo 482: “Se entiende por contrato sindical el que celebren uno o varios sindicatos de trabajadores con uno o varios empleadores o sindicatos patronales para la prestación de servicios o la ejecución de una obra por medio de sus afiliados. Uno de los ejemplares del contrato sindical debe depositarse, en todo caso, en el Ministerio de Trabajo, a más tardar quince (15) días después de su firma. La duración, la revisión y la extinción del contrato sindical se rigen por las normas del contrato individual de trabajo”.
 - 4 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral (M.P. Juan Hernández Sáenz; Octubre 27 de 1975).
 - 5 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral (M.P. Juan Manuel Gutiérrez Lacouture; Junio 24 de 1976).
 - 6 Tribunal Supremo del Trabajo (Casación de octubre de 28 de 1949, Gaceta del Trabajo IV, 29 a 40, p. 944) citado por Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral (M. P. Fernando Uribe Restrepo; Julio 25 de 1981).
 - 7 *Ibidem.*
 - 8 Guillermo GONZÁLEZ CHARRY, *Derecho Colectivo del Trabajo. Conflictos Colectivos*, T. II Biblioteca Banco Popular, 1979, pp. 389 y 390.
 - 9 Citada por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, (M.P. Fernando Uribe Restrepo; Julio 25 de 1981).
 - 10 *Ibidem.*
 - 11 Por el cual se reglamentan los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo.
 - 12 Decreto 1429 del 28 de abril de 2010, artículo 2, por el cual se deroga el Decreto 657 del 3 de marzo de 2006 y se reglamentan los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo.
 - 13 Corte Constitucional, T 457 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
 - 14 Cartilla Contrato Sindical, Ministerio de la Protección Social del 28 de abril de 2010.



- 15 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Rad. 7136 (M.P Hugo Suescún Pujols; Diciembre 13 de 1994).
- 16 Corte Constitucional, T 303 de 2011.
- 17 Corte Constitucional, T 457 de 2011.
- 18 Cartilla Contrato Sindical, *op. cit.*
- 19 <http://www.asmedasantioquia.org/38-magazin/magazin-no-13/2989-falsos-sindicatos-reemplazan-a-cooperativas-de-trabajo-asociado-para-seguir-explotando-trabajadores-de-la-salud-4657>
- 20 Corte Constitucional, C 211 de 2000 (M. P. Carlos Gaviria Díaz; Marzo 1 de 2000).
- 21 Decreto 1429 de 28 de abril de 2010, artículo 4, por el cual se deroga el Decreto 657 del 3 de marzo de 2006 y se reglamentan los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo.
- 22 Corte Constitucional, T 475 de 2011.
- 23 Corte Constitucional, T 211 de 2000.
- 24 Decreto 1429 de 28 de abril de 2010, artículo 1, por el cual se deroga el Decreto 657 del 3 de marzo de 2006 y se reglamentan los artículos 482, 483 y 484 del Código Sustantivo del Trabajo.
- 25 Laura ORJUELA ALBARRACÍN, Diana SEGURA CASTAÑEDA y Sandra TOVAR REYES, *Fraude al contrato de trabajo: análisis de las cooperativas de trabajo asociado, empresas de servicios temporales, outsourcing y otras tipologías de contratación civil o comercial*. Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 17 - 24.
- 26 Constitución Política, artículo 53, inciso segundo.
- 27 Ver entre otras, Corte Constitucional, T-336 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra; Marzo 23 de 2000).
- 28 Federación Colombiana de Gestión Humana, ACRIP. *ACOSET: mercado flexible laboral en Colombia: ¿hacia dónde va?* Disponible en www.acripnacional.org/Articulos/?sc=mercadoflexible. Consultado el 17 de marzo de 2014.

Derecho a la indexación de la primera mesada pensional como centro de discusión entre las altas cortes

María Camila Coral Pérez*

Camilo Ernesto Ortega Rodríguez**

Juan Sebastián Rodríguez Figueroa***

RESUMEN

El presente artículo corresponde a un avance investigativo que se ha realizado a partir de la elaboración de una línea jurisprudencial que tomó como directriz el instructivo de Diego López Medina en su libro “Derecho de los jueces” y cuyo objeto de estudio es el derecho a la indexación de la primera mesada pensional causada antes de la expedición de la Constitución de 1991 o con un régimen diferente al establecido por la Ley 100 de 1993. Para ello nos hemos servido de la identificación temporal y análisis estructural de sentencias del Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional que presentan un patrón fáctico similar y que por medio de la elaboración de fichas de análisis estáticos y posterior análisis dinámico, arrojaron la información pertinente para la construcción de una narración jurídica que le dio sentido a los pronunciamientos de estos organismos judiciales, para en adelante determinar qué línea de pensamiento han identificado y cuál ha sido su evolución en la interpretación normativa y judicial a lo largo del periodo comprendido entre 1982 y 2013.

PALABRAS CLAVE

Primera mesada pensional, indexación, línea jurisprudencial, patrón fáctico, Constitución de 1991, análisis estático, análisis dinámico.

ABSTRACT

This item is a research progress that has been made from the development of a line of cases that took as instructional guidance of Diego López Medina in his book “Law of Judges” (2000) and whose object of study is the right to indexation of the first monthly pension payment due prior to issuance of the 1991 Constitution or with different provisions of Ley 100 of 1993, for that we have used for the temporary identification and structural analysis of sentences the Consejo de Estado, the Consejo Superior de la Judicatura, the Corte Suprema de Justicia and the Corte Constitucional to have a similar fact pattern and through the development of chips posterior dynamic analysis and static analysis yielded information relevant

to the construction of a legal narrative that gave meaning to the pronouncements of these judicial bodies to determine forward line of thought which have been identified and their evolution in the law and judicial interpretation over the period between 1982 and 2013.

KEYWORDS

First monthly pension, indexed, jurisprudential line, pattern factual, 1991 Constitution, static analysis, dynamic analysis.

SUMARIO

Introducción. 1. Patrón fáctico similar. 2. Problema jurídico principal y Tesis que lo resuelven. 3. Variantes de las sentencias y su importancia. 3.1 Consejo de Estado. 3.2 Consejo Superior de la Judicatura. 3.3 Corte Suprema de Justicia. 3.4 Corte Constitucional. 4. El “choque de trenes” de las dos altas Cortes. 5. Sub-reglas. 6. Conclusiones. 7. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

Ernesto Jiménez Díaz en su libro “La indexación en los conflictos laborales” define la indexación como el “sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre sí, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc.”¹.

En Colombia, la indexación de la primera mesada pensional encuentra fundamento constitu-

cional y legal en el artículo 48 de nuestra Carta Política, el cual en su último inciso determina que: “La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante”², además, el artículo 53 del mismo reglamento estipula que es el Estado quien debe garantizar el derecho al pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales, lo cual deberá hacerse cada año de acuerdo con el índice de Precios del Consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior, tal como lo contemplan los artículos 14, 36 y 117 de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior, puede deducirse que el derecho al reajuste monetario de las pensiones se estableció formalmente a partir de una interpretación constitucional que tuvo cabida desde 1991. Es por ello que nos encontramos frente a un vacío legal que trajo consigo la indeterminada existencia de este derecho para aquellas pensiones causadas con anterioridad a la expedición de las normativas mencionadas, concluyendo en la necesidad de determinar una posición que materialice la supremacía de nuestra Constitución mediante un procedimiento jurisprudencial que ha tolerado grandes discrepancias entre la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia.

Así entonces, la investigación está enfocada en conocer los motivos y variaciones existentes en que se han apoyado estos tribunales para resolver favorable o desfavorablemente la petición de la indexación, encontrando que la naturaleza de la pensión, así como el régimen normativo aplicable han sido criterios que las Altas Cortes han sostenido dentro de un amplio debate que no encontró conclusión sino hasta finales del año 2013.

Para lo anterior, se ha realizado un recorrido jurisprudencial a fin de extraer diversas tesis que permitieron comprender las posturas de las Cortes para consecuentemente encontrar la solución al problema jurídico planteado y finalmente señalar las sub-reglas más importantes que se han instaurado sobre el tema.

1. Patrón fáctico similar

El patrón fáctico objeto de estudio para el análisis del presente trabajo, se fundamenta en el reconocimiento del derecho a la indexación en los casos en que existe un lapso entre el retiro laboral y el momento en que se adquiere el derecho a pensionarse, ya sea, antes de la Constitución de 1991 o por un régimen anterior al establecido por la Ley 100 de 1993, lo que genera un desfase dinerario que afecta la capacidad adquisitiva de los trabajadores por procesos como la inflación y cambios en el índice de precios del consumidor (I.P.C), por lo cual se hace necesario adoptar las medidas que permitan contrarrestar los efectos de mencionados procesos, en tanto que el monto dinerario se calcula a partir del salario devengado por el trabajador durante su último año de servicios.

En la figura 1 se esquematiza el patrón fáctico en mención:



Figura 1, fuente: La Investigación (Salazar, 2014)

- 1: Inicio de actividad laboral.
 - 2: Retiro laboral.
 - 3: Momento en el cual se adquiere el derecho a pensionarse, antes de la expedición de la Constitución Política y la Ley 100 de 1993.
 - 4: Momento posterior a la expedición de la Constitución Política de 1991 y la Ley 100 de 1993 en el que se puede reconocer la pensión.
- : Punto A: Expedición de la Constitución Política de 1991, 7 de julio de 1991
- : Punto B: Expedición de la Ley 100 de 1993, 23 de diciembre de 1993
- : Valor de la pensión en el tiempo

— : Tiempo laborado, puede darse interrumpida o ininterrumpidamente

→ : Línea temporal

La figura 1 evidencia la situación de una persona que inició a trabajar para su empleador, interrumpida o ininterrumpidamente (1), años después se efectuó su retiro laboral (2), y posteriormente, dependiendo del caso pueden darse dos momentos en los cuales adquiriera su derecho a pensionarse, sea un punto 3, es decir, antes de la expedición de la Carta Magna de 1991 (A) y Ley 100 de 1993 (B), o sea un punto 4, posterior a estas normatividades. El problema surge cuando para calcular el IBL se tiene en cuenta el monto que devengaba en el momento del último año de servicios, generando que la cuantía de la primera mesada pensional sea menor debido a la variación temporal entre el retiro del trabajo y la obtención del derecho a la pensión.

2. Problema jurídico principal y Tesis que lo resuelven

¿Se puede solicitar la indexación y posteriormente la reliquidación de una pensión causada antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 o por un régimen distinto al establecido en la Ley 100 de 1993?

Como respuesta al interrogante, se presentan cuatro tesis:

Primera tesis: según el precedente jurisprudencial instaurado por la Corte Suprema de Justicia que determina que la indexación deberá concederse a “todas las prestaciones laborales”³ y con base en un criterio interpretativo, se establece que la expresión “todas”⁴ permite vincular la primera mesada pensional y por ello, bajo los principios de justicia y equidad deberá concederse el reajuste monetario para todo tipo de pensiones, sean causadas antes o después de la expedición de la Constitución.

Segunda tesis: se concederá la indexación de la primera mesada pensional solo para aquellas pensiones causadas después de la expedición de la Ley 100 de 1993, bajo el entendido de que esta normatividad es la que implementa esta figura, además, estas deben tener un origen legal, debido a que pensiones extralegales llevan implícito un carácter volitivo que no puede ser trasgredido por el juez.

Tercera tesis: se otorgará la indexación a personas cuya pensión tenga un origen legal, extralegal o de orden judicial y que sea causada antes o después de la Constitución de 1991 ya que el mantener el poder adquisitivo de la pensión se consolida como un derecho constitucional en desarrollo de los principios de igualdad (artículo 13 C.P.), *in dubio pro operario* (artículo 53 C.P.), mínimo vital (artículo 48 C.P.) y la universalidad, además, teniendo en cuenta que nos encontramos dentro de un Estado Social de Derecho (artículo 1 C.P.) deberá garantizarse una protección especial a la personas de la tercera edad (artículo 46 C.P.).

Cuarta tesis: la omisión del legislador respecto a la indexación no puede afectar a un grupo de pensiones. Con ello, y tomando como base los principios constitucionales de la Carta de 1991, se procederá a aplicar esta favorabilidad en los casos que se cause el derecho en el lapso posterior a la expedición de la Constitución (7 de julio de 1991) porque los efectos de ésta se aplican sin retroactividad. Con esta tesis se entra a revisar que los tipos de pensiones (legal, extralegal o de orden judicial) pueden beneficiarse porque i) son prebendas que existían antes de la Carta de 1991 y la Ley 100 de 1993, y ii) la flexibilización de las exigencias no alteran de ninguna forma el acto inicial de reconocimiento ya que solo facilita el acceso a un derecho mínimo legal; es por esto que le caben los postulados constitucionales previstos en los artículos 48 y 53.

3. Variantes de las sentencias y su importancia

En la línea se observa que las Altas Cortes estudiadas no han tenido una postura jurisprudencial uniforme, generando como resultado una serie de tesis contrapuestas en cuanto a la aplicación de la figura de la indexación.

3.1 Consejo de Estado

La primera sentencia de análisis de este tribunal es la correspondiente al 21 de abril de 2005, donde se estudia un caso de una persona acreedora del régimen de transición cuya pensión se causó en 1997, cuatro años después del momento de su retiro laboral, cumpliendo con requisitos señalados por el Decreto 2701 de 1988; normatividad que, si bien no contempla la actualización de la base salarial para el reconocimiento y pago de pensiones, a juicio del Consejo y en concordancia con el concepto de Estado Social de Derecho resulta imprescindible proteger la capacidad adquisitiva de la pensión de los ex trabajadores puesto que la inflación es un fenómeno que afecta a casi todas las economías modernas. Con fundamento en lo anterior, el Consejo de Estado decide condenar a la parte demanda a la reliquidación de la pensión que se actualizará con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = \left(R_h \times \frac{\text{IPC final}}{\text{IPC inicial}} \right)$$

(Estado, Fórmula para calcular indexación de primera mesada pensional)

“Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico, que es el promedio de lo devengado por el ex trabajador en el último

año de servicios, por la cifra que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, que es el vigente en la fecha en que cumplió los requisitos para pensionarse, por el índice vigente en la fecha de su retiro”⁵.

Posteriormente, en sentencias como la del 6 de mayo de 2010 y la del 12 de abril de 2012 este tribunal admite la indexación para aquellos casos que se encuentran dentro del supuesto fáctico en estudio, acogiendo desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional como la sentencia SU-120 de 2003 cuyo argumento fundamental, como se verá más adelante, radica en la aplicación del principio *indubio pro operario*.

Finalmente, en sentencias como la del 7 de marzo de 2013, esta entidad estableció que el derecho a la indexación de la primera mesada sólo se reconoce cuando el salario base que sirve para liquidar la pensión ha sufrido pérdida de su poder adquisitivo, bien sea pensión legal o convencional. Por tanto, no procederá en aquellos casos en los que el momento de retiro del trabajador y la adquisición del derecho a la pensión sean concurrentes.

3.2 Consejo Superior de la Judicatura

Del análisis de las sentencias que ha proferido esta Corte puede concluirse que, de igual manera como lo ha hecho el Consejo de Estado, ha aceptado los postulados de la Corte Constitucional por cuanto se remite a pronunciamientos importantes como la sentencia SU-120 de 2003; esto se puede visualizar en fallos como el del 5 de julio de 2007 el cual determina que es imperante respetar los precedentes que ha establecido el máximo órgano judicial, pues de lo contrario se estarían vulnerando principios como la seguridad jurídica, la libertad ciudadana y el desarrollo económico, el derecho a la igualdad, y por último, serviría como mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues esto impone a los

jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema conforme a como se ha decidido en casos análogos.

A la postre, en el año 2013 se expide la sentencia del 6 de marzo de 2013 la cual en su Sala Jurisdiccional disciplinaria deja sin efectos la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de data 5 de abril de 2011 la cual negaba el derecho de la indexación del accionante pues a su parecer, ésta solo procede para las pensiones que han sido causadas con posterioridad a la promulgación de la Constitución Política de 1991. Las razones que esgrime el Consejo Superior de la Judicatura tienen fundamento en la sentencia SU-1073 de 2012, pues considera que al no existir una razón constitucionalmente válida que justifique actualizar la mesada pensional de manera exclusiva a cierto tipo de pensionados -cuando todos se ven afectados en su mínimo vital por la depreciación monetaria- se está yendo en contravía de los criterios de justicia y equidad y se vulnera el derecho a la igualdad.

Todo lo anterior demuestra que tanto el Consejo de Estado como el Consejo Superior de la Judicatura han acogido la posición de la Corte Constitucional, lo que nos permite ubicar tales pronunciamientos dentro de la tercera tesis del presente trabajo.

3.3 Corte Suprema de Justicia

La sentencia de Rad. 5221 de fecha 15 de septiembre de 1992 de la Corte Suprema de Justicia, fue la primera en hablar de la indexación de la primera mesada pensional, haciéndola ver como un hecho notorio en el cual no se busca establecer un incremento de la deuda original sino evitar la pérdida del poder adquisitivo de las prestaciones laborales por el transcurso del tiempo y su consiguiente devaluación monetaria, restableciendo así la justicia y la equidad (primera tesis), citando sentencias anteriores como la de Rad. 8448 del 18 de agosto de 1982, en la que aduce que el derecho laboral al ser uno de los campos jurídi-

cos en los cuales adquieren más consideración los problemas que causa la inflación y que además la estimación que ha tenido este tema por la ley, la doctrina y la jurisprudencia en Colombia ha sido inexistente, resalta que se deben implementar medidas de actualización monetaria para mantener el valor constante en las prestaciones del trabajador. Así mismo, en la sentencia de Rad. 4087 del 8 de abril de 1991, la Corte confirma la indexación de todas las prestaciones del trabajador agregando que, si para las obligaciones civiles se aplica la indexación, lo mismo debe hacerse para las obligaciones laborales; esto con el fin de suplir el vacío normativo con el principio de la analogía.

En años posteriores, la Corte Suprema de Justicia comienza a manejar una nueva postura en la que solo concede indexación a aquellas pensiones causadas bajo lo establecido por la Ley 100 de 1993 y cuyo génesis sea legal (segunda tesis). Con base en esto, la Corte niega varios casos los cuales no cumplen con los requisitos mencionados, verbi-gracia, la sentencia de Rad. 9917 del 13 de agosto de 1997, la sentencia con Rad. 10409 del 1 de septiembre de 1998 y la Rad. 11818 del 18 de agosto de 1999, puesto que se refieren a pensiones cuyo carácter convencional no permite la intromisión del juez para modificarlas y hacen tránsito a cosa juzgada. El mencionado fallo de 1999 fue refutado por varios Magistrados quienes salvaron su voto aduciendo que debían pronunciarse en razón de la postura que venía manejándose con anterioridad a 1997; no obstante, esta decisión permite establecer doctrina probable en materia de indexación, la que se verá reflejada en sentencias como la de Rad.13336 del 30 de noviembre de 2000, 13092 del 16 de febrero de 2001 y 28807 del 14 de noviembre 2006 que admiten la re-evaluación de las pensiones que encuentran fundamento en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al clarificar su origen legal.

Más adelante, con la sentencia de Rad.29022 del 31 de agosto de 2007, la Corte Suprema de Justicia teniendo en cuenta lo referido en las sentencias de Rad. 29470 del 20 de abril y Rad. 28452 del 26 de

junio de 2007 que tomaron como base las sentencias C-862 y C-891a de 2006 de la Corte Constitucional, sentó un cambio de visión, adoptando una posición intermedia al conceder la indexación a todo tipo de pensiones, pero no a todo tipo de pensionados; es decir, se reconocerá la actualización de pensiones legales y extralegales, siempre y cuando su causación se dé después de 1991, teniendo en cuenta que las de origen extralegal determinan un mejoramiento de un derecho mínimo legal y no una alteración a su naturaleza, y al flexibilizar los elementos de causación o aumentar su cuantía no se altera el acto inicial de reconocimiento, configurando la cuarta tesis que es reafirmada por el fallo de Rad. 41534 del 8 de febrero de 2011, 44391 del 12 de abril de 2011 y la 46541 del 6 de febrero de 2013.

Finalmente esta Corporación en un reciente pronunciamiento de Rad. 47709 de octubre 16 de 2013, modifica su última tendencia referida a la indexación de pensiones causadas antes de la Carta Política de 1991 o para aquellas que no encuentren un soporte claro en la Ley 100 de 1993, entendiéndolo que es imperativo para la materialización de la Constitución retomar los criterios de justicia y equidad que inicialmente habían regido a este máximo ente jurisdiccional, concediendo la corrección monetaria a pensiones legales y extralegales causadas en cualquier tiempo, buscando el equilibrio social por medio del derecho del trabajo y haciéndole frente a fenómenos de dominio público como lo son la inflación monetaria y la resultante devaluación pensional, ya que sin importar el momento jurisprudencial o legislativo, estos inclementes fenómenos indistintamente afectan a todo tipo de pensionados; razón por la cual se hizo necesario recurrir a fundamentos normativos para encontrar la solución que se ha visto personificada en la indexación. De esta manera lo ha entendido la Corte Constitucional desde un principio, ya que es indiscutible que las pensiones causadas antes de la 1991 irradian principios constitucionales y que entenderlo de otra forma afectaría negativamente la supremacía de los mismos.

3.4 Corte Constitucional

Después de la incertidumbre generada por el cambio de criterio de la Corte Suprema de Justicia y el devenir del ejercicio jurídico luego de la Constitución de 1991, en el año 2003, la Corte Constitucional considera necesario entrar a esclarecer qué criterio será aplicable a la luz de la supremacía de la Carta Política por medio de la revisión de diversas acciones de tutela que cumplen con el mismo patrón fáctico. Así las cosas, esta Corporación expide la sentencia SU-120 del año citado, que permite el reconocimiento de la indexación de la primera mesada pensional a pensiones causadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, ya sean de origen legal, extralegal o de orden judicial, evidenciando el vacío legal del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual, en virtud del principio *indubio pro operario* da lugar a la aplicabilidad de los artículos 48 y 53 constitucionales que consagran la obligación por parte del Estado de mantener la capacidad adquisitiva de la pensión, aunado a las herramientas de la Ley 100 de 1993 en sus artículos 14, 36 y 117. Esta es la tercera tesis que es confirmada por la sentencia T-633 de 2003.

En el mismo año la sentencia T-1169 analiza un caso en el cual el patrón fáctico varía, ya que el trabajador presenta directamente la acción de tutela en dos ocasiones para reclamar la indexación, pues considera que éste es el único mecanismo eficaz para proteger sus derechos fundamentales. La Corte Constitucional resuelve a favor del accionante con los mismos criterios de la SU-120 de 2003 y, afirma que no se presenta actuación temeraria debido a que la tutela no fue interpuesta nuevamente sin causa justificada ya que la empresa demandada al encontrarse en un proceso de liquidación ejecutado en un 90%, ponía en peligro su derecho. La Corte Constitucional presentará esta tesis en numerosos fallos; es así como encontramos las sentencias T-805 y T-815 de 2004, T-098, T-296 y T-469 de 2005 motivadas de igual forma.

Cabe notar que en la sentencia T-606 de 2004, si bien se acepta la tesis manejada hasta el momento, no concede la indexación al solicitante porque: i) el accionante tenía más recursos ordinarios a los cuales acudir antes de la acción de tutela, ii) su caso no se adecuaba a las causales especiales de procedibilidad de este recurso de amparo, iii) no indicó razones de fuerza, por la cual no pudo seguir presentando sus recursos ordinarios y iv) no cobija los mismos supuestos de hecho de las sentencias SU-120 y T-663 del 2003. De igual manera, las sentencias T-1197 de 2004 y la T-906 de 2005 no conceden la indexación por no agotar los recursos previos.

En el desarrollo de esta tercera tesis, la Corte Constitucional en el año 2006 entra a analizar de manera puntual el vacío normativo existente con respecto a la indexación de las pensiones causadas antes de la expedición de la Constitución de 1991. Es así que en la sentencia C-862 del año anotado encuentra que el artículo 260 del C.S.T. derogado por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, al gozar de vigencia material, evidencia efectos jurídicos negativos para algunos trabajadores que se rigen por tal normatividad en contraposición de las garantías que ofrece la Carta Política, de esta manera establece la Corte la exequibilidad condicionada del artículo *sub examine*, pues el derecho a la indexación no puede ser reconocido exclusivamente a determinadas categorías de pensionados, porque un trato diferenciado de esta naturaleza carecería de toda justificación constitucional, por lo tanto, en virtud al proceso de “especificación de los derechos” desarrollado por la doctrina, la indexación de la primera mesada pensional va a tener una titularidad reservada a determinada categoría de sujetos, los pensionados, pero frente a ellos se debe entender la universalidad de este derecho, es decir, para todo tipo de pensiones y para todo tipo de pensionados.

Así mismo, en la sentencia C-891A de 2006, la Corte al analizar la constitucionalidad del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 que desarrollaba, como en el caso anterior, la tasación de la primera mesada pensional que se originó antes de la entrada

en vigencia de la Ley 100 de 1993, retoma argumentos de la sentencia precedente para establecer la exequibilidad condicionada, bajo el entendido de que, la norma al tener vigencia material, debe recurrirse a la universalidad ya expuesta, para revertir la omisión legislativa que se ha presentado. Cabe explicar que en esta sentencia se da una aclaración de voto en la que el magistrado establece que si bien acepta la tesis de la corporación, esta debe ser temporal hasta que el legislador subsane el vacío propio de su ámbito de acción. Seguidamente la Corte Constitucional en varias sentencias confirma las consideraciones de los fallos anteriormente expuestos, estas son: la T-045 de 2007, T-696 de 2007, T-1059 de 2007, T-390 de 2009, T-447 de 2009, T-457 de 2009, T-628 de 2009, T-362 de 2010, T-901 de 2010, T- 042 de 2011. Es necesario hacer un énfasis en la sentencia T-457 de 2009, que dictamina que no se aplicará el principio de inmediatez exigido por regla general al presentar una acción de tutela, puesto que la vulneración del derecho constitucional, al subsistir, y con ello poner en riesgo la existencia del derecho a la indexación de la primera mesada pensional, torna innecesario el cumplimiento de este criterio.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia SU-1073 de 2012 se pronuncia frente a tres aspectos fundamentales que son: i) menciona los criterios generales y específicos que se deben tener en cuenta para poder exigir por vía constitucional, la protección del valor monetario de las pensiones, ii) afirma que la indexación se aplicará a personas que causaron su pensión antes de 1991, porque, primero, esta institución ya venía operando bajo el cobijo de la Constitución de 1886, por lo tanto, el derecho ya existía con la Ley 17 de 1959 y, segundo, la Constitución Política actual irradia situaciones jurídicas anteriores, consolidadas o no, porque tiene una retroactividad constitucional, siempre que estos escenarios mantengan efectos posteriores al 7 de julio de 1991, además, en este punto la Corte da claridad respecto a la universalidad de las pensiones, aclarando que esta se extiende en dos sentidos: i) en toda clase de pensiones (Le-

gal, extralegal u orden judicial) y ii) sobre todas las personas que sean o vayan a catalogarse como pensionados. Y en último lugar, iii) al unificar criterios respecto a la fecha que determinará el término de prescripción de las mesadas pensionales y tomando como base el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral pasa a afirmar que se tomará como cierto este derecho la fecha de publicación de esta sentencia, el 12 de diciembre de 2012, y así se fijará el momento en el cual empieza a correr la prescripción de las mesadas pensionales.

En los últimos años, la Corte en la sentencia T-007, SU-131 y T-255 de 2013 reitera el precedente constitucional fijado sobre la certeza del derecho a la indexación y el término de prescripción de las pensiones causadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 (tercera tesis). Es así entonces, cómo la Corte insistía que la postura de la Corte Suprema de Justicia hasta ese momento carecía de justificación constitucional porque, las personas cuya pensión se causó con anterioridad a la Constitución o dentro de su vigencia, ven afectada por igual su capacidad adquisitiva de la pensión; además hace claridad en las personas de tercera edad donde por vía excepcional podrán presentar tutela para reclamar la indexación de la primera mesada pensional sin necesidad de agotar los medios de defensa judicial ordinarios, en virtud de la vida probable que es determinante cuando se trata de tomar una pronta decisión para la protección del mínimo vital y de las condiciones dignas de las personas de la tercera edad.

Por último, la Corte Constitucional en la sentencia T-688 de 2013 fija que para conceder la indexación es necesario el cumplimiento del patrón fáctico, es decir, i) que se den dos momentos en donde el trabajador acredite el requisito del tiempo de servicios y otro en donde materializa el requisito de la edad y, ii) que exista entre estos momentos un lapso en el cual se haya devaluado la moneda; por lo tanto, la indexación no se dará si la persona cumplió ambos requisitos mientras estaba trabajando e inmediatamente se le reconoció la pen-

sión. Además, informa que no es necesario agotar el recurso extraordinario de Casación, ya que éste no se constituye en un mecanismo idóneo de defensa judicial al ser contrario a los principios de eficiencia y economía procesal.

4. El “choque de trenes” de las dos altas Cortes

Como se puede ver en lo relatado anteriormente, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia a lo largo de un proceso jurisprudencial han adoptado en una primera etapa dos tesis contrapuestas que permiten consolidar lo que conocemos como un “choque de trenes” que solo hasta octubre del año 2013 ha sido resuelto, pues en principio la Corte Suprema adoptó un razonamiento radical en el cual solo se otorgaba indexación a aquellas pensiones legales y cuya causación sea posterior a la Constitución de 1991, mientras que la Corte Constitucional, en concordancia con los criterios de favorabilidad y universalidad, acepta indexar todo tipo de pensiones y a todo tipo de pensionados; esta contraposición se consolida con la expedición de la sentencia SU-120 de 2003, que consagra la aplicación del principio *indubio pro operario* como una forma de subsanar el vacío legal existente en el artículo 260 del C.S.T. que será enmendado posteriormente con la sentencia C-862 de 2006.

En una segunda etapa podemos vislumbrar que la Corte Suprema de Justicia con su fallo de Rad.29022 del 31 de agosto de 2007 sentó un cambio de visión adoptando una tesis intermedia según la cual la reevaluación dineraria se podrá dar en los casos en que la pensión sea de origen legal, extralegal o voluntaria, pero siempre y cuando se cause en vigencia de la Carta Política, es decir, se acepta medianamente el argumento de universalidad al que recurren los precedentes de la H. Corte Constitucional.

Posteriormente, después de verse ante estas diversas perspectivas, la Corte Constitucional nota la necesidad de pronunciarse nuevamente a través de una sentencia de unificación que conlleve a la unanimidad; es por esto que en 2012 expide la sentencia SU-1073, en la cual mantiene su postura respecto al reconocimiento de la indexación y establece claramente la retroactividad del derecho a la indexación a pensiones causadas antes de 1991, fundándose en el principio de universalidad. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en decisiones como la del 6 de febrero de 2013, Rad. 46541, se rehúsa a adoptar la ponencia establecida por el Tribunal Constitucional, acogiendo la postura de la sentencia de Rad.29022 del 31 de agosto de 2007. Esto lo podemos catalogar como una tercera etapa.

En adelante, la Corte Constitucional en sentencias tales como SU-131, T-255 y T-688 de 2013 insiste en la falta de fundamentos de los fallos de la Corte Suprema de Justicia, posición que también es reprochada por el Consejo de Estado y por el Consejo Superior de la Judicatura, corporaciones que se han pronunciado acorde a lo determinado por la Corte Constitucional, y es por esto que finalmente, la Corte Suprema de Justicia en su reciente pronunciamiento de Rad. 47709 del 16 de octubre del año 2013 modifica su polémica tendencia sobre la indexación de pensiones causadas antes de la Carta Política de 1991, dando vía libre a la concesión de la indexación de pensiones legales, extralegales y convencionales causadas en cualquier tiempo, adhiriéndose a la postura de los demás tribunales y finiquitando un largo debate que se ha extendido desde el 2003.

5. Sub-reglas

De las sentencias analizadas se pueden extraer las siguientes sub-reglas jurisprudenciales las cuales deben ser tenidas en cuenta cuando se entre a analizar la indexación de la primera mesada pensional, en especial de las pensiones causadas con anterioridad a la Constitución de 1991:

- a- Debe existir un desfase monetario producto del fenómeno inflacionario, dejando como consecuencia la pérdida del valor adquisitivo de la pensión; esto en razón de la diferencia temporal entre el retiro laboral y el momento en que el ex trabajador adquiera su derecho a pensionarse.
- b- Además de las excepciones que ofrece el artículo 86 de la Constitución, a saber, primero, que no exista proceso idóneo y eficaz y, segundo, que se genere un daño irreparable, la jurisprudencia exige además que: (i) Se haya adquirido la calidad de pensionado, (ii) Se haya solicitado al empleador el reconocimiento de la “indexación de la primera mesada pensional” y haya sido negado, (iii) Se hayan agotado todos los recursos por vía ordinaria y, (iv) No se dará aplicación al principio de inmediatez.
- c- Lo que se conoce como temeridad en el ejercicio de la tutela, requiere las siguientes características comunes en las demandas presentadas: (a) identidad de partes, (b) identidad de hechos, (c) identidad de derechos invocados y, adicionalmente, (d) que la tutela haya sido interpuesta nuevamente sin causa justificada. En lo referente al último requisito, como se vio en algunos casos relatados en la variante, frente al derecho a la indexación se puede acudir a justificaciones como el proceso de liquidación llevado a cabo por una empresa o a la preponderancia del principio del mínimo vital o la vida probable.

Conclusiones

A partir de un paulatino proceso jurisprudencial, el mantener el poder adquisitivo de la pensión ha logrado establecerse como un derecho constitucional que se puede hacer efectivo mediante la utilización de herramientas como la indexación,

todo esto en virtud y desarrollo de los derechos y principios establecidos en la Carta Política.

Gracias a la utilización de criterios de análisis e interpretación y un acorde balance de principios, se ha establecido como innecesario el requisito de agotar los mecanismos extraordinarios de defensa judicial en cuanto a la procedibilidad del derecho de indexación mediante acción de tutela, incluso se ha permitido la no aplicación del principio de inmediatez. Lo anterior evidencia que la Corte Constitucional ha elevado a un mayor grado de preponderancia los supuestos facticos y la afectación real de un derecho, sobre los debates meramente jurídicos.

El recorrido jurisprudencial realizado a lo largo de este trabajo investigativo evidencia como la Corte Suprema de Justicia a través de sus pronunciamientos ha mantenido una postura variable frente al tema objeto de estudio, suscitando un prolongado debate frente a los demás tribunales de nuestro país. Sin embargo, con el transcurrir temporal y gracias a los insistentes pronunciamientos de la Corte Constitucional, dicha postura ha tendido a avanzar sobre este punto cambiando su posición a la luz de la nueva situación jurídica generada por la expedición de la Constitución de 1991, acogiendo en último momento el criterio de universalidad como se demuestra en su pronunciamiento de Rad. 47709 del 16 de octubre de 2013. No obstante, a pesar de haberse finiquitado la contraposición entre las Altas Cortes, la perspectiva adoptada por la Corte Suprema de Justicia a lo largo del periodo analizado ha implicado una clara vulneración de los postulados constitucionales que cimentan los derechos en materia pensional e incluso transgrediendo los principios como la seguridad jurídica y la correcta administración justicia, teniendo en consideración que el país requiere de un sistema judicial capaz de propender por el respeto de los derechos y garantías de las personas instituidas dentro del Estado Social de Derecho, puesto que de lo contrario se imposibilitaría cumplir con las expectativas sociales.

PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL

¿Se puede solicitar la indexación y posteriormente la reliquidación de una pensión causada antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 o por un régimen distinto al establecido en la Ley 100 de 1993?

TERCERA TESIS		PRIMERA TESIS			SEGUNDA TESIS
<p>Se otorgará la indexación a personas cuya pensión tenga un origen legal, extralegal o de orden judicial y que sea causada antes o después de la Constitución de 1991 ya que el mantener el poder adquisitivo de la pensión se consolida como un derecho constitucional en desarrollo de los principios de igualdad (Art. 13 C.P.), in dubio pro operario (Art. 53 C.P.), mínimo vital (Art. 48 C.P.) y la universalidad, además, teniendo en cuenta que nos encontramos dentro de un Estado Social de Derecho (Art.1 C.P.) deberá garantizarse una protección especial a la personas de la tercera edad (Art. 46 C.P.).</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▣ SU-120 de 2003 ■ T-663 de 2003 ■ T-1169 de 2003 ■ T-606 de 2004 ■ T-805 de 2004 ■ T-815 de 2004 ■ T-1197 de 2004 ■ T-098 de 2005 ■ T-296 de 2005 † C.E. 21 de abril de 2005 ■ T-469 de 2005 ■ T-906 de 2005 € C-862 de 2006 € C-891A de 2006 ■ T-045 de 2007 § C.S.Jud. 5 de julio de 2007 ■ T-696 de 2007 ■ T-1059 de 2007 ■ T-390 de 2009 ■ T-447 de 2009 	<p>©§ C.S.J, Rad. 8448 de 18 de agosto de 1982</p> <p>©§ C.S.J., Rad. 4087 de 8 de abril de 1991</p> <p>©§ C.S.J, Rad. 5221 de 15 de septiembre 1992</p>		<p>©§C.S.J.Rad. 9917, 13 de agosto de 1997</p> <p>©§C.S.J.Rad. 10409, 1 septiembre 1998.</p> <p>©§C.S.J.Rad.11818, 18 agosto de 1999</p> <p>©§C.S.J.Rad. 13336, 30 de noviembre de 2000</p> <p>©§C.S.J.Rad. 13092, 16 de febrero de 2001</p> <p>©§ C.S.J, Rad.28807 de 14 de noviembre 2006</p>	<p>Se concederá la indexación de la primera mesada pensional solo para aquellas pensiones causadas después de la expedición de la Ley 100 de 1993, bajo el entendido de que esta normatividad es la que implementa esta figura, además, estas deben tener un origen legal, debido a que pensiones extralegales llevan implícito un carácter volitivo que no puede ser trasgredido por el juez.</p>

	<ul style="list-style-type: none"> ■ T-457 de 2009 ■ T-628 de 2009 ■ T-362 de 2010 † C.E. 6 de mayo de 2010 ■ T-901 de 2010 ■ T- 042 de 2011 † C.E. 12 de abril de 2012 ▢ SU-1073 de 2012 ■ T-007 de 2013 ‡ C.S.Jud. 6 de marzo de 2013 † C.E. 7 de marzo de 2013 ▢ SU-131 de 2013 ■ T- 255 de 2013 ■ T- 688 de 2013 		<p>CUARTA TESIS</p> <p>©C.S.J, Rad. 29470, 20 de Abril de 2007</p> <p>©C.S.J Rad. 28452, 26 de Junio de 2007</p> <p>©C.S.J. Rad. 29022, 31 de julio de 2007</p> <p>©C.S.J. Rad. 41534, 8 de febrero 2011</p> <p>©C.S.J. Rad. 44391, 12 de abril de 2011</p> <p>©C.S.J. Rad. 46541 6 de febrero de 2013</p> <p>Rad. 47709 de octubre 16 de 2013</p>		
--	--	---	---	--	--

TABLA 1 FUENTE: La investigación (Rodríguez, 2014)

Bibliografía

Libros

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2000). Derecho de los jueces (Séptima reimpresión, febrero 2009 ed.). Bogotá: Legis.

Artículos de revista

Díaz Jimenez, Ernesto, La indexación en los conflictos laborales. *Revista de Derecho Social No. 32*, (1991), pag 25.

Jurisprudencia

Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Rad. 110011102000200701935 01 29 (Magistarado Ponente: Ruben Dario Henao Orozco, 05 de julio de 2007).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad. 46541 (M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, 6 de Febrero de 2013)

Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, Rad. 11001110200020120300001 (Magistrado Ponente: Pedro Alonso Sanabria Buitrago, 06 de marzo de 2013).

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, seccion segunda, subsección "B", Rad. 76001-23-31-000-2004-05527-02(0504-09) (Consejero ponente: Gerardo Arena Monsalve, 06 de mayo de 2010).

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección "A", Rad. 76001-23-31-000-2008-01205-01 (1995-11) (Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, 07 de marzo de 2013).

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación laboral, Rad. 41534 (Magistrado Ponente: Francisco Javier Ricaurte Gómez, 08 de febrero de 2011).

Corte Suprema de Justicia, Sala de casación laboral, Rad. 44391 (Magistrada Ponente: Elsy del Pilar Cuello Calderón, 12 de abril de 2011).

Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subseccion "B", Rad. 25000-23-25-000-2008-00800-01(0581-10) (Consejero ponente: Mario Socha Barbosa, 12 de abril de 2012).

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral, Rad. 9917, (Magistrado Ponente: Germán Valdés Sánchez, 13 de Agosto de 1997).

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Rad.28807 (Magistrado Ponente: Luis Javier Osorio Lopez, 14 de Noviembre de 2006).

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Rad.13092, (Magistrado Ponente: Luis Gonzalo Toro Correa, 16 de Febrero de 2001).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad.29470, (Magistrado Ponente: Luis Javier Osorio López, 20 de Abril de 2007).

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección "A", Rad. 25000-23-25-000-2000-06812-01(0709-04) (Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, 21 abril 2005).

Consejo de Estado, Rad. 25000-23-25-000-2000-06812-01(0709-04), (Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, 21 de abril de 2005).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad. 28452, (Magistrado Ponente: Camilo Tarquino Gallego, 26 de Junio de 2007).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad.29022 (Magistrado Ponente: Camilo Tarquino Gallego, 31 de Julio de 2007).



Consejo de Estado, Rad.76001-23-31-000-2004-05527-02(0504-09), (Consejero Ponente: Gerardo Arena Monsalve, 6 de mayo de 2010).

Corte Constitucional, C-862 de 2006, (Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, 19 de Octubre de 2006).

Corte Constitucional, C-891A (Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, 01 de Noviembre de 2006).

Corte Constitucional, T-098 de 2005, (Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería, 4 de Febrero de 2005).

Corte Constitucional, T-1197 DE 2004 (Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería, 29 de Noviembre de 2004).

Corte Constitucional, T-906 de 2005 (Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra, 01 de Septiembre de 2005).

Corte Constitucional, T-045 de 2007 (Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño, 01 de Febrero de 2007).

Corte Constitucional, T-362 de 2010, (Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez, 11 de Abril de 2010).

Corte Constitucional, T-447 de 2009, (Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez, 09 de Junio de 2009).

Corte Constitucional, T-628 de 2009, (Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 04 de Septiembre de 2009).

Corte Constitucional, T-255 de 2013, (Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 30 de Abril de 2013).

Corte Constitucional, T-042 de 2011, (Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, 03 de Febrero de 2011).

Corte Constitucional, T-390 de 2009 (Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, 28 de Mayo de 2009).

Corte Constitucional, T-805 de 2004 (Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández, 26 de Agosto de 2004).

Corte Constitucional, T-1169 de 2003 (Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández, 04 de Diciembre de 2003).

Corte Constitucional, T-457 de 2009, (Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, 09 de Julio de 2009).

Corte Constitucional, T-633 de 2003, (Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería, 31 de Julio de 2003).

Corte Constitucional, T-296 de 2005 (Magistrado Ponente: Manuel Jose Cepeda Espinosa, 31 de Marzo de 2005).

Corte Constitucional, T-696 de 2007 (Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, 06 de Septiembre de 2007).

Corte Constitucional, T-688 de 2013 (Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez, 26 de Septiembre de 2013).

Corte Constitucional, T-901 de 2010 (Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez, 12 de Noviembre de 2010).

Corte Constitucional, T-1059 de 2007, (Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, 06 de Diciembre de 2007).

Corte Constitucional, T-007 de 2013 (Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 18 de Enero de 2013).

Corte Constitucional, T-606 de 2004, (Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes, 17 de Junio de 2004).

Corte Constitucional, T469 de 2005 (Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández, 10 de Mayo de 2005).

Corte Constitucional, T-815 de 2004 (Magistrado Ponente: Rodrigo Uprimny Yepes, 27 de Agosto de 2004).

Corte Constitucional, T-131 de 2013 (Magistrado Ponente: Alexei Julio Estrada, 13 de Marzo de 2013).

Corte Constitucional, SU-1073 de 2012, (Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, 12 de Diciembre de 2012).

Corte Constitucional, SU-120 de 2003 (Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis, 13 de Febrero de 2003).

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sección Segunda, Rad. 4087, (Magistrado Ponente Ernesto Jiménez Díaz, 08 de Abril de 1991).

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sección Primera, Rad. 5221 (Magistrado Ponente Jorge Ivan Palacio Palacio, 15 de Septiembre de 1992).

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sección Primera, Rad. 8448 (Magistrado Ponente: Fernando Uribe Restrepo, 18 de Agosto de 1982).

Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sección Segunda Rad.11818 (Magistrado Ponente: Carlos Isaac Nader, 18 de Agosto de 1999).

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Rad.13336, (Magistrado Ponente: Fernando Vasquez Botero, 30 de Noviembre de 2000).

Otros

Estado, C. d. (s.f.). Formula para calcular indexación de primera mesada pensional. Sentencia de 21 de abril de 2005. Colombia.

Rodríguez, J. (Marzo de 2014). Tabla cronológica de las sentencias de la indexación de la primera mesada pensional. Linea jurisprudencial de la indexación de las pensiones causadas con anterioridad a la Constitución de 1991. Pasto, Colombia.

Salazar, J. D. (Febrero de 2014). Patrón fáctico de la indexación de la primera mesada pensional. Linea Jurisprudencial sobre la indexación de pensiones causadas con anterioridad a la Constitución de 1991. Pasto, Colombia.



- * Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, cuarto año. Integrante del semillero de investigación José Rafael Sañudo Torres. cami.coral@hotmail.com
- ** Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, tercer año. Integrante del semillero de investigación José Rafael Sañudo Torres. k.miloernesto24.mm@gmail.com
- *** Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño, tercer año. Integrante del semillero de investigación José Rafael Sañudo Torres. jsebastian665@hotmail.com
- 1 Ernesto Jiménez DÍAZ, “La indexación en los conflictos laborales” en Revista de Derecho Social, No. 32, diciembre de 1991, p. 25.
- 2 Constitución Política de 1991, artículo 48.
- 3 CSJ SL, 15 sep. 1992, rad. 5221.
- 4 *Ibidem*.
- 5 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, subsección “A”, rad. 25000-23-25-000-2000-06812-01(0709-04), 21 abril 2005, C.P: Ana Margarita Olaya Forero.

Procedencia de la acción de tutela contra los dictámenes que profieren las juntas de calificación de invalidez a nivel regional y nacional

Elsy Lorena Ortega Cuaichar*

RESUMEN

Los seres humanos perdemos la capacidad laboral ya sea por un accidente o una enfermedad que puede tener un origen laboral o común. Pero para tener derecho a unas prestaciones de carácter pecuniario que ayuden a paliar las contingencias derivadas de esos estados, es necesario que haya una valoración de esa invalidez; en este sentido juegan un papel importante las Juntas de Calificación de Invalidez que conformadas por un grupo de especialistas, se caracterizan por ser la instancia más idónea para realizar dicha valoración; sin embargo, la vulneración por parte de estas Juntas de varios derechos fundamentales, ha hecho que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para dirimir controversias en torno a dictámenes emitidos por éstas, estableciendo unas sub reglas constitucionales que deben ser tenidas en cuenta, precisamente, en los casos de las personas que vean vulnerados sus derechos fundamentales y encuentran en la acción de tutela el mecanismo más apto para obtener una respuesta.

PALABRAS CLAVE

Juntas de Calificación de Invalidez, contingencia, invalidez, sub reglas constitucionales, Corte Constitucional, procedencia, dictamen, acción de tutela, pensión de invalidez, derechos fundamentales, seguridad social.

ABSTRACT

Humans lose the ability to work either by an accident or illness that may have a common origin or labor origin. But to qualify for a pecuniary benefits to help to palliate these contingencies derived from these states, it is necessary to have a assessment of such invalidity, in this sense the Disability Assessment Assemblies play a important role, these are shaped by a group of specialists, these are characterized by to be the most appropriate team to make such an assessment; However the infringement by these assemblies of several fundamental rights, has led the Constitutional Court to rule on the excepcional viability of the tutela to settle dis-

putes over opinions issued by them ; establishing a constitutional sub-rules that must be taken into account precisely for people who see their basic rights violated and find in the tutela action the most appropriate mechanism for a response.

KEYWORDS

Disability Assessment Assemblies, contingency, invalidity, Constitutional Court, Constitutional Court, origin, opinion, tutela, disability pension, basic rights, social security.

SUMARIO

Introducción. 1. Requisitos para obtener una pensión de invalidez y el procedimiento que se debe seguir. 2. El papel y procedimiento de las Juntas de Calificación de Invalidez. 3. La acción de tutela y su procedencia para controvertir los dictámenes expedidos por las Juntas de Calificación de Invalidez en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. 3.1. Problema Jurídico y las tesis que lo resuelven. 3.2. Punto arquimédico de apoyo. 3.3 Variantes de las sentencias y su importancia. 3.4 Telaraña y puntos nodales. 3.5 Sub reglas de la línea jurisprudencial. 3.6 Esquema gráfico de la línea jurisprudencial. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de una pensión de invalidez, de indemnizaciones e incluso el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, en ciertos casos, depende del dictamen de invalidez o de pérdida de la capacidad laboral que profiera un médico. En este sentido juegan un papel importante las Juntas de Calificación de invalidez, quienes tienen el deber de realizar una evaluación técnico-

científica, que producirá un dictamen en el cual se establecen varios aspectos, que son determinantes para el reconocimiento de las prestaciones aludidas anteriormente; el hecho de controvertir estos dictámenes es de suma importancia para las personas que se ven sometidas a estas valoraciones, ya que de ello dependerá su mínimo vital, sus ingresos y más específicamente solventar esa pérdida de la capacidad económica derivada de su estado de invalidez. Por lo cual, en esta oportunidad se analizará una línea que permite observar las decisiones establecidas por la honorable Corte Constitucional en esta materia, detectando unas sub reglas constitucionales¹ que deben ser tenidas en cuenta por las personas que deseen presentar una acción de tutela para controvertir, precisamente, los dictámenes de estas Juntas, cuando se ven vulnerados sus derechos fundamentales.

La metodología que se emplea en este artículo parte de una descripción en primer lugar, de la pensión de invalidez y de los requisitos para obtenerla. Posteriormente se resaltan las funciones y la importancia de las Juntas de Calificación de Invalidez. Ya teniendo claros estos aspectos, se procede al análisis de los diferentes fallos de revisión de tutela de la Corte Constitucional teniendo en cuenta la metodología del profesor Diego Eduardo López Medina en su texto “El Derecho de los jueces” (2000) para la elaboración de líneas jurisprudenciales, la cual previamente fue utilizada en la línea jurisprudencial, que sirve de base para elaborar el informe final de investigación del cual se desprende este escrito.

En este sentido, después de plantear el problema jurídico que se pretende resolver, teniendo en cuenta un patrón fáctico similar, el análisis estático y dinámico de sentencias, se pudo extraer la información más adecuada que permite la estructuración de este artículo, de tal manera que deja apreciar cuáles han sido las posiciones que ha tenido la Corte Constitucional en esta materia, en un periodo comprendido entre 2005 y 2013.

El marco constitucional que sirve de base al tema en cuestión es el art. 48² de la Constitución Política de 1991 donde se establece que “Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones”.

El marco legal se fundamenta en los arts. 38 a 43 de la Ley 100 de 1993, desarrollados por el Decreto 917 de 1999 (Manual Único para la Calificación de Invalidez), por el Decreto 2463 de 2001, la Ley 1562 de 2012 y más recientemente por el Decreto 1352 de 2013, documentos que reglamentan la organización, funcionamiento, procedimiento y actuación de las Juntas de Calificación de Invalidez.

1. Requisitos para obtener una pensión de invalidez y el procedimiento que se debe seguir

La pensión de invalidez es una prestación económica que busca compensar la contingencia que se genera por la pérdida de la capacidad económica derivada de la invalidez, que puede ser producto de una enfermedad o accidente, ya sea de origen laboral o común y dependiendo de eso el responsable de la prestación será diferente, pues si la enfermedad o accidente es laboral, responderá la Aseguradora de Riesgos Laborales, pero si es común, lo hará el Sistema General de Pensiones.

Para ello, es necesario tener en cuenta que se considera inválida a la persona que, según el Manual Único de Calificación de Invalidez (MUCI) (2011) “por cualquier causa, de cualquier origen, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral u ocupacional”.

Sin embargo, el hecho de que se haya considerado como inválida a una persona, no quiere que decir que automáticamente se le vaya a reconocer el derecho a una pensión, porque es necesario cum-

plir con otro requisito que en el Sistema General de Pensiones consiste en tener al menos 50 semanas cotizadas en los tres últimos años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez³. Por otro lado, en el Sistema General de Riesgos Laborales para la obtención de esta pensión, se requiere que el empleador haya afiliado a su trabajador a este sistema y que además no se encuentre en mora de más de dos cotizaciones. Cabe agregar que otro aspecto importante en este sistema es la responsabilidad que se deriva de la afiliación o no del empleador a una Administradora de Riesgos Laborales (ARL) y también la responsabilidad que tiene este empleador para proteger o prevenir a su trabajador de una enfermedad o accidente que sea producto o con ocasión de su trabajo y que puede conducir a la reclamación de una indemnización.

Debe considerarse que dependiendo del porcentaje de invalidez que se le asigne a la persona, que se clasifica entre las personas que han perdido el 50% y 66% y los que hayan perdido más del 66% de su capacidad laboral, también dependerá la base con la que se liquida dicha pensión; en cada sistema tiene unos montos diferentes, siendo más beneficiosos los del Sistema de Riesgos Laborales.

Haciendo un paréntesis, se puede agregar que para la obtención de una pensión de sobrevivientes en el caso de hijos o hermanos inválidos es necesario que dicha invalidez se haya presentado antes de la muerte del causante de la pensión.

En lo que respecta a la valoración de la invalidez, el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, establece que:

“Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP⁴-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de inva-

lidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales. Es decir que finalmente el Juez laboral en un proceso laboral ordinario, es quien decide las controversias que se susciten en estos casos”.

2. El papel y procedimiento de las Juntas de Calificación de Invalidez

Recopilando lo anteriormente, dicho las Juntas de Calificación de Invalidez tienen la obligación de realizar una evaluación técnico-científica, en la cual van a fijar (i) el origen de la invalidez, (ii) su porcentaje y, (iii) la fecha de estructuración de dicha invalidez. Ese diagnóstico es el que va a servir de base para que las entidades administradoras de pensiones decidan sobre el reconocimiento o no de la pensión de invalidez; de ahí que el papel de estas Juntas de Invalidez sea determinante y más aun teniendo en cuenta que el personal que se encarga de hacer estas valoraciones es altamente calificado.

El procedimiento que orienta el actuar de estas Juntas al momento de tomar sus decisiones está contenido en el marco legal previamente descrito. Este procedimiento se rige también por los principios de la buena fe, el debido proceso, la moralidad, la igualdad, la eficiencia, el respeto a la dignidad humana, entre otros.

La Corte Constitucional, en la sentencia T-436 de abril 28 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, explicó que en el trámite que debe surtirse ante las Juntas para la calificación de la invalidez, deberán aplicarse las siguientes reglas:

i) La solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral sólo podrá tramitarse cuando las entidades hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad de su realización. Al efecto, a tal solicitud se debe allegar el certificado correspondiente (art. 9° del Decreto 917 de 1999 y arts. 23 y 25-3 del Decreto 2463 de 2001).

ii) Valoración completa del estado de salud de la persona cuya invalidez se dictamina o se revisa, para lo cual las juntas deben proceder a realizar el examen físico correspondiente antes de elaborar y sustanciar la respectiva ponencia (art. 28 ibídem); y

iii) Motivación de las decisiones adoptadas por estos organismos, pues deben sustanciar los dictámenes que emiten explicando y justificando en forma técnico científica la decisión que adoptan (arts. 28 a 31 ibídem).

De esta manera la motivación de las decisiones debe ser de hecho y de derecho, ya que si no se cumple este procedimiento se estarían vulnerando derechos fundamentales como el debido proceso, la dignidad humana, la seguridad social entre otros, a las personas que se someten a la evaluación de estas Juntas. Y aunque si bien es cierto que dichas personas tienen otra instancia para controvertir estos dictámenes, como lo es la Justicia Laboral Ordinaria, este mecanismo es más largo y costoso, y por este motivo es que precisamente se procede a analizar la viabilidad de la acción de tutela en estos casos, la que se ha constituido en el mecanismo por excelencia para defender derechos fundamentales a través de un procedimiento corto, gratuito y expedito.

3. La acción de tutela y su procedencia para controvertir los dictámenes expedidos por las Juntas de Calificación de Invalidez en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

En este aparte se analizará la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, proferida en torno a un patrón fáctico similar que tiene que ver con las situaciones a las que se enfrentan las personas cuando se someten a la valoración de estas Juntas, en el momento de determinar el origen, el porcentaje de invalidez de los accionantes, la fecha de estructuración de su invalidez ya sea para acceder a una pensión de invalidez o una pensión de sobrevivientes. La vulneración por parte de estas Juntas de derechos fundamentales como la seguridad social, el debido proceso, el mínimo vital, la dignidad humana, ha hecho que este tribunal deba pronunciarse sobre este tema.

Se toman como base para este estudio los pronunciamientos de la Corte Constitucional en sede de revisión de acciones de tutela, desde la primera sentencia en el año 2005⁵, hasta la última en el año 2013⁶, es decir un lapso de ocho (8) años, donde se detectarán las sentencias fundadoras de línea, confirmatorias, las más actuales, así como las sentencias hito. Igualmente se detectarán las sub reglas constitucionales que se han venido estableciendo en esta materia.

En la siguiente línea se observa que el asunto es complejo, porque lo que se controvierte pone en juego el derecho o no, a una pensión y también el derecho a otras prestaciones derivadas de la invalidez, por lo cual si bien en un principio hubo una constante en la línea, en los últimos años ha presentado variantes y además se han presentado tres tesis que resuelven el asunto.

Para la solución de los asuntos debatidos, la Corte se ha visto en la necesidad de abordar temas como las funciones de las Juntas de Calificación de Invalidez, el trámite o debido proceso que se debe seguir ante ellas, la naturaleza jurídica de esos procedimientos, la importancia de los dictámenes que emiten. Y en el tema más en concreto, la Corte ha entrado a analizar el principio de subsidiariedad de la acción de tutela y sus excepciones en materia de dictámenes de pérdida de la capacidad laboral, la situación de la persona que generalmente se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta y los derechos fundamentales de los discapacitados; así mismo ha analizado el principio de inmediatez a la hora de presentar la acción de tutela y la configuración de un perjuicio irremediable para que proceda esta acción.

3.1 Problema Jurídico y las tesis que lo resuelven

En los casos de acciones de tutela contra los dictámenes que emiten las Juntas de Calificación de Invalidez ya sea a nivel Regional como Nacional, en lo que respecta a los dictámenes que tienen que ver con el origen, porcentaje de calificación de invalidez y la fecha de estructuración de la misma, se encuadra el siguiente problema jurídico abordado por la Corte Constitucional:

Problema Jurídico Principal

¿Procede la acción de tutela contra dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez a nivel regional y nacional?

Como respuesta al interrogante, se presentan tres tesis:

- **Primera tesis:** La acción de tutela procede como mecanismo definitivo en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto.

- **Segunda tesis:** La acción de tutela resulta impropia cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley.

- **Tercera tesis:** La acción de tutela procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, sea necesaria la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable.

3.2 Punto arquimédico de apoyo

En esta oportunidad teniendo en cuenta que una sentencia se relaciona con otras sentencias, se utiliza el fallo más reciente que cumpla con los requisitos fácticos que se someten a investigación. El fallo que cumple con estas exigencias es la Sentencia T-609 de 2013 emitida el 30 de agosto.

3.3 Variantes de las sentencias y su importancia

Inicialmente antes de comenzar con el análisis, es importante mencionar que las Juntas de Calificación de Invalidez pueden ser sujetos de la acción de tutela, pues como lo ha señalado la Corte Constitucional "...son verdaderos órganos públicos pertenecientes al sector de la seguridad social que ejercen una función pública pese a que los miembros encargados de evaluar la pérdida de capacidad laboral sean particulares"⁷⁷.

Ahora sí, ya dentro del análisis, se observa que en un primer momento se comprende que a pesar de que existe otra vía de defensa judicial para controvertir los dictámenes que las Juntas de Calificación profieren, dicho mecanismo de defensa no resulta idóneo para asegurar la protección inminente y efectiva de los derechos fundamentales invocados y también, atendiendo las particulares circunstancias en que se encuentra la persona de-

mandante, por cuanto se trata de una persona "sujeto de especial protección" por su condición física que exige la adopción de medidas de carácter inmediato, lo cual torna procedente la acción de tutela a fin de impedir la prolongación del daño que podría originarse al actor como consecuencia de la extinción de su derecho a la pensión de invalidez, donde se observa una violación al debido proceso por parte de la Junta Nacional. Se destacan las sentencias T-436 de 2005 -ésta como fundadora de línea⁸- y T-108 de 2007, en las cuales la vulneración en la revisión de calificación del estado de invalidez declaró extinto el derecho pensional del actor.

En la sentencia del año 2005, la Corte encontró que se había vulnerado el derecho al debido proceso por parte de la Junta Nacional al fijar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, porque no siguió en algunos aspectos el procedimiento reglamentario y no motivó suficientemente su decisión. "*Indicó que la junta (i) no acreditó que el accionante hubiera sido sometido a examen físico; (ii) no aportó información acerca de por qué al proferir el dictamen no valoró en su integridad el estado de salud del peticionario sino tan solo una de las patologías y, finalmente, (iii) no informó acerca de la realización del proceso de rehabilitación integral que hubiera recibido el accionante o sobre la improcedencia del mismo, lo cual es exigido por las normas reglamentarias para darle trámite a las solicitudes de valoración de pérdida de capacidad laboral*".

Algo muy similar ocurrió en la sentencia del año 2007, ya que los supuestos fácticos eran prácticamente los mismos. Son importantes estas decisiones pues al tutelar los derechos de estas personas, la Corte Constitucional ordena restablecer los derechos pensionales que tenían los accionantes y ordena a la Junta Nacional que profiera otro dictamen de revisión de la invalidez, pero esta vez siguiendo el debido proceso.

Algo adicional en esta primera etapa, es que la sentencia T- 595 de 2006 agrega que la certificación de incapacidad sirve como elemento de juicio para pensión de invalidez y pensión de sobrevivientes.

En un segundo momento donde ya hay más desarrollo del tema, se recoge lo dicho en sentencias anteriores y se añade un segundo criterio estableciéndose unas reglas para la procedencia de la acción de tutela:

“En primer lugar, la acción de tutela procederá como mecanismo definitivo en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto, lo cual deberá ser analizado por el juez de tutela atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante⁹. (...) En segundo lugar, procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable para lo cual también resulta necesario considerar la situación concreta del solicitante”.

Adicionalmente, ya se demostró que la jurisprudencia constitucional ha indicado que *“en este tipo de casos los requisitos de procedibilidad excepcional de la acción de tutela deben ser analizados de manera menos estricta por cuanto se encuentran involucrados los derechos fundamentales de personas en situación de debilidad manifiesta por su discapacidad física o psíquica”¹⁰*, lo que se justifica *“en virtud del deber positivo en cabeza del Estado y sus diferentes organismos de tomar las medidas necesarias y favorables para que las personas con discapacidad física o mental puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad con los demás”*. En este sentido se encuentran las sentencias T-328 de 2008, T-773 de 2009, T-726 de 2011, T-518 de 2011, T-800 de 2012, y T-337 de 2012 donde se destaca la sentencia hito T-328 de 2008 que habla del perjuicio irremediable, estableciendo unos parámetros para que éste sea tenido en cuenta a la hora de conceder el amparo transitorio:

Menciona que:

“Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: (i) por ser inminente, es decir, que se trate

de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”.

Una tercera etapa -ya para el año 2013-, se inicia con la sentencia T-006 que puede considerarse como modificadora¹¹ de línea ya que niega el amparo constitucional por cuanto agrega que *“en el evento que no exista indicio de que se omitió la valoración de la historia clínica, los exámenes clínicos y la práctica del examen diagnóstico, no hay lugar a que el juez constitucional declare la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y en consecuencia que ordene una nueva revisión de la fecha de estructuración”*. Olvidando por decirlo de alguna manera que se está ante un sujeto de especial protección y donde los requisitos para la procedibilidad de tutela deben ser analizados de manera menos estricta por cuanto se encuentran involucrados los derechos fundamentales de personas en situación de debilidad manifiesta por su discapacidad física o psíquica.

Para concluir con el análisis, en el mismo año 2013 en las sentencias posteriores a la T-006 se resalta lo dicho en años anteriores y se recalca que *“la tutela a pesar de ser un instrumento subsidiario, se constituye como el principal medio de garantía de derechos, más si se trata de sujetos de especial protección constitucional. (...)”* (T-119 de 2013).

La sentencia T-150 de 2013 hace alusión nuevamente a que *“la acción de tutela resulta procedente siempre y cuando se demuestre que se está frente a la inminencia de un perjuicio irremediable o que los medios ordinarios no son el mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales del peticionario”*.

Finalmente, la sentencia T-609 de 2013 que es la última que se estableció en esta materia el año pasado, tiene que ver con un señor que padecía retardo mental avanzado desde su nacimiento y al que se le negó la sustitución pensional de su padre *“argumentando que para la época de la defunción del causante no existía dependencia económica del agenciado, en tanto que la estructuración de la invalidez se dio varios años después de la muerte de su padre”*. La Corte Constitucional encontró que la Junta Regional del Atlántico en la valoración omitió *“ciertos aspectos relativos a las características de la enfermedad mental que padece el actor, la historia clínica aportada, la permanencia de su trastorno psicológico”* entre otros criterios, vulnerando el derecho al debido proceso *“al determinar la fecha de estructuración de invalidez sin el cabal cumplimiento de los derroteros normativos y jurisprudenciales que regulan el contenido y trámite de estos procedimientos”*. Además, para la Sala no hay duda de que se está ante un sujeto de especial protección constitucional, por múltiples circunstancias: como su discapacidad mental severa, la ceguera que padece y sus quebrantos de salud, que su único ingreso lo constituye esa pensión de sobrevivientes y que además su familiar no cuenta con medios económicos suficientes para brindarle la protección que necesita ya que se trata de su madre de 95 años de edad, por lo cual la Corte decide tutelar sus derechos.

3.4. Telaraña y puntos nodales

Por cada año, las sentencias analizadas son las siguientes:

2005	2006	2007
T-436	T-595	T-108
2008	2009	2011

T-328	T-062 T-773	T-328 T-518 T-726
2012	2013	
T-800	T-150	
T-337	T-119	
T-165	T-006	
T-024	T-609	

3.5 Sub reglas de la línea jurisprudencial

De las sentencias analizadas, se pueden extraer las siguientes sub reglas jurisprudenciales las cuales deben ser tenidas en cuenta si una persona desea presentar una acción de tutela contra un dictamen emitido por las Juntas Regionales o la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, donde se controvierta ya sea el porcentaje de invalidez y/o pérdida de capacidad laboral, o donde lo discutible sea la fecha de estructuración de invalidez para obtener su pensión de invalidez o de sobrevivientes.

La acción de tutela procede:

- Como mecanismo definitivo en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto, lo cual deberá ser analizado por el juez de tutela atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante¹² (T-436 de 2005 y T-108 de 2007).
- Procederá como mecanismo transitorio¹³, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable¹⁴ para lo cual también resulta necesario considerar

la situación concreta del solicitante (T-328 de 2008, T-773 de 2009, T-726 de 2011, T-800 de 2012, T-165 de 2012, T-337/12).

- El juicio de procedibilidad de la acción de tutela será menos estricto cuando se trate de ciertos grupos como niños, las mujeres embarazadas, los ancianos, las minorías étnicas, personas en situación de pobreza extrema o las personas que sufren algún tipo de discapacidad como consecuencia del estado de debili-

dad manifiesta y de la especial protección que la Constitución Política les ha brindado (T-024 de 2012, T-609 de 2013).

3.6 Esquema gráfico de la línea jurisprudencial

Problema jurídico			
¿Procede la acción de tutela contra dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez a nivel regional y nacional?			
<p>Tesis 1</p> <p><i>La acción de tutela procede como mecanismo definitivo en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto.</i></p>	<p>▲ T-436/05 <i>Inés Vargas</i></p> <p>▲ T- 595/06 <i>Inés Vargas</i></p> <p>▲ T-108/07 <i>R. Escobar Gil</i></p> <p>▲ T-062/09 <i>N. Pinilla P.</i></p> <p>▲ T-328/11 <i>J I. Pretelt Ch.</i></p>	<p>Ω T-328/08, <i>M. J. Cepeda E.</i></p> <p>Ω T-773/09 <i>H A. Sierra Porto</i></p> <p>Ω T-518/11 <i>G. E. Mendoza Martelo</i></p> <p>Ω T-726/11 <i>G. E. Mendoza Martelo</i></p>	<p>Tesis 2</p> <p><i>La acción de tutela resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley</i></p>

	<p>▲ T-024/12 <i>M. González</i></p> <p>Ω T-800/12 <i>J. Iván Palacio P.</i></p> <p>Ω T-119/13 <i>J I. Pretelt Ch.</i></p> <p>Ω T-150/13 <i>A. J.Estrada</i></p> <p>Ω T-609/13 <i>N. Pinilla P</i></p>	<p>Ω T-165/12 G. E. <i>Mendoza Martelo</i></p> <p>Ω T-337/12 <i>N. Pinilla P</i></p> <p>©T-006/13 <i>M. González</i></p>	
--	--	--	--

Conclusiones

Lo primero que se puede extraer del análisis hecho es que no se encontraron fallos de la Corte Constitucional, que tengan que ver con la procedencia de la acción de tutela cuando se trate de controvertir el origen de la invalidez, ya sea laboral o común. Desde una opinión personal, se podría decir que las personas no acuden mucho a la acción de tutela para discutir esto, porque el hecho de haber obtenido una pensión ya sea en el Sistema General de Pensiones o en el Sistema General de Riesgos Laborales constituye un logro de tal magnitud, que no le prestan mucha importancia a la entidad que les reconozca la pensión; otra razón podría ser la falta o la mala información que se les da a estas personas porque es más beneficioso el Sistema de

Riesgos, ya que si se reconoce una invalidez de origen laboral el porcentaje de la pensión es más alto y además se pueden reclamar las indemnizaciones correspondientes ya sea por el daño sufrido, la falla en la prevención y protección de las Aseguradoras de Riesgos Laborales y del empleador mismo.

En segundo lugar, se deduce que el derecho más vulnerado por parte de las Juntas de Calificación de Invalidez es el derecho al debido proceso, pues muchas veces no fundamentan ni fáctica, ni legalmente sus decisiones, no tienen en cuenta las historias clínicas, incluso en algunas ocasiones no realizan el examen físico a las personas, no valoran en su integridad el estado de salud, no acreditan que se haya realizado la rehabilitación integral previa, entre otros aspectos. Se vulneran con ello otros derechos como la dignidad humana, la seguridad social y el mínimo vital.

En tercer lugar, se puede afirmar que aunque proceda la acción de tutela, esto no quiere decir que otro juez u otra entidad diferente a la demandada sea quien valore nuevamente la invalidez, porque las personas son remitidas de nuevo a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Sólo cuando la demandada es la Junta Regional, se sabe que la apelación se surte ante otra instancia; de lo contrario es la misma Junta la que debe valorar nuevamente a la persona, sólo que esta vez, siendo más cuidadosa en el procedimiento.

Se puede agregar también, en cuarto lugar, que hay una amplia discrecionalidad del Juez en el momento de proceder la acción de tutela en estos asuntos, ya que no hay unos criterios específicos que permitan decir en qué casos particularmente procede esta acción.

Finalmente, no obstante lo anterior, se puede apreciar que la Corte Constitucional ha brindado una buena protección en esta materia a las personas que se someten a la evaluación de estas Juntas, teniendo en cuenta que casi la totalidad de ellas son “sujetos de especial protección” donde se observa claramente el respeto a la igualdad material, ya que se hace una discriminación pero positiva para que los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela sean menos estrictos para estas personas.

Bibliografía

Legislación

Constitución Política de Colombia (2011). Bogotá D. C.: Leyer.

Ley 100 de 1993. Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diciembre 23 de 1993. D.O. N.º 41.148.

Ley 1562 de 2012. Por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional. Julio 11 de 2012. D.O. N.º 48488.

Decreto 1352 de 2013 [con fuerza de ley]. Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones. Junio 26 de 2013 D.O. N.º 48.834.

Decreto 2591 DE 1991 [con fuerza de ley]. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Noviembre 19 de 1991 D.O N.º 40.165.

Decreto- Ley 019 de 2012. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Enero 10 de 2012 D.O. N.º 48308.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-859 de 2004 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández: Septiembre 2 de 2004).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1002 de 2004 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: Octubre 12 de 2004).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-436 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández : Abril 28 de 2005).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-595 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández: Julio 27 de 2006).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-108 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil: Febrero 19 de 2007).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-328 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa: Abril 10 de 2008).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-062 de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla: Febrero 5 de 2009).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-773 de 2009 (M.P Humberto Antonio Sierra Porto: Octubre 29 de 2009).



Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-328 de 2011 (M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: Mayo 4 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-518 de 2011 (M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: Julio 5 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-726 de 2011 (M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: Septiembre 27 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-024 de 2012 (M.P Martelo Mauricio González Cuervo: Enero 24 de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-165 de 2012 (M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: Marzo 5 de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-337 de 2012 (M.P Nilson Pinilla Pinilla: Mayo 10 de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-800 de 2012 (M.P J. Iván Palacio P: Junio 4 de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-006 de 2013 (M.P Gabriel Eduardo Mendoza: Enero 11 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-119 de 2013 (M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: Marzo 12 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-150 de 2013 (M.P Alexei Julio Estrada: Marzo 20 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-609 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla: Agosto 30 de 2013).

Doctrina

Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA, *Derecho de los jueces*, Bogotá, Editorial Legis, (Séptima reimpression; febrero 2009 ed.).

Ministerio Nacional de la Protección Social. Dirección General de Riesgos Laborales, (2011). *Manual Único para la calificación de Invalidez, Versión para prueba piloto*. Bogota D.C.

Rodolfo ARANGO, Julieta LEMAITRE, *Jurisprudencia Constitucional Sobre el derecho al mínimo vital* En: Estudios ocasionales CIJUS Bogotá D.C. Facultad de Derecho Ediciones Uniandes 2002.

-
- * Estudiante de tercer año del Programa de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Nariño. elsyLorena25@hotmail.com
- 1 Rodolfo ARANGO, Julieta LEMAITRE, Jurisprudencia Constitucional Sobre el derecho al mínimo vital, en: Estudios ocasionales CIJUS Bogotá D.C. Facultad de Derecho Ediciones Unian-des 2002, p.8. Mencionan que las sub reglas constitucionales son “normas constitucionales de origen jurisprudencial incorporadas argumentativamente en el campo semántico de otras nor-mas constitucionales”.
 - 2 Modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005. por el cual se adiciona el art. 48 de la Constitución Política. Julio 22 de 2005 D.O. N° 45980.
 - 3 Según el MUCI “es la fecha en la que una persona alcanza el 50% de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional, en forma permanente y por cualquier origen, fruto de una enfermedad o accidente y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado éstos”.
 - 4 Según la Ley 1562 de 2012 “Por la cual se modifica el sistema de riesgos laborales y se dictan otras disposiciones en materia de salud ocupacional” Julio 11 de 2012. D.O. N° 48488. Ahora se denominan Administradoras de Riesgos Laborales.
 - 5 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 436 de 2005 (M.P Clara Inés Vargas Hernandez: Abril 28 de 2005).
 - 6 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-609 de 2013 (M.P Nilson Pinilla Pinilla: Agosto 30 de 2013).
 - 7 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1002 de 2004 (M.P. Marco Gerardo Monroy Ca-bra: Octubre 12 de 2004)
 - 8 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-436 de 2005 Ibídem. se considera fundadora de línea por ser la primera sentencia que aborda el tema en concreto y lo resuelve.
 - 9 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-436 de 2005. Ibídem. y T-108 de 2007 (M.P. Ro-drigo Escobar Gil: Febrero 19 de 2007)
 - 10 Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-859 de 2004 (M. P. Clara Inés Vargas Hernán-dez: Septiembre 2 de 2004) y T-108 de 2007. Ibídem.
 - 11 Se considera modificadora de línea porque genera un cambio en las decisiones que había tomado anteriormente la Corte.
 - 12 En cuanto a las circunstancias especiales del solicitante , no se han establecido unos requisitos taxativos generales que permitan decir exactamente cuáles son esas circunstancias especiales pero si se podría decir que entre esas circunstancias los jueces tienen en cuenta: la edad del so-licitante, su condición económica, física, mental , cuales son su medios para sobrevivir, el grado de afectación de derechos fundamentales, (que estos casos los más vulnerados fueron el debido

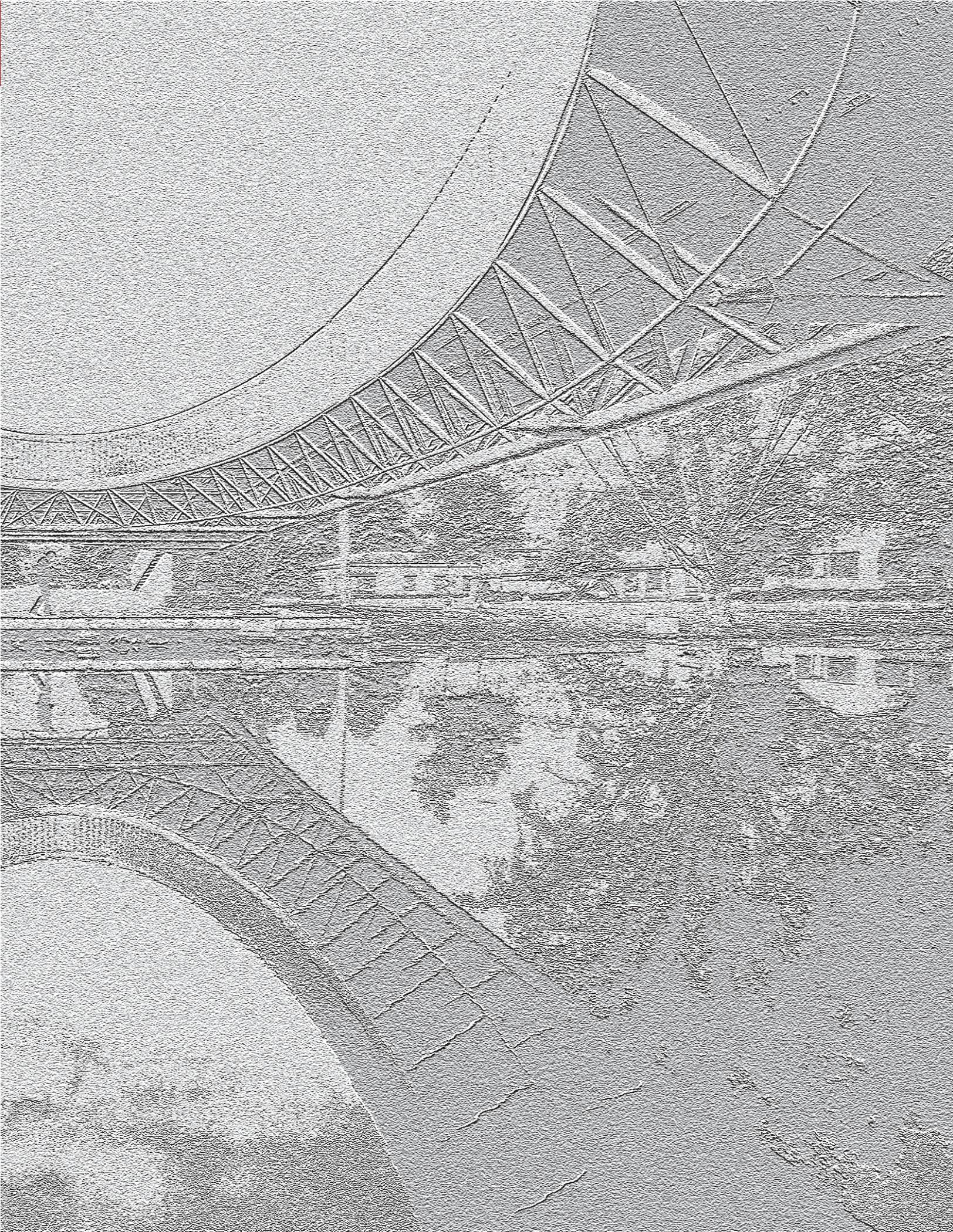


proceso, la seguridad social, el mínimo vital), pero que en últimas es algo que está a discrecionalidad del juez que atendiendo a las particularidades del caso concreto, nos dice si la tutela procede como mecanismo definitivo o transitorio, o si no procede.

- 13 El art. 8 del Decreto 2591 DE 1991 [con fuerza de ley] Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Noviembre 19 de 1991 D.O N° 40.165, señala que “Tratándose de la acción de tutela como mecanismo transitorio el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.
- 14 En la sentencia T-328 de 2008 (M.P: Manuel José Cepeda Espinosa: Abril 10 de 2008) como ya se menciono anteriormente pero vale la pena resaltar nuevamente “*dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.*”



Artículos de reflexión



La lucha por los derechos civiles

Ana Gabriela Leca Pérez*

RESUMEN

A mitad del Siglo XX los afroamericanos en los EE.UU no parecían contar con los mismos derechos civiles que los blancos, especialmente en el sur del país. Martin Luther King Jr. fue un líder defensor de los derechos de los negros, que dedicó toda su vida a la protesta pacífica en busca de igualdad racial y logró importantes cambios en la legislación nacional con la aprobación de leyes que cobijaran a quienes eran tratados con discriminación.

PALABRAS CLAVE

Martin Luther King Jr, derechos civiles, discriminación racial, protesta pacífica.

ABSTRACT

Lapsed half of the twentieth century African Americans in the U.S. did not seem to have the same civil rights as whites, especially in the south. Martin Luther King Jr was a defender of the rights of blacks, who devoted his life to pe-

aciful protest seeking racial equality and made significant changes in the national legislation with the passage of laws to protect those who were treated with discrimination.

KEYWORDS

Martin Luther King Jr, civil rights, racial discrimination, nonviolent protest.

SUMARIO

Introducción. 1. Formando a un líder. 2. Un líder afroamericano. 3. Un líder para la historia. 4. Legado. 5. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

La XIV enmienda de la Constitución de los Estados Unidos estipula que toda persona nacida o naturalizada en los EE.UU es ciudadano de este país, y no deben existir leyes que coarten sus derechos y privilegios como ciudadanos¹. Esta enmienda fue hecha en 1866; sin embargo, los ciudadanos de color,

a mediados de siglo XX, no contaban con los mismos derechos que los blancos, y en muchos casos existían leyes que les restringían la entrada a lugares e incluso a sentarse en la parte delantera de los buses².

El objetivo de este breve artículo es poder ver cuáles fueron los cambios que Martin Luther King Jr suscitó en la sociedad norteamericana a través de la protesta no violenta; así como comprobar si sus políticas siguen vigentes.

Martin Luther King Jr fue uno de los principales defensores de los derechos civiles de los afroamericanos, especialmente en los Estados del sur del país, pero su proyecto, basado en la igualdad y el respeto y ejecutado a través de la “protesta pacífica”, fue más allá y cambió el panorama nacional³.

Nació el 15 de enero de 1929 en Atlanta, Georgia. Sus padres le pusieron por nombre Michael Luther King Jr. Años más tarde, su padre cambiaría Michael por Martin. Su infancia estuvo marcada por la discriminación racial pues, a pesar de que sus padres tenían cierta holgura económica, Martin debía ir a una escuela sólo para negros. Pero eso no fue un obstáculo para el joven King, quien, con 15 años de edad y gracias a sus buenas notas, pudo hacer el último año de bachillerato en el Morehouse College⁴.

1. Formando a un líder

Cuando ingresó al Morehouse College no tenía claro a cuál rama dedicaría sus estudios. Se fue inclinando cada vez más hacia la Sociología y disfrutaba de las clases con el Presidente del College, el Dr. Benjamin E. Mays, un pastor de la iglesia baptista con quien compartía algunos ideales y valores. Si bien King no perteneció al grupo de debate de la universidad, destacó en la oratoria al ganar el primer lugar en el Webb Oratorical Contest. También perteneció a la National Association for the Advancement of Colored People. Fue un alumno destacado pues para él, el estudio no era sólo para ganar estatus o una obligación sino una puerta al mundo⁴.

Se hizo muy cercano al Dr. Mays, y antes de graduarse, en febrero de 1948, se hizo ministro, como su padre, de la iglesia baptista. En junio de ese mismo año recibió su licenciatura en Sociología, pero Martin estaba seguro de querer seguir sus estudios, inclinándose esta vez por la Teología. Ingresó al Crozer Theological Seminary en Chester, Pensilvania. Allí decidió ir en contra del estereotipo del negro flojo, desaliñado, impuntual y burión, e hizo un esfuerzo por estar siempre muy bien arreglado y tener una actitud un tanto más seria, incluso le pesaba en la conciencia el más mínimo retardo al llegar a una clase⁴.

Se graduó en 1951 del seminario y se mudó a Massachusetts para hacer un doctorado en Boston University. En 1955 ocurre un acontecimiento que le da un vuelco a su vida y lo impulsa a fortalecer su lucha por los derechos civiles. Lucha que había iniciado mientras escuchaba a su padre en la iglesia. El primero de diciembre de 1955, Rosa Parks decide violar la ley en Montgomery (Georgia) al montarse en la parte delantera de un bus, por lo que es arrestada ya que las llamadas “Jim Crow Laws” estipulaban que los negros debían ir sólo en la parte trasera de los autobuses. Cuatro días después, crean el Montgomery Improvement Association (MIA) para organizar el boicot a las normas que discriminaban a los negros⁵. Luego de esto Luther King inicia su discurso en contra de estas leyes diciendo “No obedeceremos leyes injustas”⁴.

2. Un líder afroamericano

Martin Luther King Jr comienza a mover a las personas de su iglesia y a sus allegados “protesta pacífica” y miles le comienzan a seguir, no sólo en la comunidad negra sino también en la blanca. King entendió que en los blancos, especialmente los jóvenes, podían conseguir aliados y tratándolos, borró el resentimiento y lo cambió por sentimientos de cooperación⁴.

Luego de ser portada de la revista Time del 14 de febrero de 1957, King da su primer discurso a la

nación, en mayo de ese mismo año, en Washington D.C. El agosto siguiente lanzó una campaña para que los negros se inscribieran en el registro electoral y tuviesen derecho al voto, como ciudadanos del país⁶.

Su primer libro fue “The Stride Toward Freedom: The montomery Story”, en donde contaba lo ocurrido con Rosa Park, el boicot y las bases de la protesta no violenta. Dicha protesta no violenta debía estar movida por el poder del amor, y como ejemplo usa a Gandhi, y no por lo material. Sin embargo, en el libro, reclama las dificultades económicas que sufrían la mayoría de los negros; aunque no fuese el caso de su familia, explica que estaba rodeado por esta realidad⁶.

Su carta “Letter from a Birmingham Jail” la escribió luego de ser arrestado en dicha ciudad de Alabama, cuando un grupo extenso de activista se reunió en la que era la ciudad con mayor índice de represión a los negros⁷. En la carta establece que con la protesta no violenta se busca presionar al otro bando a ceder a la negociación y explica que la situación de la violación de los derechos de los negros en Alabama y en todo el territorio estadounidense le preocupada tanto como lo que ocurría en su Atlanta natal. Además agrega que estaba decepcionado de la iglesia de los blancos y de la inacción de sus líderes, y destaca la importancia de buscar apoyo en aquellos blancos que no sean radicales⁸.

Ese mismo año sobre las calles de la capital estadounidense se volcaron miles de personas en la “Marcha sobre Washington” donde King dio su famoso discurso “I have a dream”. En este discurso hizo una observación a la situación de los negros en ese momento, la cual no era muy distinta a la de sus antepasados quienes habían sido esclavos. Habló de pedir justicia para los hijos de Dios, para que todos los ciudadanos, negros y blancos, tuvieran garantía de sus derechos civiles. Volvió sobre el tema de la protesta no violenta y de la persecución que vivían los negros, especialmente en los Estados del sur. Y por último, incluyó en su deseo de libertad y respeto de los derechos civiles

no sólo a los negros sino a los blancos y a los que pertenecen a distintos grupos religiosos⁹.

3. Un giro para la historia

En 1964 en el Congreso, pasó el Acta de los Derechos Civiles la cual buscaba ampliar el espectro de acción para acabar con la discriminación racial en los Estados Unidos, así como garantizar el derecho al voto de todos los ciudadanos, incluyendo a los afroamericanos¹⁰. Un año después, para presionar a los Estados del sur de acabar con la discriminación, el Congreso aprueba el Acta del Derecho al Voto de 1965 la cual fue firmada en agosto de ese año por el Presidente Johnson con motivo de acabar con las prácticas discriminatorias en las votaciones¹¹.

El movimiento civil que buscaba acabar con la discriminación racial en los Estados Unidos fue golpeado con la muerte de su gran líder. El 4 de abril de 1968 fue asesinado Martin Luther King Jr., en Memphis, Tennessee, meses antes de que fuese firmada por el Presidente Johnson el Acta de Vivienda Justa⁴ la cual garantizaba que las personas no fuesen discriminadas ni por su color de piel, ni su religión, ni su grupo étnico, o alguna otra característica, a la hora de comprar o alquilar una vivienda, buscar vivienda en un barrio diferente al suyo, entre otros¹².

4. Legado

Martin Luther King Jr. introdujo valores cristianos a la política a través de sus discursos como en “I have a Dream” cuando se refiere a los ciudadanos como hijos de Dios, y habla de Dios Todopoderoso, etc.¹³. Así mismo, buscó cambiar el resentimiento de los negros hacia los blancos y encontrar en ellos un aliado¹⁴.

Si bien tuvo una nítida influencia de Ganghi, claras en las características de su movimiento¹⁴, él fue quien introduce en los Estados Unidos la protesta pacífica y estableció cuatro pasos básicos para

este tipo de manifestación, los cuales son: la recolección de hechos que muestren las injusticias; la negociación; la auto purificación; y por último, la acción directa. Con esto da razón a sus acciones en la “Carta desde la Cárcel en Birmingham”¹⁵.

El legado más palpable de Martin Luther King Jr es rotundamente el cambio que hubo en la legislación estadounidense debido a sus acciones y a su movimiento a favor de los derechos civiles. Sin embargo, en la actualidad la imagen del líder afroamericano está presente en todo el país.

En honor a sus obras, en los EE.UU se celebra el día de Martin Luther King Jr todos los 15 de enero.

En noviembre de 1995 inicia el proyecto para construir un monumento en su honor, luego de que fuera aprobado por el Presidente Clinton. Este proyecto fue impulsado por los miembros de la fraternidad Alpha Phi Alpha, a la cual perteneció Martin Luther King Jr. El monumento recibió fondos de empresas como General Motors, Wal-Mart, AT&T, Bloomberg, ExxonMobil, Shell, PepsiCo, Toyota, Pfizer, Goldman Sachs, J.P. Morgan Chase, McDonalds, entre otras¹⁶.

También existen becas a su nombre, escuelas a nivel nacional, un instituto con el cual se busca llevar el mensaje de igualdad y respeto a los derechos civiles, así como el boicot a la discriminación a todo el mundo¹⁷.

Martin Luther King Jr logró cambiar el mundo, o al menos su país a través de la protesta pacífica y el boicot a las leyes injustas. Arriesgó su vida por la implementación de una verdadera democracia y el respeto a la libertad para todos los ciudadanos de los Estados Unidos. Si bien, la esclavitud estaba abolida en el país, ciertamente los negros no eran libres¹⁸, y este líder afroamericano, sin dejar a un lado sus valores cristianos, logró negociar con sus enemigos presionándolos a reconocer la condición humana de los negros y por ende su igualdad ante la ley y ante la sociedad con los blancos.

Bibliografía

Kevin BRUYNEEL, “The Kings Body”, *History & Memory*, 1, vol. 26, 2014.

CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS, Acta de los Derechos Civiles de 1964, <http://www.archives.gov/education/lessons/civil-rights-act/images/act-01.jpg>, consultado el 10 de abril de 2014.

CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS, Acta de Vivienda Justa de 1968, <http://www.justice.gov/crt/about/hce/title8.php>, consultado el 10 de abril de 2014.

Constitución de los Estados Unidos, enmienda XIV, 2, http://www.archives.gov/exhibits/char- ters/constitution_amendments_11-27.html, consultado el 10 de abril de 2014.

DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, The Voting Rights Act of 1965, http://www.justice.gov/crt/about/vot/intro/intro_b.php, consultado el 11 de abril de 2014.

GLENCOE/McGRAWHILL, “The Life and Legacy of Martin Luther King, Jr”, Editorial Glencoe/McGraw-Hill, http://www.glencoe.com/sec/socialstudies/btt/mlk/pdfs/mlk_bio.pdf, consultado el 6 de abril de 2014.

David L. LEWIS, *King, a Biography*, Estados Unidos, University of Illinois Press, 1978.

Martin LUTHER KING Jr, Letter from Birmingham Jail, University of Pennsylvania, http://www.africa.upenn.edu/Articles_Gen/Letter_Birmingham.html, consultado el 29 de marzo de 2014.

Martin LUTHER KING Jr, I have a Dream..., National Archives, <http://www.archives.gov/press/exhibits/dream-speech.pdf>, consultado el 29 de marzo de 2014.

The King Center, About Dr. King, <http://www.thekingcenter.org/about-dr-king>, consultado el 28 de marzo de 2014.

-
- * Estudiante de segundo semestre de Ciencias Políticas en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. analepe@unisabana.edu.co
- 1 Constituci3n de los Estados Unidos, enmienda XIV, 2, [http://www.archives.gov/exhibits/char-
ters/constitution_amendments_11-27.html](http://www.archives.gov/exhibits/char-
ters/constitution_amendments_11-27.html), consultado el 10 de abril de 2014.
 - 2 GLENCOE/McGRAWHILL, "The Life and Legacy of Martin Luther King, Jr", Editorial Glen-
coe/McGraw-Hill, http://www.glencoe.com/sec/socialstudies/btt/mlk/pdfs/mlk_bio.pdf,
consultado el 6 de abril de 2014.
 - 3 David L. LEWIS, King, a Biography, Estados Unidos, University of Illinois Press, 1978, pp. 3-26.
 - 4 David L. LEWIS, King, a Biography, *op. cit.* 3-26.
 - 5 GLENCOE/McGRAW-HILL, "The Life and Legacy of Martin Luther King, Jr", *op. cit.*
 - 6 David L. LEWIS, King, a Biography, *op. cit.* 3-26.
 - 7 The King Center, About Dr. King, <http://www.thekingcenter.org/about-dr-king>, consultado el
28 de marzo de 2014.
 - 8 Martin LUTHER KING Jr, Letter from Birmingham Jail, University of Pennsylvania, [http://www.
africa.upenn.edu/Articles_Gen/Letter_Birmingham.html](http://www.
africa.upenn.edu/Articles_Gen/Letter_Birmingham.html), consultado el 29 de marzo de 2014.
 - 9 Martin LUTHER KING Jr, I have a Dream..., National Archives, [http://www.archives.gov/
press/exhibits/dream-speech.pdf](http://www.archives.gov/
press/exhibits/dream-speech.pdf), consultado el 29 de marzo de 2014.
 - 10 CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS, Acta de los Derechos Civiles de 1964, [http://www.archi-
ves.gov/education/lessons/civil-rights-act/images/act-01.jpg](http://www.archi-
ves.gov/education/lessons/civil-rights-act/images/act-01.jpg), consultado el 10 de abril de 2014.
 - 11 DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, The Voting Rights Act of 1965,
http://www.justice.gov/crt/about/vot/intro/intro_b.php, consultado el 11 de abril de 2014.
 - 12 CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS, Acta de Vivienda Justa de 1968, [http://www.justice.
gov/crt/about/hce/title8.php](http://www.justice.
gov/crt/about/hce/title8.php), consultado el 10 de abril de 2014
 - 13 Martin LUTHER KING Jr, I have a Dream..., *op. cit.*
 - 14 David L. LEWIS, King, a Biography, *op. cit.* 3-26
 - 15 Martin LUTHER KING Jr, Letter from Birmingham Jail, *op. cit.*
 - 16 Kevin BRUYNEEL, "The Kings Body", History & Memory, 1, vol. 26, 2014, pp. 75-108
 - 17 The King Center, About Dr. King, *op. cit.*
 - 18 Martin LUTHER KING Jr, I have a Dream..., *op. cit.*



Constructing cuba's identity A reflection of the United States national interest in the 20th century

Juana María Páez Forero*

ABSTRACT

In this paper, I'm looking forward to prove that United States' presidents, during the years 1900 to 1992 have modified the Cuban identity presented to the International System by modifying the language they use in their official speeches or discourses. As a consequence, the image that is presented about Cuba depends on the goals that the Americans are trying to achieve.

RESUMEN

En el presente escrito se busca probar que los presidentes de los Estados Unidos, durante los años 1900 a 1992, han modificado la identidad con la que se presenta Cuba frente al Sistema Internacional al modificar el lenguaje que utilizan dentro de sus discursos oficiales. Como consecuencia, la imagen que se tiene de Cuba depende de los objetivos que persiguen los norteamericanos.

KEYWORDS

Cuba, United States, identity, national interest, official discourse, language.

PALABRAS CLAVE

Cuba, Estados Unidos, identidad, interés nacional, discurso oficial, lenguaje.

SUMMARY

Introduction. 1. American interest and Cuba's identity. 2. National interest and identity from jutta weldes' constructivism. 3. Conclusion. 4. References bibliographic.

INTRODUCTION

How does the language used by the American presidents between 1900 and 1992 defines the identity that Cuba has inside the International System? This question arises from the analysis of the different speeches created in those years, where the radical change in the comprehension that United States had of Cuba is notoriously evident. I believe that analyzing the power that United States has to define another country creates an important research subject.

Cuba's identity evolved from being considered an ally to a potent enemy by the United States throughout the different discourses given by the American statesmen, whom used the language as a tool that represented their national interests. First, United States considered Cuba as a country that needed assistance in order to develop. Second, when they felt their security threatened by the URSS through Cuba, the latter was presented as an enemy. Third, the identity was transferred to the international system by anticommunist politics. Its importance lies in the fact that the relations between Cuba and the United States defined the international relations in the mentioned period of time, characterized by concepts such as development and anticommunism.

The theory that I'm going to use in order to aboard the previous topics is Jutta Weldes' constructivism, evidenced in his book *Constructing National Interest: The United States and the Cuban Missile Crisis*, as well as in his article called *Bureaucratic Politics: A Critical Constructivist Assessment*. In addition, the article *Constructivist Security Studies: Portrait of a Research Program*, written by Theo Farrell is going to be used as well. The methodology applied in this research combines discourse analysis and a documental process.

The paper is going to develop in three main sections. First, an understanding of the empirical problem, in which I present the discourses pronounced by the American presidents and their relation with the construction of Cuba's identity based on their interests. Second, I will establish a relation between the empirical data and the theory, focusing on profound concepts such as identity, national interest and language. Finally, I'll conclude the paper by answering the main question proposed, based on the information recollected through the process of investigation and will leave the door open for new inquiries that may be generated.

1. American interest and Cuba's identity

The paper will focus on three discussions: 1) how the United States modified its discourses based on their national interest; 2) how Cuba's identity changed as a consequence of those modifications; and 3) the implications those changes had on the international system and the international relations.

The United States began by conceiving Cuba as a country that needed assistance. As a consequence of the British occupation of Havana, Cuba was regarded as a weak state, unable to keep its sovereignty and self-determinacy. Aspects such as economy, trade, politics and military forces were controlled either by the Spanish colonies that were established inside the country, or by the British. However, Cubans believed they were completely able to arrange their state under their ideals and politics.

Cuba became a focus of interest for the American governments. By the time the American-Spanish war¹ ended, Cuba was almost completely under the control of the United States. Due to their participation in the Independence War taken on by the Cubans, the States believed they had the authority to annex this territory to their empire. Regardless of the fact that Cuba wanted to pursue its independence, trying to get their sovereignty back into Cuban hands.

International Treaties were against the occupation of Cuba by the United States. The Platt Amendment is the official document in which the Americans wrote the conditions under which they would withdraw their military forces. By doing so, they were securing the role of authority and power they would keep over Cuba, by forcing them to accept their unilateral intervention and to renounce the capacity of accepting other states'

use of the island for military purposes. Nevertheless, the rules written in the treaties didn't manage to modify the intentions that the United States had of annexing Cuban territory to their own.

As a consequence, the Platt Amendment became the first official document to portrait United States' interest over Cuba's identity. After the ratification of the amendment, Cuba had to incorporate its content into the Constitution, modifying all norms that weren't in synchrony with it. The eight conditions that were written inside the document contained the tools that would aloud the United States to develop its national interest with Cuba, because they created restrictions to the behaviour and decisions that the governors could make, avoiding them to go against the goals that the Americans had. Some may argue that the Platt Amendment can't be considered an official document, since it was written by the very same actors that were being benefited by it.

The language used by the Secretary of War of the United States² created the identity of Cuba as a state dependent of the United States. The Fourth requirement enounced in the amendment states that "all Acts of the United States in Cuba during its military occupancy thereof are ratified and validated, and all lawful rights acquired thereunder shall be maintained and protected"³. In the International System, this was understood as a complete submission of the Cubans to the power of North America, due to the fact that they had to accept every decision made by the statesmen, even when it weren't the best. However, language is a tool that can be modified depending on the purpose that the one who's using it is trying to achieve.⁴

The Cuban Governments had accepted the identity provided by the Americans. In the 1930's, Fulgencio Batista signed the Treaty of Relations⁵, ratifying his acceptance of the authority that the United States held over Cuba. This generated a series of internal conflicts between the liberal and moderate parties, whom differed in their conception of the American intervention. Eventually, it

led to the second intervention of Cuba, one that enhanced the American interest and deepened the rejection from the Cubans.

The Cuban Revolution meant a modification in the way that the United States perceived Cuba. In 1959, Fidel Castro became the new statesmen in Cuba, by managing to succeed in an armed revolt. He focused on rearranging the politics that were being applied inside the country, redirecting them towards a communist ideal, prejudicing the relations that were established with the United States. Yet, it didn't represent a complete change in the conception that the latter had of the former country, it just meant that the previously submissive country was starting to fight back.

The language that was now used by the United States modified immediately the identity that Cuba had. President Eisenhower, whom had access to the government by the time that Cuba started to change its politics, started to feel threats to the U.S security because of the relations that Castro had with the URSS. As a consequence, he began to establish new restrictions in aspects such as trade and business.

This new identity had repercussions over the entire international system. Due to the new image that the United States was projecting regarding Cuba, the other states started diminishing the amount of importations of sugar and other elements that they used to make. However, the most powerful repercussion was directly done with the United States, since they were the only state that cut the relations almost completely.

Cuba adopted the new identity and created new politics. Even though Cuba lost the support that it had had from the United States, the new orientation that was being adopted by Fidel Castro allowed it to reinforce the relations with the Soviet Union. This action had two consequences: it broadened their ideological strength, due to the shared ideals of communism; but it also broke the diplomatic relations that still existed with the Americans.

The United States defined a new discourse regarding Cuba. In October of 1992, the United States started an embargo against the country. This meant that there would not be any economic, financial or trade actions between the two states. It also meant, even if it wasn't said on the front line, that the United States would assess Cuba as an enemy, from now on.

2. National interest and identity from Jutta Weldes' constructivism

The second part of the paper focuses on the relation that exists between the problem previously mentioned and the theory proposed by Jutta Weldes. First, I will explain identity as a concept made by the actors; second, the impact that national interest has on the identity of the states and third, the systemic repercussions.

Identity is a consequence of the shared ideas that certain actors have. Jutta Weldes mentions that identity "carries with it particular ways of functioning in the world" and that it "is located within specific power relations, and is characterized by particular interests"⁶. I believe that he's trying to claim that a particular identity acquired by a state will define the way it creates alliances and generates enemies along the international system. However, this view is only accepted when analyzed under the scope of a constructivist theory, due to the fact that it accepts the variable as an endogenous one, subject of modifications.

The language that is used in order to create an identity doesn't necessarily represent the reality. As mentioned before, language is a tool that can be modified according to the goals that are being achieved. In this aspect, Weldes' constructivism mentions that "language does not mirror the world, but instead constitutes the world as we know it and function in it"⁷. Language then beco-

mes the perfect way for powerful states to construct the identity that they wish, both for themselves as for other states.

Identity is, then, subject of language and norms. Norms understood as "intersubjective beliefs about the social and natural world that define actors, their situations and possibilities of actions"⁸. This means that the actors that share certain beliefs have the capacity of generating a consensus towards a specific topic, as seen in the case of the United States' ability to define Cuba's identity. Nevertheless, norms are dependent of the interpretation that they receive from the individual or actor that's giving them use.

The identity that an actor receives is usually related to the national interest of himself, or of others. Constructivism considers interest as something that's "produced, reproduced, and transformed through the discursive practices of actors". National interest then represents the politics, ideals and beliefs that states have in order to enhance their gains and reduce their losses. However, when it is forced by other powerful actor, the identity that is created varies deeply from the own state's ideals.

The National Interest has the capacity to define the behaviour of a state. Farrell claims that these "ideas operate all the way down to actually shape actors and action in world politics"⁹. As a consequence, the identity that a state possesses will also depend on the national interest, due to the fact that the behaviour that it presents will constitute the way other states relate with it. Still, a state is capable of changing its own behaviour in order to confuse and cheat other states, or in order to hide certain projects and politics.

Therefore, the international system will react to the identity that the state has. As seen in the case of Cuba, the relations that other states engage depend on the identity that the actor has. If the ideologies, ideals and politics are similar to the ones that the others have, then an alliance will probably be formed –such as Cuba and the Soviet Union. If,



on the other hand, the identity becomes a threat, the state will be perceived as a threat. However, the existence of states such as the Non-Aligned, prove that not all of the international system members react to the logic that's being proposed by the powerful states.

Conclusion

I believe that Cuba's identity did evolve, from being an ally to becoming an enemy under the eyes of the United States. As seen in the analysis of the different positions taken by the American statesmen, the language became a tool that had the capacity to both represent their national interest and to define the way that Cuba was seen.

By understanding the purpose that the governors had when writing their speeches and official documents, I was able to perceive the intentions that were underlying; especially those that referred to the image that they wanted Cuba to portray to the international system.

Yet, after doing this research, I wonder if the use of language as a defining tool would have the same impact if used by a less powerful country. This would be an interesting subject to aboard in

the future: Does the power of language depends on the country that's using it as a tool?

Bibliography

ARENDETT, Hannah. Verdad y Política. In "Entre el Pasado y el Futuro: Ocho ejercicios sobre la reflexión política". Estados Unidos, 1956.

FARRELL, Theo. Constructivist Security Studies: Portrait of a Research Program. *International Studies Review*. Vol 4, No 1 (Spring, 2002).

PLATT AMENDMENT. Congress of the United States of America. Official Document. 1901. Taken from: <http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=55&page=transcript>. Consulted: June 05, 2014.

THOMAS, Hugh. *Historia Contemporánea de Cuba: de Batista a nuestros días*. Barcelona: Grijalbo. 1982.

WELDES, Jutta. *Constructing National Interests. The United States and the Cuban Missile Crisis*. University of Minnesota. 1999.

WELDES, Jutta. *Bureaucratic Politics: A Critical Constructivist Assessment*. *Mershon International Studies Review*. Vol 42. No 2 (Nov 1998).

-
- * Estudiante de cuarto semestre de Ciencias Políticas en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. juanamama@unisabana.edu.co
- 1 1898, conflict that happened due to the intervention of North American troops in the war that the Cubans fought with Spain in order to regain their independence.
 - 2 Elihu Root, Secretary of War, drafted the ideas proposed by the Senator Orville Platt of Connecticut.
 - 3 Platt Amendment. Congress of the United States of America. Official Document. 1901. Taken from: <http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=55&page=transcript> . Consulted June 05, 2014.
 - 4 ARENDT, Hannah. Verdad y Política. In “Entre el Pasado y el Futuro: Ocho ejercicios sobre la reflexión política”. Estados Unidos, 1956.
 - 5 Formalization of the relations between the states. The written acceptance of the ideals proposed in the Platt Amendment.
 - 6 WELDES, Jutta, Constructing National Interests. The United States and the Cuban Missile Crisis. University of Minnesota, 1999.
 - 7 WELDES, Jutta. Bureaucratic Politics: A Critical Constructivist Assessment. *Mershon International Studies Review*. Vol 42. No 2 (Nov 1998), pp 216-225.
 - 8 FARRELL, Theo. Constructivist Security Studies: Portrait of a Research Program. *International Studies Review*. Vol 4, No 1 (Spring, 2002), pp. 49-72.
 - 9 *Ibidem*, p. 50.



El silencio en el palacio

Ariel Andrés Sánchez Rojas*

“Esta casa aborrece la maldad, ama la paz, castiga los delitos, conserva los derechos y honra la virtud”¹

Palacio de Justicia, Bogotá, Colombia

RESUMEN

Hoy en día, las nuevas generaciones sufren de una pérdida de memoria de hechos que han paralizado y puesto en tela de juicio la institucionalidad colombiana, junto al poder gubernamental. Cercanos a los siete lustros de los hechos, podemos recordar los terribles sucesos que el M-19 perpetró, un atentado contra la Rama Judicial colombiana, acerca del cual hoy día todavía se pide que se diga la verdad, no una historia oficial contada por el gobierno y su pacto de silencio, sino la verdad de los hechos sucedidos. ¿Dónde están los desaparecidos?, ¿todos murieron a manos de los guerrilleros? Los días previos y posteriores a la toma del Palacio de Justicia, marcan un punto de tono, sobre el que debemos reflexionar. Un derecho a la memoria y a la verdad, que debemos exigir.

PALABRAS CLAVE

Palacio de Justicia, movimiento 19 de Abril, derecho a la verdad, derecho a la memoria.

ABSTRACT

Unfortunately, today's Colombian generations seem oblivious to the events that somehow had paralyzed the country years earlier; events that called into question Colombia's political institutions. Though it has been nearly 35 years since it happened, we can still remember the dreadful deeds carried out by the M-19 (April 19th Movement) against the Judicial Branch of the Colombian government. Yet, despite the time elapsed, the nation still wonders what the true story behind the terrorist attack is, considering that the government's version of the story is one blurred by an apparent pact of silence made with the terrorist organization. Where are those who disappeared during the Palace of Justice siege? Did M-19 members murder them all? The days after and before the siege mark turning points we must carefully examine in order to answer these and many other questions.

KEYWORDS

Palace of Justice, april 19th, movement, right of true, right of memory.

SUMARIO

1. Desarrollo. 2. Referencias bibliográficas. 2. Anexos.

1. Desarrollo

La tragedia nunca olvidada, las heridas nunca cerradas y el perdón forzado, es como el Magistrado Pinilla, presidente de la Comisión de la Verdad, recuerda esa tragedia del 5 y 6 de noviembre de 1985². El gobierno de Belisario Betancur, un gobierno que luchaba por la paz y, 1985 un año ominoso para Colombia.

La toma del Palacio de Justicia fue declarada por el Derecho Internacional Humanitario como un acto contra la humanidad (genocidio, magnicidio y masacre). Una toma que se veía venir y el gobierno hizo caso omiso. Una justicia quebrantada y un ejército que sublevó sus poderes hasta causar la destrucción del Palacio de Justicia de la capital colombiana.

Este escrito tiene como objeto analizar la posición del gobierno de Belisario Betancur (1982-1986), el día de la toma del Palacio de Justicia. El ensayo tratará tres puntos trascendentales: el M-19, los días previos, el día del insuceso y los días posteriores a la toma del Palacio de Justicia, la actuación del gobierno durante el genocidio y por último el derecho a la verdad y a la memoria.

Se ha dicho que el origen del M-19 se dio gracias a la indignación ciudadana. Y fue en época electoral, cuando sufragantes en las distintas ciudades del país, ejercieron su derecho al voto.

“Tras una larga jornada electoral, ocho horas, comenzó el conteo de votos y los medios de comunicación informaban la inminente victoria del General Rojas Pinilla sobre su principal contendor, Misael Pastrana Borrero³”.

Llegó la mañana del 19 de abril y se dio la derrota electoral, con una diferencia de 63.557 votos ⁴ para el candidato a la presidencia, el General Rojas Pinilla. Junto a esto, la creación del Movimiento 19 de abril. Tras el fracaso del General Rojas Pinilla, su partido, la ANAPO (Alianza Nacional Popular) decidió dividirse en dos alas: el ala socialista, liderada por Carlos Toledo Plata, la cual se convertiría en el M-19. Y el ala tradicionalista, liderada por María Eugenia Rojas, hija del General, que siguió con la política de la ANAPO⁵.

El M-19 surge entonces como una organización de ciudadanos indignados con su Estado, donde no se sentían representados, ya que su líder fracasó en las elecciones presidenciales, gracias al fraude electoral. Su lema: “Con el pueblo, con las armas, al poder”.

Y su lucha fue así; los primeros años del M-19 demostraron una lucha simbólica, el hurto de la espada del libertador Simón Bolívar es un ejemplo de esto. Al perpetuar el hurto, Álvaro Fayad (el autor del ilícito) expresó: “Tomo en mis manos, la espada. Me impresiona por lo pequeña. Es muy pequeña. ¡Qué sensación tenerla! ¡empuñarla!⁶”.

Con ese hecho, el M19 mostraba una imagen de defensores y protectores de la patria: “Bolívar era la imagen de un luchador contra la opresión, de un hombre que había empuñado las armas para defender y proteger a su pueblo, esto era lo que el M-19 buscaba hacer⁷”.

Entonces, el M-19 se llamaba una revolución social, distinta a las demás guerrillas. Tildaban a las demás como unas guerrillas con fuente ideológica en China o Rusia, sobre si Moscú o Pekín, si el Leninismo o Maoísmo; ellos se caracterizaban como nacionalistas⁸. Una revolución que el M-19 quería en la sociedad.

El M-19, una guerrilla fundamentalmente urbana con fuertes ideales inspirados en las luchas sociales y una estrategia propagandista que incrementaba su popularidad⁹, con los distintos actos de presencia que éste hacía; entre los más famosos, la toma de la embajada de República Dominicana.

Y fue pasando el tiempo, los atentados y los avisos de que iba a pasar algo grande, algo que iba a sorprender a la nación. Y fue así, tal como lo dijeron, con el pasar del tiempo, comenzaron a verse los hechos de un futuro atentado. Cronológicamente fueron dándose sucesos que atemorizaron a la sociedad: el 30 de septiembre, el hurto de un camión que repartía leche, donde 11 integrantes del M-19 fallecieron; el 23 de octubre, cuando se le hizo un atentado al General Rafael Zamudio Molina y por último las constantes amenazas que los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado recibían por parte de “Los Extraditables”¹⁰. Momentos de debilidad y fragmentación institucional, que veían venir los sucesos de noviembre, que cambiaron la historia de Colombia.

Estas amenazas, eran las que venían recibiendo los magistrados de la Sala Constitucional y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, debido a la aprobación del Tratado de Extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, suscrito el 14 de septiembre de 1979¹¹.

Una de las amenazas hacia uno de los magistrados (el magistrado Gaona) decía:

“Respetado Doctor:

El tiempo es inexorable y usted sabe muy bien que el plazo que le fijamos está próximo a vencerse y todo parece señalar que no le interesa su seguridad personal y la integridad de su familia.

(...) El tratado se tiene que caer y usted tiene gran responsabilidad en esta tarea. No nos defraude, porque no va a tener tiempo de lamentarse”¹².

Junto a este acto de amenaza, hubo una más relevante para la sociedad y para la justicia colombiana. El 18 de octubre de 1985 se publicó por los periódicos de la época: “Descubierto plan del M-19 de tomarse el palacio de justicia”¹³. En respuesta a estos sucesos, la seguridad del Palacio de Justicia aumentó en notoria cantidad, pero aun así los magistrados sentían inseguridad.

Día a día, los magistrados relataban cómo la entidad judicial se sentía huérfana, con una soledad que aterraba. Una soledad que dejaba frío en los pasillos, una soledad de angustia, tristeza y vulnerabilidad.

“Yo no sabía si salía de mi casa e iba a regresar vivo, la toma del palacio fue una toma que se veía venir y en la Sala Plena con los demás magistrados decíamos “¿Cuándo será la toma y nosotros aquí?”¹⁴”

El plan del atentado contra el Palacio de Justicia tenía más de una razón por la cual ser tomado en esa fecha de octubre. En ese mes, se dio la visita del Presidente de Francia, François Mitterrand¹⁵; en esta época los magistrados iban a estar reunidos en Sala Plena, para tratar el tema de extradición y entonces se iban a tomar como rehenes de la misma manera que hicieron con la Embajada de Santo Domingo (“Harán fuertes exigencias al Gobierno sobre diferentes aspectos, entre ellos el Tratado de Extradición”)¹⁶ y por último, para la misma fecha, la tercera semana del mes (17 de octubre), se capturaron a dos guerrilleros del M-19 merodeando por el Palacio de Justicia y en posesión de completos planos de la edificación¹⁷.

Acto seguido, el Estado en contrainteligencia implementó un plan de protección, en el cual se reforzó la seguridad en el Palacio de Justicia. No obstante, con el pasar de los días, el Ministerio de Defensa por intermedio de la Oficina de Relaciones Públicas produjo una rectificación perentoria negando el tal descubrimiento del plan terrorista¹⁸.

Y fue en este momento de esperanza cuando se creyó que se había reforzado la seguridad y había sido así, temporalmente. Pero, el martes 5 de noviembre, el Palacio de Justicia amaneció con la más mínima seguridad¹⁹.

No tardó el gobierno en responder y el Ministro de Defensa, Miguel Vega Uribe, declaró que había retirado la seguridad del Palacio con la excusa de que “fueron los presidentes de dichas corporaciones quienes solicitaron de las autoridades retirar la vigilancia del Palacio de Justicia”²⁰.

“El lunes, 4 de noviembre, fue festivo en Colombia, debido al día de todos los santos. El martes 5 de noviembre, el Palacio amaneció sin vigilancia. Se recuerda que magistrados dijeron “ve, no hay vigilancia, ahora sí se van a tomar esto”²¹.

Y llegó el día elegido, la toma pronunciada, 48 horas de angustia, entre las miles de horas posteriores.

Muchos de los magistrados que estuvieron presentes ese día, no tenían que haber estado. Ese fue el caso del magistrado Rafael Reyes Echandía, el cual trabajaba desde su residencia, pero en las últimas semanas estaba yendo por lo del Tratado de Extradición. La suerte tampoco favoreció al magistrado Gnecco, el cual ese día estaba saliendo a dictar clases en la Universidad del Rosario; al olvidar su Código, regresó precipitadamente y nunca más volvió a salir²². Pero en esta toma, los afectados no solo fueron los magistrados; la planta de trabajadores de la cafetería y los guardias de seguridad fueron asesinados en esas 48 horas.

Cristina Guarín, licenciada en Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica Nacional, laboraba como cajera de la cafetería. Estudiantes de la Universidad del Externado, Eduardo Matson y Yolanda Santo Domingo, hacían investigaciones en el Palacio. Ciudadanos inocentes, asesinados.

El anuncio se comenzó a dar desde la mañana, al oír una balacera en el sótano y posteriormente un estallido, que creían, que había sido un cilindro de gas.

“Luego de escuchar el estallido, creíamos que había sido debido a un cilindro de gas.

Enseguida empezaron a oír gritos que decían “¡Somos del M-19!, ¡Por los derechos humanos!”

Llamó a su esposo, que era el ministro de Gobierno, Jaime Castro, habló con la secretaria y le dijo que le avisara que los del M-19 estaban en el Palacio de Justicia”.

Llamó también al Ministro de Defensa para avisarle, pero no lo encontró y le dejó razón. Nunca le devolvieron la llamada”²³

Por otra parte, el general Samudio, comandante del Ejército, estaba en Bolívar el día del atentado y se sorprendió al ver “tanto despliegue de tropas” y ordenó que desplazaran a los miembros de la Policía Militar que se encontrasen y se despejara la zona del Palacio²⁴. Transcurrió la mañana y a las 10:30 a. m., siete personas armadas, vestidas de civiles, pertenecientes al M-19, habían ingresaron al Palacio de Justicia. Estos se ubicaron estratégicamente: dos de los guerrilleros en el Consejo de Estado, dos en la cafetería y una mujer en el cuarto piso.

Al ver que todo estaba bajo orden, llamaron a Luis Otero y acto seguido, arrancaron tres carros que transportaban a 28 guerrilleros hasta el Palacio para ingresar por el sótano. La operación Antonio Nariño por los derechos del Hombre, originalmente era conformada por 35 guerrilleros (25 hombres y 10 mujeres), pero de 35 se redujeron a 28 debido a una falta de coordinación técnica.

Como se dijo, a las 10:30 a. m. empezó la toma del Palacio de Justicia. No obstante, no fue hasta las 12:10 del mediodía que el Ministro de Defensa de la época, dio confirmación que las fuerzas militares estaban presentes. Casi dos horas de retraso, 120 minutos donde el M-19 se ubicó estratégicamente y 7.200 segundos en los cuales uno tras otro empleado eran asesinados.

Pero, para los magistrados de la Corte Suprema de Justicia no fue este el caso. Los guerrilleros llamaban por nombre y apellido a los magistrados, uno por uno diciendo: “Salga usted, respetaremos su vida”. Mientras llamaban uno a uno a los magistrados, las fuerzas armadas, ubicadas en el exterior, disparaban y lanzaban gases lacrimógenos hacia adentro del Palacio de Justicia, causando que los rehenes tuvieran que desplazarse a otros escondites.

Helicópteros, tanques de guerra y carros blindados intentaban penetrar el Palacio de Justicia; el problema de esto es que al entrar a la fuerza, provocaban desastres mayores a los que se estaban viviendo. Por ejemplo, el aterrizaje del helicóptero que destruyó parte del Palacio de Justicia, o los tanques de guerra que destruían las puertas de los primeros pisos y disparaban hacia los pisos tercero y cuarto, al igual que otros helicópteros y francotiradores. Provocando de esta manera una lluvia de balas por todo el Palacio de Justicia.

Momentos de angustia para los ciudadanos del Estado de Colombia y de sufrimiento para estos, como para la burocracia. De esta toma, hay dos frases que se recuerdan claramente. Una, que el Coronel Plazas usa en momentos de ataques al Palacio de Justicia, luego de que un periodista le preguntara qué estaba sucediendo, respondió: “Salvando a la Democracia”. Y otra de penuria, más que de heroísmo del magistrado Reyes Echandía que dice: “¡Por favor, que nos ayuden, que cese el fuego!”²⁵.

Y no fue solo ésta cuando se pide un cese al fuego. Yesid Reyes, hijo del magistrado Reyes, llamó a la oficina del papá y al sonar el teléfono contestó el Comandante Otero de la Operación Antonio Nariño por los derechos del Hombre, el cual dijo: “Nosotros necesitamos que paren el fuego o aquí morimos todos”²⁶.

La Comisión de la Verdad, presidida por Nilson Pinilla Pinilla (magistrado de la Corte Constitucional) explica en el numeral 96 del Informe final sobre la Comisión de la Verdad, cómo Álvaro Villegas, presidente del Congreso, intentó comunicar al Presidente y al magistrado Reyes Echandía,

logrando contactarlos, pero el Presidente no aceptó pasar al teléfono. Pasando los minutos, poco a poco iban falleciendo los pocos sobrevivientes o siendo rescatados los que se encontraban en los primeros pisos, dejando al final solo los que se escondían y protegían en el cuarto piso. El piso de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los restantes guerrilleros, ese cuarto piso donde quedaban 60 rehenes y 10 guerrilleros²⁷.

Ya transcurridos los casi dos días, era eso lo que quedaba: 70 colombianos encerrados en un espacio reducido de 20 metros cuadrados, escuchando el ruido ensordecedor de los fusiles, granadas, bombas explosivas, disparos de tanques y rockets. El hambre, el cansancio, la sed, el calor, la impotencia los estaba debilitando cada vez más y al escuchar la radio de uno de los guerrilleros sobre un partido de fútbol, se desvaneció la esperanza, debido a que pensaban que lo que pasaba no le importaba a nadie. Y fue orden del Presidente de la República Belisario Betancur, a la Ministra de Comunicaciones de la época de transmitir partidos de fútbol, para calmar a la ciudadanía.

Fue hasta ese 7 de noviembre en horas de la madrugada, que un tanque de guerra apuntó hacia el cuarto piso, específicamente al baño donde quedaban 10 guerrilleros, en excusa de ellos, sin pensar en los 60 rehenes. Momentos de silencio antes del estallido, un soldado entró al tanque, visualizó el *target*, pidió permiso a sus superiores y solo tras un instante de conciencia, disparó. Disparó hacia lo que quedaba de sobrevivientes, de guerrilleros y de togados y ese fue el último resplandor de fuego que se dio en las 48 horas de toma.

Pero no solo fueron los percances que se vivieron el 6 y el 7 de noviembre. Después de la toma, antropólogos forenses junto a los demás médicos hicieron las revisiones y se dieron cuenta de cosas que no se suponía que tenían que haber pasado. Junto a esto, historiadores han investigado y analizado cómo personas que habían sobrevivido al ataque -hay videos de esas personas saliendo- se encontraron sus cadáveres dentro del Palacio.

Las personas, guerrilleras o rehenes, que se rescataban del Palacio de Justicia, eran enviadas a la Casa del Florero. Sin embargo, allí se distinguían dos clases de rehenes. Los rehenes “especiales”, ubicados en el segundo piso de la Casa del Florero y los rehenes comunes. Los primeros por su apariencia (raza, edad, condición socioeconómica), los segundos, los restantes. Estos rehenes “especiales” no solo eran abusados por la autoridad pública, sino también se les privaba de alimentos durante su estadía. Yolanda Santo Domingo, al igual que Eduardo Matson Ospino, rehenes de la toma y posteriormente rescatados por la fuerza pública, fueron parte de los rehenes “especiales”.

Yolanda, cuenta cómo fueron los tratos:

“Nos obligaron a estar en cuclillas contra una pared, me pateaban, me decían ‘perra, hp, guerrillera’, me golpeaban en el riñón derecho. Me preguntaban que donde me cambie y aseguraban que yo había estado en la toma de la Embajada Dominicana, cuando en 1980 yo apenas hacia quinto de bachillerato en las monjas. Nos vendaron y llevaron a la DIPEC (ahora DIJIN)”²⁸.

Finalmente, al comprobar que estos dos eran estudiantes de la Universidad Externado de Colombia, el Ejército se disculpó y les dijo: “Aquí no ha pasado nada. Recuerden que estaban retenidos, no detenidos”²⁹.

Otro grupo selecto de rehenes “especiales” eran llevados al Cantón Norte para “prestar primeros auxilios”. A estos rehenes se les llevó en un carro cerrado del Ejército con una cruz roja pintada. Al llegar al Cantón, uno de los rehenes cuenta: “nos hicieron tender al piso y nos chuzaban, nos daban culatazos con los fusiles, nos decían que dijéramos la verdad; y nosotros decíamos: “¿Cuál verdad?, nosotros somos conductores del Palacio de Justicia, aquí están los carnés”³⁰.

Por otra parte, en los días posteriores para la recuperación de los cadáveres, se trabajó con exper-

tos internacionales en antropología forense, junto a la DIJIN, Medicina Legal y Ciencias Forenses. Sin embargo, estos tuvieron percances ya que el 8 y 9 de noviembre que iban a hacer limpieza e investigación de los cadáveres, la Justicia Penal Militar había ordenado a los militares no dejar entrar a ninguna persona que no fuera del Ejército.

Los forenses, podían ver cómo el primer piso había sido organizado completamente y cómo había cuerpos ya limpiados en su perfección para investigación. No obstante, el Ejército no tenía permiso para hacer esas limpiezas de cadáveres, sino debía ser Medicina Legal junto al cuerpo forense y a los antropólogos forenses.

El Ejército entregaba los cuerpos desnudos, sin prendas y totalmente limpiados, dificultando así la identidad de la persona y la causa de muerte. Estos actos del Ejército, tergiversaron toda investigación. Como los cuerpos se limpiaban y se ponían al desnudo, se perdían las hipótesis de cómo y dónde habían sido asesinados y lo más importante, por manos de quién.

Todos estos procesos dieron dificultad para saber cuántas personas murieron en esos días de noviembre. A Medicina Legal, solo llegaron 94 cadáveres, unos guerrilleros, unos civiles y otros NN. El Ejército decía que habían muerto 105 personas y luego, en los próximos días, dijeron en el Congreso, que 115 personas.

El Ejército, al haber culminado las necropsias, sin tener que haberlo hecho ya que no era su deber, envió los cadáveres a la fosa común en el cementerio del Sur sin identificación de algunos cuerpos. Durante el 9, 14, 20 y 23 de noviembre de 1985 se enviaron cuerpos a la fosa común. Cuerpos completos, carbonizados, unos identificados y otros NN. Las causas de muerte de las personas fallecidas en el Palacio de Justicia según las necropsias del 7 al 10 de noviembre de 1985 muestra en un marco 42 personas: 36 presentaban lesiones compatibles con proyectil de arma de fuego, 2 personas fallecieron como consecuencia directa

de explosivos y 4 personas por asfixia debido a la inhalación de humo.

En el anexo aparecen (imagen No. 1) dos imágenes sobre la relación y las fechas del envío de los cuerpos a la fosa común.

Esa es la relación de las necropsias que el Ejército, Medicina Legal y los médicos forenses entregaron a la Comisión de la Verdad. Pero, ¿qué pasó con los desaparecidos?

No todas las víctimas fueron asesinadas 6 y 7 de noviembre. El Ejército rescató a varios rehenes, “especiales” y comunes. Pero dentro del marco de rescatados, hubo personas que después de haberlas visto salir con vida y siendo ayudadas por el Ejército -en videos o fotografías de los medios de comunicación de la época-, se encontraron entre los cadáveres de los que fallecieron en el Palacio de Justicia³¹.

Los desaparecidos, las torturas y los homicidios perpetrados en esa semana de noviembre y explicados previamente, fueron denunciados por los ciudadanos y por el Procurador General Carlos Jiménez Gómez, presentando una denuncia hacia el Presidente de la República Belisario Betancur y su Ministro de Defensa, Miguel Vega Uribe. La denuncia estaba sustentada en el manejo que se dio y la solución ese día de la toma del Palacio de Justicia.

No obstante, a pesar de las denuncias hechas por el órgano disciplinario del Estado, la Rama Legislativa, el 18 de julio de 1986 bajo el mando de Horacio Serpa Uribe, Darío Alberto Ordoñez Ortega y Carlos Hoyos, se archivó el expediente de Belisario Betancur, con la excusa de que no se había violado ninguna norma y que fue un “acto de sus funciones, una decisión gubernamental, asumida de buena fe favoreciendo los intereses de la Patria”.

Y fue entonces cómo se archivó el proceso contra el Jefe de Estado, la máxima autoridad del Gobierno y el jefe de las Fuerzas Armadas. Los padres de la Patria, en su función de congresistas, los cuales son los competentes para investigar al Presidente, archivaron la investigación en la que claramente

se advertía una inestabilidad del gobierno, la fuerza desmesurada del Ejército y la falta de control al poder público.

Esa inestabilidad del gobierno, representada en un Consejo de Ex-Presidentes que se reunió con los que quedaban vivos, trató un “pacto de silencio”, no se iba a hablar ni a judicializar a nadie sobre lo sucedido.

“Alfonso López Michelsen que dice que Belisario Betancur lo llama el 7 de noviembre después de que todo ya había sucedido. Y yo le pregunto si hubo un acuerdo de alta dirección del Estado para no investigar. Él a su estilo, demora un segundo en contestar y asiente con la cabeza, y dice sí y luego explica las razones de ese pacto de silencio”³².

Un pacto de silencio que por décadas se mantuvo en firme y que no fue sino hasta el 2005, bajo el Informe final de la Comisión de la Verdad para la Corte Suprema de Justicia, que se revivió el caso del Palacio. Este Informe final, idóneo y concreto, da tres hipótesis sobre la toma del Palacio de Justicia, perpetrada 6 y 7 de noviembre de 1985. La primera hipótesis se examina como un “golpe de Estados *sui generis*”³³ lo cual se cree por la manera desmesurada de la fuerza pública en la recuperación del Palacio de Justicia y en “defensa a las instituciones”. La segunda hipótesis, una conspiración internacional del M-19; el Frente Farabundo Martí para la Liberación nacional³⁴, realizó un asalto armado por parte de un grupo subversivo suspendiendo temporalmente el funcionamiento de las ramas del Poder Público, para juzgar al Presidente. La tercera hipótesis era que el M-19, como uno de sus propósitos, tenía que asesinar a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia³⁵, con apoyo de armamento por parte del narcotráfico, que había empezado una guerra desde que se aprobó el Tratado de Extradición³⁶.

Tres hipótesis y cada quien escoge la más conveniente. Esta investigación ha tratado puntos clave para idealizar la toma del Palacio de Justicia; los

lectores pueden ver cómo se evidencia una inestabilidad del gobierno en su soberanía (control territorial y poblacional) y un poder desmesurado de las Fuerzas Armadas. Murieron decenas de personas: unos guerrilleros, unos empleados, unos magistrados, aun así todos ciudadanos colombianos. Sin embargo, este genocidio perpetrado hace ya casi 35 años, es un suceso que las nuevas generaciones han ido olvidando.

Y no es culpa de las nuevas generaciones no saber con claridad qué sucedió ese año, pero sí es responsabilidad del gobierno no dar una memoria histórica que cree un concepto central para entender la trascendencia de la verdad y su significado político y jurídico³⁷. Y es esta memoria la que esta investigación tiene como fondo: que se tenga un recuerdo de los ciudadanos que fallecieron esos días de noviembre.

Treinta y cinco años después y las investigaciones siguen en juicio, los culpables en libertad y la familia de las víctimas apelando nuevamente a distintas jurisdicciones, viajando país por país a que sean escuchados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este país, junto a su nueva Constitución del 1991, está caracterizado por la cantidad de derechos que tienen los ciudadanos, en comparación con la Constitución de 1886. No obstante, hay derechos que no se reclaman: los derechos a la memoria y a la verdad.

Saber la verdad de lo sucedido y no la historia oficial que el Gobierno ha contado a lo largo de los años, es algo necesario para nosotros como nación y para los familiares de la víctima. Una verdad real y completa de los hechos sucedidos, no solo para ayudar a los procesos judiciales que se llevan a cabo, sino también para dar una construcción de la historia del Estado de Colombia.

Otro derecho muy importante, que no se reclama, es el derecho a la memoria. Un derecho importante, para no olvidar lo sucedido, pero sí perdonar y seguir adelante. Miles de almas de todas partes del mundo se congregan a diario en la Zona

Cero en la ciudad de Nueva York, del Estado de Nueva York; en silencio, pasan por los sensores de seguridad y caminan paso a paso, imaginando lo sucedido, el sufrimiento de la gente, de su familia, de sus compañeros y de sus compatriotas. Miles de almas... que pasan y se aglomeran viendo el agua caer, de dos cascadas que arrojan agua al vacío. Unas cascadas que son un símbolo de memoria, de no olvidar lo sucedido, de respeto hacia los que perdieron a sus compañeros y familiares.

No obstante ¿dónde está ese derecho a la memoria en Bogotá? Y no solo en Bogotá, sino en los distintos municipios de Colombia que han sufrido atentados, masacres y violaciones contra los derechos humanos.

Violaciones contra los derechos humanos que tuvieron lugar en el monumento nacional de Colombia³⁸, la Plaza de Bolívar. Una plaza a la cual su mismo nombre le da un sentido de pertenencia, de respeto, de identidad. Una, donde sucedieron los hechos, donde se reconstruyó el Palacio de Justicia y en donde el reloj de la Catedral Basílica Metropolitana de la Inmaculada Concepción, se frenó. Se detuvo en consecuencia al primer estallido que se dio en el Palacio de Justicia.

Para conmemorar estos hechos y tratando el tema de la memoria, el profesor Ben Zion Dinur en Yad Vashem en 1956 dijo unas palabras, que se han utilizado para dar inicio al Informe final presentado a la Corte Suprema de Justicia en el 2005: "Si queremos vivir y entregar vida a nuestros hijos, si creemos que vamos a allanar el camino hacia el futuro, entonces debemos, primero que todo, no olvidar".

Por último, esta investigación lo que busca en el fondo es eso: no olvidar. Crear una construcción de memoria social, no solo con la historia "oficial" que el Estado entrega. Sino buscar la verdad de los hechos sucedidos. Una memoria, que nos ayude a perdonar pero no a olvidar, una memoria que nos dé garantías de no repetición y entonces así podremos evitar las famosas palabras que Napoleón Bonaparte dijo: "Aquel que no conoce su historia,



está condenada a repetirla". Una memoria, una colección de historias que ayudarán a la construcción de una memoria nacional, de un sentido de pertenencia e identidad. Donde tras los recuerdos del pasado, se reconstruya un mejor futuro.

Y es ese futuro, el cual ayudará a que no se repitan los errores del pasado y bajo esa memoria de reconstrucción social se fortalezca la nación que respeta la memoria, un país que construye una misma historia y un silencio que no se perpetuará por más tiempo. Y ese silencio, de olvido, en el Palacio, bajo la ayuda de todos los conciudadanos, desvanecerá. Desvanecerá bajo esa memoria y esa reconstrucción nacional.

Bibliografía

Jaime SERRANO RUEDA, C. U. (1986), *Informe sobre el holocausto del palacio de justicia (noviembre 6 y 7 de 1985)*, Tribunal especial de Instrucción Criminal.

Jorge Anibal GÓMEZ GALLEGU, J. R. (2010), *Informe Final Comisión de la verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia*, Bogotá, Universidad del Rosario.

LARA, P. (2009), *Siembra vientos y recogerás tempestades*, Bogotá, Planeta.

PINILLA, N. P. (21 de febrero de 2014), Comisión de la verdad. (A. A. Rojas, entrevistador).

La República, L. (3 de noviembre de 1985), La justicia sigue indefensa ante mafias.

Semana, (12 de noviembre de 1985), 28 horas de terror.

EL Siglo, (18 de octubre de 1985), Hallan plan del M-19 para ocupar Palacio de Justicia.

Universal, (diciembre 14 de 1985). Corte y Consejo de Estado rectifican al Mindefensa.

VILLAMIZAR, D. (1995). *Aquel 19 será*, Bogotá, Planeta.

Imagen No. 1

Tabla 2, fecha de envío de los cuerpos a la fosa común. Jorge Aníbal GÓMEZ GALLEGO, José Roberto HERRERA VERGARA y Nilson PINILLA PINILLA. Informe Final, Comisión de la verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia, Bogotá, 2010.

#	necropsia	Nombre de la víctima	Estado del cuerpo	Fecha de envío a la fosa común				
				9 de nov.	20 de nov.	23 de nov.	30 de nov.	?
19	3807	Restos incinerados	Carbonizado	x				
20	3808	Restos incinerados	Carbonizado		x			
21	3811	NN hombre	Carbonizado					x
22	3816	Restos calcinados de mujer	Carbonizado		x			
23	3818	NN hombre	Carbonizado				x	
24	3819	NN mujer	Carbonizado		x			
25	3820	NN hombre	Carbonizado		x			
26	3822	NN hombre	Carbonizado		x			
27	3823	NN mujer	Carbonizado	x				
28	3827	NN calcinado	Carbonizado	x				
29	3830	NN mujer	Carbonizado		x			
30	3831	NN calcinado	Carbonizado	x				
31	3832	NN calcinado	Carbonizado					x
32	3835	NN mujer	Carbonizado	x				
33	3839	NN restos calcinados	Carbonizado	x				
34	3840	NN hombre	Carbonizado		x			
35	3843	NN	Carbonizado	x				
36	3845	NN mujer	Carbonizado	x				
37	3849	NN mujer	Carbonizado		x			
38	3877	NN hombre calcinado	Carbonizado			x		
Totales				26	8	1	1	2

Continúa

Jorge Anibal Gomez Gallego, Jose Roberto Herrera Vergara, Nilson Pinilla Pinilla

Tabla 2. Fechas de envío de los cuerpos a la fosa común

Protocolo de necropsia	Nombre de la víctima	Estado del cuerpo	Fecha de envío a la fosa común				
			9 de nov.	20 de nov.	23 de nov.	30 de nov.	?
3747	Edilson Zapata Vásquez	Completo	x				
3757	Francisco Vargas Soto	Completo	x				
3758	NN hombre / Orlando Chaparro Velez*	Completo, enviado como carbonizado	x				
3764	René Francisco Acuña Jiménez	Completo	x				
3765	Héctor Arturo Lozano Riveros	Completo	x				
3768	William A. Almonacid Rodríguez	Completo	x				
3769	Diógenes Benavides Martinelli	Completo	x				
3771	Fabio o Mario Becerra Correa	Completo, enviado como carbonizado	x				
3772	Jesús Antonio Rueda Velasco.	Completo	x				
3777	Elkin de Jesús Quiceno Acevedo	Completo, enviado como carbonizado	x				
3779	NN hombre / Ariel Sánchez*	Completo	x				
3781	Jesús Antonio Carvajal Barrera	Completo	x				
3782	Fernando Rodríguez Sánchez	Completo, enviado como carbonizado	x				
3784	Ángela María Murillo Salazar	Completo	x				
		Carbonizado	x				

Informe Final de la Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia

IMAGEN NO. 2

Los 11 desaparecidos por la toma del Palacio de Justicia.

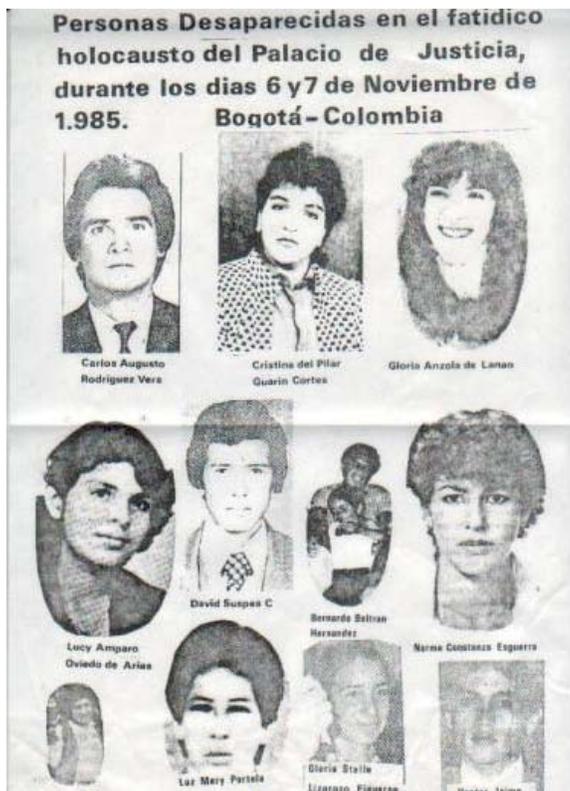


IMAGEN NO. 3

Foto tomada por los medios de comunicación de la época, donde se evidencia que de los que hoy se llaman desaparecidos, salieron con vida del Palacio de Justicia y luego encontrados muertos en el Palacio.



-
- * Estudiante de segundo semestre de Derecho en la Universidad de los Andes. aa.sanchez10@uniandes.edu.co
- 1 Leyenda a la entrada del Palacio de Justicia.
 - 2 Entrevista con el Magistrado de la Corte Constitucional y Presidente de la Comisión de la Verdad, Nilson PINILLA PINILLA, marzo 4 de 2014.
 - 3 Jorge Aníbal GÓMEZ GALLEGO, José Roberto HERRERA VERGARA y Nilson PINILLA PINILLA, Informe Final Comisión de la verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia, Bogotá, 2010.
 - 4 Darío VILLAMIZAR. *Aquel 10 será*, Bogotá, 1995.
 - 5 GÓMEZ GALLEGO y otros, *op. cit.*
 - 6 Testimonio de Álvaro FAYAD, en Olga BEHAR, *Las guerras de la paz*, Bogotá, Editorial Planeta, 1985. p. 138.
 - 7 *Ibidem*, p. 138.
 - 8 Entrevista realizada a Antonio NAVARRO WOLF, por parte del Museo de la Independencia, la Casa del Florero.
 - 9 GÓMEZ GALLEGO y otros, *op. cit.*
 - 10 Los extraditables era el grupo de narcotraficantes que se estaban negociando para enviar a Estados Unidos.
 - 11 Periódico La República, “*La justicia sigue indefensa ante mafias*”, noviembre 3 de 1985, pp. 1-3.
 - 12 GÓMEZ GALLEGO y otros, *op. cit.*
 - 13 Periódico El Siglo, “*Hallan plan del M-19 para ocupar Palacio de Justicia*”, octubre 18 de 1985, p. 8.
 - 14 GÓMEZ GALLEGO, *op. cit.*
 - 15 Entrevista a PINILLA PINILLA, *op. cit.*
 - 16 Jaime SERRANO RUEDA y Carlos UPEGUI ZAPATA, Informe sobre el holocausto del Palacio de Justicia (noviembre 6 y 7 de 1985), 1986.
 - 17 Revista Semana, “*28 horas de terror*”, 12 de noviembre de 1985, p. 27.
 - 18 SERRANO RUEDA y otro, *op. cit.*
 - 19 Entrevista a PINILLA PINILLA, *op.cit.*
 - 20 Periódico El Universal, “*Corte y Consejo de Estado rectifican al Ministro de Defensa*, diciembre 14 de 1985, p. 2.



- 21 Entrevista a PINILLA PINILLA, *op. cit.*
- 22 GÓMEZ GALLEGO y otros, *op. cit.*
- 23 Entrevista de la Comisión de la Verdad, corroborada por el testimonio del coronel PLAZAS VEGA.
- 24 Gómez Gallego y otros, *op. cit.*
- 25 *Ibidem.*
- 26 *Ibidem.*
- 27 *Ibidem.*
- 28 Periódico El Tiempo, Relato de Yolanda Santo Domingo, ADN Colombia, 25 de noviembre de 2008.
- 29 *Ibidem.*
- 30 Declaración bajo identidad reservada, hecha a la Comisión de la Verdad.
- 31 En las imágenes previas, se puede ver a las personas desaparecidas y las pruebas con que hoy en día los familiares de los desaparecidos demuestran hechos ante el CIDH.
- 32 Entrevista a PINILLA PINILLA, *op. cit.*
- 33 Diccionario Real Academia de Español: Dicho de una cosa: De un género o especie muy singular y excepcional.
- 34 Ejército guerrillero de Nicaragua.
- 35 Estas tres hipótesis fueron escritas en el Informe Final de la Comisión de la Verdad, entregada a la Corte Suprema de Justicia en el 2005.
- 36 Ley 127 de 1980.
- 37 Entrevista a PINILLA PINILLA, *op. cit.*
- 38 Resolución 51 del 26 de octubre de 1994.

Influencia de los medios de comunicación en la política criminal “populismo punitivo”

María José Cortés Ortiz*

RESUMEN

El siguiente texto con el que se encontrará el lector es un artículo de investigación que invita a quien lo lee a que realice una profunda reflexión acerca de la importante influencia que tienen los medios de comunicación como un instrumento de control social no formal, tanto en el pensamiento de los ciudadanos del común, como en la creación de política criminal, penal y penitenciaria en Colombia.

A través de las páginas que contiene este artículo quien se sirva de ellas podrá dilucidar el gran poder que tiene la palabra, el poder que tienen los hechos cuando son convertidos en noticia por parte de los *mass media*, a saber periódicos, revistas, noticieros, programas de investigación y solución de crímenes, etc.

El lector además podrá identificar a través de su lectura no sólo la influencia que los medios de comunicación anteriormente mencionados han tenido en la creación y modificación de pensamientos, sentimientos y percepciones del mundo real, de la criminalidad y específicamente del delito y del

delincuente por parte de los ciudadanos; sino que también podrá ver mediante la aprobación de la ley que endurece las sanciones a los conductores que manejen en estado de embriaguez (Ley 1696 del 2013) y la ley mediante la cual se fortalecen las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con ácido y se adiciona el Artículo 113 de la ley 599 del 2000 (Ley 1639 del 2013) cómo la opinión por parte de los *mass media* influye incluso en la agenda política.

PALABRAS CLAVE

Medios de comunicación, delito, delincuente, populismo punitivo, política criminal.

ABSTRACT

In the following text, the reader will find an investigation article who invites to a deep reflexion about the important influence of mass media communication as an instrument of non-formal social control,



both in the common citizenship thought as in the creation of criminal and prison policy in Colombia.

Across the pages, the reader will elucidate the great power of word and facts when are turned into news by the mass media, such as newspapers, magazines, news, investigation and solving crimes programs among others.

Besides, the lector will be able to identify not only the influence that mass media has in the modification of thoughts, feelings, perceptions of real world, criminality and specifically crime and offender that citizenship has; but also by the approval of the law that hardens the sanctions to the intoxicated (alcohol) drivers (Act 1696 of 2013) and the law by which strengths measures to protect the integrity of the victims of acid crimes and Article 113 of Act 599 of 2000 is added (Act 1639 of 2013) and how the opinion of mass media effectively influences in the political agenda.

KEYWORDS

Mass media, crime, criminal, punitive populism, criminal policy.

SUMARIO

Introducción. 1. Los medios de comunicación en el marco de la libertad de expresión. 2. Los medios de comunicación y la violación a la presunción de inocencia. 3. Los medios de comunicación y la construcción de la realidad. 4. Los medios de comunicación y su influencia en la política criminal y el populismo punitivo. 5. Electorización y la legitimación a través del populismo punitivo. 6. Ley 1696 del 2013 (endurece las sanciones a los conductores que manejen en estado de embriaguez) y Ley 1639 del 2013 (mediante la cual se fortalecen las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con ácido y se adiciona el ar-

tículo 113 de la Ley 599 del 2000), productos del populismo punitivo. 7. Conclusiones. 8. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de mi formación como estudiante de Derecho en la Universidad de La Sabana, he encontrado una especial fijación por la estrecha relación que existe entre el Derecho y los medios de comunicación; toda vez que en gran medida es a través de estos que muchos de los ciudadanos colombianos han cimentado sus conocimientos sobre sus derechos, deberes, sobre la situación política, económica y social del país, y en fin sobre todos los demás ámbitos que uno está acostumbrado a ver mediante los noticieros, la prensa y demás, razón por la cual mi atención frente a lo que los medios de comunicación dicen y cómo lo dicen se tornó mucho más meticulosa y por qué no decirlo, crítica.

Para nadie es un secreto que los medios de comunicación tienen un gran poder y una gran influencia en la formación del pensamiento no solo de los colombianos, sino de los ciudadanos del mundo en general. Siendo honestos, muy pocas personas tras escuchar una noticia sobre una acción de tutela se toman el tiempo de investigar e indagar acerca de dicho mecanismo constitucional; muy pocos se tomarán el tiempo de averiguar cuándo procede o ante quién se puede instaurar; de tal forma que la información que sobre ella proporcionen los medios de comunicación será con total seguridad fundamental para la concepción que de ella se formará el receptor de la noticia.

Ahora bien, en cuanto a la transmisión de noticias sobre crímenes, delitos y delincuentes, los medios de comunicación no son menos importantes. Por el contrario, al ser ellos quienes deciden qué hecho es noticia y qué es lo que los colombianos deben saber, su intervención frente a la criminalidad y los hechos que de alguna manera repre-

sentan una consecuencia jurídica específicamente para el derecho penal, resulta determinante en la percepción que del delincuente o del posible responsable se forme el individuo.

Los medios de comunicación no solo transmiten información, transmiten mucho más que eso, tienen tal capacidad de influencia que en gran medida contribuyen en la creación de emociones, en las formas de pensar, de asimilar y de asumir determinada posición frente a un tema u otro; es por ello que el poder que tienen los distintos medios es tan grande y tan peligroso que de no ser utilizado con prudencia y con responsabilidad, puede ocasionar consecuencias lesivas para más de una persona.

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, es que decidí realizar un artículo que le permitiese al lector comprender y reflexionar sobre lo importante e imperativo que se vuelve tomar conciencia de la facultad que poseen los medios de comunicación y que la misma debe ser responsable y limitada en el marco de los derechos fundamentales tanto de la víctima como del culpable o posible responsable. Hablo del respeto de los derechos del responsable o de quien pudiese serlo con un especial énfasis, debido a que es precisamente con él con quien la prensa y por tanto la ciudadanía es indolente y casi que ha olvidado que también es una persona, con la misma dignidad que cualquier otro ser humano sobre la faz de la tierra.

Finalmente, pretendo quizás ambiciosamente, que quien se tome el tiempo de leer este texto se formule posibles soluciones a los conflictos que aquí se plantean, que lean siendo conscientes de lo trascendental que es la influencia de los medios de comunicación en la política criminal, en la vida de la víctima y el victimario. Le pido al lector que no olvide que aquel que está en una prisión sigue siendo una persona que merece protección y respeto a su dignidad humana, por el simple hecho de ser persona; después de todo, la vida de todos y cada uno de los seres humanos del mundo debe ser preocupación y responsabilidad de todos nosotros, pues mientras existan quienes soportan la

injusticia, los tratos crueles e inhumanos, mientras otros mueran de hambre o causa de la guerra, mientras otra persona muera por falta de atención médica, o en las puertas de un hospital o causa de la injusticia social, la humanidad jamás será completamente libre.

“Debemos comprender que no podemos escapar del dolor común, y que nuestra única justificación, si hay alguna, es hablar, mientras podamos, en nombre de los que no pueden”

Albert Camus

1. Los medios de comunicación en el marco de la libertad de expresión

Los medios de comunicación han sido una herramienta útil para transmitir información de actualidad a la ciudadanía, especialmente la prensa ha proporcionado efectividad a la hora de circular pensamientos e ideas políticas al público¹. Tan es así, que en campañas electorales los aspirantes políticos utilizan con mayor frecuencia medios como la televisión, la radio y el periódico para difundir sus cuñas electorales.

Duverger (1972) afirmaba que de no existir la libertad de información, todas las demás libertades eran ineficaces²; dicha afirmación tiene sentido debido a que para que exista un efectivo ejercicio de la libertad religiosa como para cualquier otro tipo de libertad, las personas deben contar con plena autonomía a la hora de informarse acerca de las religiones y cultos que puedan existir, asimismo cuando estamos frente a la libertad de expresión que está particular e íntimamente relacionada con la libertad de información y en ese sentido la libertad de prensa.

Atendiendo a la libertad de expresión, debemos tener en cuenta que esta tiene consigo tres funciones: Una como derecho individual, que consiste



en la facultad que poseemos todas las personas de expresar lo que queremos y pensar como decidamos, con la garantía de que dichas elecciones serán respetadas; titularidad que solo poseen las personas humanas y no las jurídicas. La siguiente función es la relación estructural que tiene la libertad de expresión con la democracia, pues es imprescindible que en un Estado democrático se posibilite dicha libertad que permita que la comunidad forme sus propios criterios acerca del gobierno; esta libertad en ese sentido da unas pautas mínimas para que exista un pleno desarrollo de la democracia. Finalmente tiene una función instrumental, pues la libertad de expresión se considera como una herramienta para la protección de otros derechos como se ha mencionado con anterioridad; un desconocimiento de este derecho implica una vulneración de otros derechos.

Asimismo el derecho a la libertad de expresión tiene dos dimensiones, en donde la primera es una dimensión individual; es en ella en donde se manifiesta la primera función, es decir, el derecho que tiene cada persona para expresar libremente sus ideas, pensamientos, etc., usando los medios de comunicación que considere necesarios y pertinentes para llegar al mayor número de destinatarios. Una segunda dimensión es la colectiva, en la cual la sociedad debe conocer la información que está en tráfico, además de poder exigir que le sea compartida la información de particulares o de figuras públicas.

Así las cosas y entendiendo la importancia que representa el hecho de que gran parte de la información que está en tráfico sea conocida por las personas mediante los medios de comunicación, como un medio efectivo para que los individuos puedan enterarse de los acontecimientos de actualidad que ocurren tanto en el país, como fuera de él, es que se ha vuelto imperativo que los *mass media* sean responsables y prudentes a la hora de

presentar la información, pues en gran medida de ellos depende la idea que los ciudadanos se harán acerca de temas tan importantes como la política, la economía, la situación social del país, etc.

En un marco de respeto a los derechos fundamentales como la libertad de información, de expresión, religiosa, de opinión, etc., el papel que desenvuelven los medios de comunicación se convierte en indispensable para la formación y completo desarrollo de dichos derechos. Es por ello que cada persona tiene la facultad de exigir completa información a los mismos, clara, veraz y respetuosa de la dignidad humana y de la intimidad. Cada colombiano merece y necesita que la información que a él suministren acerca de la realidad de su país sea honesta, que no atienda a conveniencias políticas, sino que por el contrario sea responsable y neutral, de tal forma que efectivamente exista un pleno desarrollo de los derechos de las personas.

A través del ejercicio de estas libertades que en una democracia representativa se hace posible que el pueblo ejerza cierto control sobre sus gobernantes; así la prensa asume un control político de contrapoder o “watchdog” (Lichtenberg 1991: 105)³. Las libertades de expresión e información resultan ser fundamentales pues por medio de ellas es que existe un flujo de opiniones privadas que posibilitan la formación de la opinión pública que además de plasmar la voluntad general muestra de alguna manera las exigencias de la ciudadanía que se traducen en las leyes del Congreso de la República, de tal suerte que como mostraremos más adelante la información y la opinión que transmiten los medios de comunicación es tan poderosa que en gran medida es debido a ella que se ha creado política en Colombia, incluyendo preocupantemente la política criminal, dando lugar al populismo punitivo al cual nos referiremos luego.

2. Los medios de comunicación y la violación a la presunción de inocencia

En el Derecho Penal, al igual que en las otras ramas del Derecho, existen unos principios tendientes a garantizar los derechos tanto del procesado como de las víctimas. Uno de los principios más importantes del Derecho Penal es el principio del *in dubio pro reo* o presunción de inocencia, en el que se establece que toda persona es considerada inocente hasta que contra ella no se haya dictado una sentencia condenatoria y definitiva⁴. Asimismo la Declaración Universal de los Derechos Humanos dicta que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras que no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. La existencia de este principio tiene como fin garantizar la igualdad de las partes tanto en la ley procesal como en el proceso, así las mismas deben contar con igualdad de oportunidades de defensa y de ataque.

Sin embargo, aun siendo tan importante este principio es uno de los más vulnerados a la hora de la transmisión de noticias, especialmente aquellas que se ven por televisión y cuando su contenido está estrechamente ligado a un suceso delictivo, pues en primer lugar estos se encargan de mostrar los rostros y en ciertas ocasiones proporcionan al público televidente los nombres y demás información relacionada con quien se ha presumido ser el responsable de un delito.

Van Dijk habla de la “desviación y negatividad” y que ellas se encuentran muy arraigadas a la idea de que las malas noticias son buenas noticias⁵; así es noticiable todo lo que tenga que ver con informaciones sobre masacres, guerras, violaciones a la ley y en general todos aquellos sucesos que de

alguna manera expongan la existencia de una disfunción en el sistema social⁶.

Es debido a todo esto que se plantea que existe una vulneración frente a este principio cada vez que las cadenas de televisión, radio e incluso periódico a través de sus noticieros o publicaciones, transmiten o publican información acerca de quienes se encuentren vinculados a un proceso penal, pues no solo crean una imagen de ellos en la mente de los espectadores, sino que además los muestran como culpables aunque usen la palabra “presunto”. Esa que uno oye a diario a las 7:00 am, a las 12:00 m, a las 7:00 pm o a las 11:30 pm, “El presunto ladrón, el presunto violador, el presunto asesino, etc.”. Es que lo que vende es eso, es lo que le han enseñado a los colombianos a ver, el morbo, porque las noticias no son sobre las personas que día a día mueren en los hospitales esperando atención, tampoco son sobre los niños que a diario sufren por falta de alimento, agua y atención médica en la Guajira, en el Chocó o en diferentes partes del país. No revelan las cosas bonitas que tiene el territorio colombiano o sus habitantes y menos hablan de la ausencia de los congresistas en los debates.

¡No! Deben mostrar sobre explosiones de bombas, sobre grandes hurtos. No es escándalo, porque es bien cierto eso que dicen que se ve más lo malo que lo bueno, que hace más ruido una bomba que una caricia y que eso es lo que vende, que lo que se debe mostrar es al que es delincuente y si es posible a la víctima, para que ella diga lo que los periodistas no se atreven a decir por guardar esa “neutralidad” que nunca se ve y en la que pocos creen, pero que a través de ella se genere ese rechazo, ese resentimiento e indolencia, ese “Que le den cadena perpetua, que caiga sobre él/ella todo el peso de la ley o ese temible e irresponsable: Que instauren pena de muerte”. Originan en el colombiano una concepción de la realidad del país y del sistema penal tan distorsionada y sensacionalista, que peca tanto por exceso como por defecto.

3. Los medios de comunicación y la construcción de la realidad

Para Schlesinger y Tumber la noticia es el resultado de complejas negociaciones que se establecen entre los medios y las instituciones del sistema penal⁷. Los medios de comunicación no son meros transmisores pasivos de la realidad social; por el contrario son constructores activos de la misma, pues es a través de consensos selectivos, en los que intervienen factores tales como las ideologías, intereses corporativos, etc., que se crea una realidad ideologizada que por lo general se centra en los grupos que ostentan el poder.

El término sensacionalismo que ha sido utilizado con anterioridad, se ha entendido como la tendencia que poseen algunos periodistas a explotar las bajas pasiones de los espectadores, insistiendo en lo morboso y desviado; por ello el blanco fácil son los hechos que generan gran conmoción en el receptor y en donde el emisor es pieza clave.

En lugar de transmitir e informar sobre asuntos de interés a los colombianos, sobre el manejo de la agenda política, la poca efectividad de la política pública que se ha visto relegada a través de los malos manejos políticos y administrativos, los medios de comunicación han utilizado un estilo narrativo sensacionalista, que prefiere seducir las audiencias antes que mostrar elementos racionales para una correcta comprensión de los problemas⁸.

A través de los medios se crean vínculos del ciudadano con la sociedad, así como también se ha establecido uno entre los medios y la inseguridad, inseguridad que ha sido caracterizada y marcada por la violencia delictual que se ha mostrado en las noticias; ella dejó de ser un tema de gran impacto para la sociedad a un producto, un producto que vende, mediado por un discurso que ha sido construido desde la lógica ideológica y comercial que mueve la comunicación de masas⁹.

Los medios día a día se encargan de mostrar lo sorprendente, lo excepcional, con un insistente querer hacer ver el delito como algo ajeno a la sociedad, algo que siempre debe sorprender¹⁰.

Bien decía Pegoraro que “El miedo al delito se nutre de las representaciones imaginarias que tenemos tanto del delito como de los delincuentes, que generalmente son producidos por los medios de comunicación en cuanto seleccionan y amplifican casos paradigmáticos”¹¹. Los efectos colaterales del miedo son varios, pero los principales son que en primer lugar este tipo de noticias hacen que la sociedad exija medidas represivas severas por parte de instituciones y agencias de control social; por otro lado se establecen nuevas formas de control social y se convierte en un comodín político la criminalidad, de tal forma que la inclusión de propuestas tendientes a mejorar o tratar la “inseguridad” es de las mejores armas con las que cuenta el político a la hora de ganar adeptos electorales o de recibir mayor aprobación por parte de quienes han sido contaminados por ese sensacionalismo mal usado por los medios.

4. Los medios de comunicación y su influencia en la política criminal y el populismo punitivo

Hasta este momento hemos enmarcado a los medios de comunicación como uno de los más poderosos mecanismos de control no formal que existen, tanto en Colombia como en los demás países del mundo. Se ha manifestado la gran influencia que los mismos han tenido en la percepción que los ciudadanos tienen acerca de la criminalidad, la economía, la política y en general sobre la percepción que tienen sobre la realidad social. Ahora bien, además de lo anterior que sin lugar a dudas es sumamente importante en cuanto al control que la ciudadanía debe ejercer sobre lo que les presentan como la verdad sobre la realidad social, y lo que es verdaderamente la realidad del país y del

mundo, es aún más preocupante la gran influencia que poseen los *mass media* en la construcción, edificación y modificación de la política criminal, que ha ido aumentando preocupantemente con el transcurrir de los años.

Es delicado que a partir de los informes periódicos que muestra la prensa, las distintas ramas del poder público a saber, rama ejecutiva, legislativa y judicial, reaccionen tomando decisiones que en bastantes oportunidades han afectado a más de una persona, han afectado derechos, principios y fines esenciales del derecho, especialmente del derecho penal, toda vez que los medios ejercen cierta presión una vez son publicadas las noticias sobre la criminalidad, los delitos cometidos, los impunes, los juzgados, etc.

De esta forma los medios de comunicación se han convertido en los mejores aliados de las políticas conservadoras en materia penal, han promovido descarada e inconscientemente la indignación ciudadana que más adelante legitimarán las acciones de “mano dura” en la creación de política criminal, se ha legislado con base en emociones, en fuertes golpes que han conmocionado a los individuos y eso no puede ser de ninguna manera algo positivo; por el contrario, basados en esos golpes emocionales se le ha exigido al legislador que sea severo, que no tenga ninguna contemplación a la hora de hacer política, así como también se le ha exigido al juez que aplique toda la fuerza de la ley contra quienes nos han dicho que es el “enemigo”. Así pues el populismo punitivo es una cometa que es elevada gracias al viento de los medios de comunicación¹².

Los “esfuerzos” del legislador se han concentrado en crear política con el fin de perseguir al peligroso, se le ha otorgado el papel principal y protagónico a la intervención penal, desechando otros instrumentos de control social; le han proporcionado contundencia al derecho penal como el único que resocializa al que ha decidido alejarse del respeto a los preceptos normativos y reguladores de un Estado, un rol resocializador

que no solo no tiene dicha facultad de resocializar en nuestra realidad, sino que por el contrario ha generado daños irreparables y drásticos en la vida del sujeto que delinque y en realidad en toda la sociedad.

El principio de subsidiariedad y de mínima intervención hoy no van más allá de un papel. Ya nadie se come el cuento de que el derecho penal es “última ratio” y siendo honestos ¿Quién puede creer en ello? Si cada día nos han exhibido al derecho penal como a un “dioseccillo”, de tal forma que si no es mediante él nada nos puede salvar de la criminalidad, de la inseguridad, nada nos salva de ser las próximas víctimas de un sistema social deteriorado. Pero ¿cómo puede salvarnos un Derecho Penal tan deshumanizado?, ¿Cómo nos puede ayudar un Derecho Penal irrespetuoso de los derechos humanos? Un Derecho Penal movido por los hilos de los intereses mercantilistas políticos y de los grupos mediáticos. Y es que es evidente el fracaso del sistema penal, en la inoperancia de sus acciones, en su mínimo impacto frente al fenómeno criminal. Instituciones como la policía y el Ministerio Público que diariamente violentan derechos humanos producto de su precaria preparación; y qué decir de la deficiencia y negligencia en la administración de justicia, qué decir si es que ella habla sola.

No hay forma alguna de que creando políticas más severas disminuya la criminalidad; por el contrario, la historia nos ha mostrado que la efectividad del Derecho Penal como control social está desdibujado y mandado a recoger, pues ha generado un considerable aumento de la violencia en las sociedades en las que se ha aplicado¹³. “Ni el incremento de las tasas de criminalidad registrada significa, sin más, un fracaso del control social penal, ni es viable un sistemático y progresivo endurecimiento de éste para alcanzar cosas más elevadas de eficacia”¹⁴.

La criminalidad ya no se afronta con una buena política social sino con políticas represivas porque eso es lo que dicta el sentido común. Entonces ya

no se hacen estudios criminológicos, ni sociológicos, basta con la sola intuición del colombiano que no tiene otro conocimiento de la criminalidad que aquello que vive y ve cada día en la sociedad, lo que conlleva a que desde una perspectiva del populismo punitivo sea ese “sentido común” el que debe ser llevado a la legislación aunque esto vaya en contra del sistema de garantías de un Estado social de derecho¹⁵.

Los medios de comunicación nos hacen creer que el liberalismo residual es lo máximo y que gracias a él se construirá un futuro brillante y seguro para las futuras generaciones. Todo esto con la colaboración fundamental de la difusión del crimen, de la miseria, de sucesos escritos con sangre que son mostrados por los medios de comunicación, aquellos que han contribuido en introducir en la “cultura” de los colombianos la miseria humana¹⁶. Y el imputado no puede convertirse en el chivo expiatorio, tampoco puede averiguarse la verdad a cualquier precio; no se nos puede olvidar que el papel que desempeña el imputado es uno completamente distinto al que posee la víctima en el proceso penal, es efectivamente contra él con quien se va a dictar una posible sentencia condenatoria. Porque aquí no aplica el “Inocente hasta que se demuestre lo contrario”, aquí se es culpable hasta que se demuestre lo contrario, ejemplo de ello es el increíble, desacertado y descarado aumento de la prisión preventiva, es que desvirtuar esa culpabilidad es muy difícil hoy por hoy en Colombia, y es el imputado quien va a soportar injerencias en sus derechos fundamentales.

Así el blanco útil para el populismo punitivo son los violadores, los drogadictos, las prostitutas, los reincidentes, el alcohólico, etc. Se exige “tolerancia cero” con ellos, a tal punto en que casi que se deja de lado su condición humana y se toma en ese sentido un Derecho Penal de enemigo, traducido finalmente en un Derecho Penal de autor y con él nace la figura estrella por excelencia del populismo punitivo “La prisión preventiva” como el único mecanismo real, efectivo y eficiente para

asegurar y garantizar de alguna forma la seguridad ciudadana.

El populismo punitivo relativiza las garantías propias de un Estado Social de Derecho, especialmente frente a la presunción de inocencia. Bien ha sido criticado por Winfried Hassemer¹⁷ cuando nos dice que se ha mal utilizado el principio de proporcionalidad, no como protector del sindicado, sino por el contrario, como reductor de derechos del mismo. Así el principio de proporcionalidad fragmentado en los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido construido en la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán, queda relegado a la historia jurídica como un ideal más, no como una realidad.

5. Electorización y la legitimación a través del populismo punitivo

La difusión de información por parte de los medios de comunicación por su especial forma de ser presentada, no solo genera una reacción por parte de las ramas del poder público especialmente por la legislativa y la judicial, en tanto que ponen contra la pared al legislador, creando en ellos la responsabilidad de edificar políticas que ataquen la criminalidad, que sean severas y represivas, de tal forma que al ser el Derecho Penal la rama que castiga con mayor severidad, se convierte en la única forma de enfrentar la inseguridad social, en lugar de ser esta la última opción como se ha dicho ya con anterioridad. También hacen que el administrador de justicia que es por “excelencia” el juez, sea quien aplique con severidad y sin contemplación la ley que ha sido promulgada por un Congreso obediente de las exigencias y aclamaciones de un pueblo que a su vez obedece a los estímulos que proporciona la prensa sensacionalista.

Además de todo esto, no solo los medios se ven beneficiados con la presentación de los sucesos delictivos convertidos en noticia. También y en gran medida estos reportan beneficio para los políticos que con gran insistencia desean captar adeptos electorales; así, al mostrar en el noticiero víctimas de la violación, uno inmediatamente escucha en los honorables y respetados partidos políticos propuestas para establecer cadenas perpetuas a violadores de niños y si es posible hasta pena de muerte, también frente a los casos de conductores ebrios, en donde tras la lamentable muerte por un accidente de tránsito de algunas personas por causa del estado de embriaguez de otra que iba conduciendo, se escucha a otro partido político defendiendo un aumento de penas para los conductores ebrios que ocasionen la muerte de otros ciudadanos, o también frente a casos como los de ataques con ácido en donde irresponsablemente otros políticos han llegado a plantear que este hecho debe ser catalogado como tortura e incluso como intento de homicidio.

Los ejemplos son muchos; son sucesos lamentables que sin lugar a dudas a cualquiera que tenga aunque sea un mínimo sentido de amor de humanidad genera cierto sin sabor, cierta sensación de ira, tristeza e impotencia y es precisamente esa sensación que experimentamos la que da pie para que algunos de los candidatos al honorable Senado de la República, a la Cámara de Representantes o cualquier otro puesto de elección popular se apropien del dolor ajeno y a través de propuestas completamente indolentes y oportunistas, pongan sobre la mesa ideas violatorias de derechos humanos y tristemente legitimadas por los colombianos.

Entonces finalmente y para desventura nuestra, los aspirantes políticos usan los hechos delictivos con fines electorales y quienes ya han sido elegidos los utilizan con fines legitimadores.

6. Ley 1696 del 2013 (endurece las sanciones a los conductores que manejen en estado de embriaguez) y Ley 1639 del 2013 (mediante la cual se fortalecen las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con ácido y se adiciona el artículo 113 de la Ley 599 del 2000), productos del populismo punitivo

Con el fin de mostrar al lector una influencia clara de los medios de comunicación en la política criminal y por tanto un aliciente del populismo punitivo, haré referencia a dos ejemplos claros que van a sustentar la tesis expuesta en este breve artículo de reflexión.

En primer lugar, frente a la Ley 1696 de 2013 debemos hacer memoria en cuanto a los distintos sucesos que se presentaron poco antes de la promulgación de dicha ley. Tras el accidente de tránsito ocasionado por un joven que iba conduciendo bajo los efectos del alcohol en el que murieron dos mujeres jóvenes y el conductor del taxi quedó en silla de ruedas, fruto del impacto automovilístico; y luego de la decisión de una juez de la República de ordenar casa por cárcel al joven, inmediatamente los medios de comunicación presentaron la noticia de tal forma que la reacción de la audiencia no fue otra que de indignación; así las siguientes noticias después de esa fueron de numerosos accidentes de tránsito ocasionados por conductores ebrios, se veían, se escuchaban, todo tipo de noticias en la prensa sobre familias arrolladas por

conductores ebrios, niños, ancianos, mujeres en estado de embarazo, todas con un solo y claro propósito: generar la exigencia de los colombianos al legislador de un endurecimiento de las penas para los irresponsables personajes que salieran a conducir bajo el efecto del alcohol.

Las súplicas se hicieron oír y no se dejaron esperar las prontas reacciones de los partidos políticos; consecuencia de ello y casi como si se tratara de un trámite de urgencia, efectivamente nació la Ley 1696 que no solo hizo más severas las penas, sino que además la Corte Suprema de Justicia abrió la posibilidad a mediados de 2010 que los conductores ebrios al ocasionar la muerte de otras personas respondieran a título de dolo eventual¹⁸. Un error craso que ha sido criticado por muchos juristas y con justa razón, pues las implicaciones de esta decisión no solo deterioran un posible desarrollo evolutivo del Derecho Penal en Colombia, sino que además atentan gravemente contra un derecho respetuoso de un Derecho Penal de acto y no de autor.

Ahora bien; en cuanto a la Ley 1639, el panorama que rodea a la misma es similar al que rodeó a la Ley 1696; una vez se conoció una víctima de ataque con ácido, las noticias sobre sucesos así, fueron alimentados día a día por la prensa nacional, titulares de noticias en televisión, radio, programas de investigación de los canales nacionales, artículos en periódicos, revistas, etc. Fue tanta la presión que ejercieron los medios de comunicación con el asunto que nació la iniciativa de crear una ley que fortaleciera la protección de las víctimas de ataques con ácido. Las reacciones de distintos grupos sociales fueron inmediatas, tanto fue el impacto que estos hechos ocasionaron en la colectividad que parte de las propuestas tanto de personas del común como de integrantes de partidos políticos era incluir esta forma de agresión como una forma de tortura o intento de homicidio, propuestas que son a todas luces desproporcionadas.

Es cierto que son situaciones bastante complejas y que en definitiva deben ser castigadas severa-

mente, no solo por el impacto físico que ocasionan en la vida de la víctima, sino sobre todo por el impacto psicológico que tiene en ellas; sin embargo, como se ha mostrado a lo largo del artículo, las medidas represivas traducidas en normas penales no combaten el problema de raíz. Claro, generan un rechazo por parte de la sociedad, pero las políticas preventivas son las que deben asumir un papel principal y por encima de todo primario en el tratamiento de estas conductas. Se deben adoptar medidas que proporcionen además de castigo severo al victimario, prevención y mayor intervención por parte del Estado para que se cumpla de alguna manera ese principio de subsidiariedad del Derecho Penal, poder reducir la injerencia del Derecho Penal en una sociedad y poder aumentar el de la política pública.

Ver únicamente aspectos negativos de la influencia de los medios de comunicación en la política criminal quizá no sería sensato, pues me es necesario reconocer que de alguna forma es positivo que contribuyan con la aceleración del sistema legislativo a la hora de asumir como suya la obligación de intervenir en los problemas que aquejan a la sociedad. Sin embargo lo que critico, lo que genera un descontento y preocupación es el cómo lo han hecho y las serias implicaciones que ello ha tenido en la vida tanto de víctimas como de victimarios.

Si por lo que estamos luchando es por proteger la vida, por procurarnos una vida mejor, no podemos en ese intento lesionar la vida de otro, la vida del sujeto que delinque. Me encuentro convencida de que si al menos la mitad de aquellos que arrojan al aire intempestivamente propuestas que van acompañadas del típico discurso de “tolerancia cero con el delincuente” se tomaran el tiempo de ir a visitar un establecimiento carcelario en Colombia y ver la situación deplorable e inhumana en la que se encuentran, seguramente serían un poquito más prudentes cuando de pedir penas o aumento de ellas se trata. Si uno pudiera decir que efectivamente el proceso resocializador que contiene la prevención especial positiva se lleva a cabo en una prisión, quizás y solo quizás, solucionar a punta

de penas los problemas ayudaría un poco; pero la realidad es otra, las leyes penales no solucionan ningún problema de inseguridad ciudadana, por el contrario aquellos que sufren su aplicación represiva por lo general no mejoran ni su conducta, ni mucho menos se alejan del delito.

Es por todo lo anterior que nos es imperativo exigir a los medios de comunicación una mayor responsabilidad y prudencia a la hora de transmitir noticias, pues no solo ellos son titulares del derecho a la libre opinión y expresión; cada uno de nosotros posee la facultad de pedirles respeto por la vida, por la dignidad, la intimidad y demás derechos que pueden ser vulnerados cuando la prensa considera que un hecho debe ser noticia.

Conclusiones

Con el fin de que exista un efectivo ejercicio de democracia en un Estado Social de Derecho, la información que está en tráfico en los medios de comunicación debe ser responsable y respetuosa de los derechos humanos.

En cuanto a los sucesos delictivos que se presentan en noticias, la prensa debe procurar en lo máximo que le sea posible evitar ese lenguaje sensacionalista que ha sido violatorio de la presunción de inocencia porque ha creado en el público espectador sentimientos de resentimiento e indolencia aun cuando ni siquiera ha existido una sentencia condenatoria contra el que se presume culpable.

El poder que poseen los medios de comunicación en cuanto a la construcción de la realidad es tan grande, que es a partir de lo que es noticia que se crean, modifican, o alteran las percepciones que de la realidad social tienen los colombianos.

El liberalismo residual no es ni llegará a ser jamás la base para construir una sociedad próspera y segura.

El populismo punitivo relativiza las garantías propias de un Estado Social de Derecho, especialmente frente a la presunción de inocencia.

Los aspirantes políticos usan los hechos delictivos presentados por los *mass media* como noticia, con fines electorales; y quienes ya han sido elegidos los utilizan con fines legitimadores.

Debe existir una mayor intervención por parte del Estado en cuanto a política pública y preventiva para que de esta forma el Derecho Penal opere en “colaboración de” y no “a falta de”.

“Si vas a salir de frente a describir la verdad,
deja la elegancia para el sastre”
Albert Einstein

Bibliografía

Gabriel Ignacio ANITUA, *Medios de comunicación y criminología*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, Argentina, 2011.

Francesc Marco BARATA, *Juicios mediáticos*, en Revista de Derechos Humanos, México D.F, 2012.

Francesc Marco BARATA, “*La violencia y los mass media*”, en Revista Brasileira de ciências criminais, número 29, enero-marzo 2000.

Pedro Jair CAVERO FLORES, *La Criminología y la Eficiencia del Control Social Frente a la Realidad Peruana*, Perú, 2013.

Mariluz DOMÍNGUEZ TORRES, Ana Victoria PARRA GONZÁLES, *Los Medios de Comunicación desde la Perspectiva del Delincuente*, Venezuela, 2004.

Lawrence M. FRIEDMAN, *Crimen and Punishment in American History*, New York: Basics Books, 1993.

Juan L. FUENTES OSORIO, *Los Medios de Comunicación y el Derecho Penal*, España, 2005.



Winfried HASSEMER, *“Crítica al Derecho Penal de hoy”* (Traducción: Patricia Ziffer), Buenos Aires, Ad-hoc, 1998.

Luisa LEAL SUÁREZ, *El papel de los Medios de Comunicación en la Construcción de las Representaciones Sociales entorno a la Inseguridad Ciudadana*, en Espacio Abierto, Venezuela, 1999.

Javier LLOBET RODRÍGUEZ, *Prisión Preventiva, Populismo Punitivo y Protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Costa Rica, 2010.

Luiz PERES NETO, *Tesis doctoral: Prensa, Política Criminal y Opinión Pública: El Populismo Punitivo en España*, Barcelona-España, 2010.

Juan S. PEGORARO, *“Violencia Delictiva, Inseguridad Ciudadana – La Construcción Social de la Inseguridad Ciudadana”* en Revista Nueva Sociedad, 2000.

Jenny PONTÓN CEVALLOS, *Medios de Comunicación y Seguridad Ciudadana*, en Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana, 2008.

Máximo SOZZO, *Populismo Punitivo, Proyecto Normalizador y “Prisión-Depósito” en Argentina*, Revista electrónica de Facultad de Derecho Argentina, 2009.

Rubén URIZA RAZO, *Principios del Derecho Penal*, México, 2009.

Raúl Eugenio ZAFFARONI, *La realidad de la criminalidad es la que construyen los medios de comunicación*, en Tempo Argentino, Argentina.

Raúl Eugenio ZAFFARONI, *La Palabra de los Muertos*, Argentina, 2011.

Ley y Jurisprudencia

Constitución Política de Colombia [CPC] 1991, art. 29, inc. 4.

Ley 1639 de 2013. Por medio de la cual se fortalecen las medidas de protección a la integridad de las víctimas de crímenes con ácido y se adiciona el artículo 113 de la Ley 599 de 2000. 02 de julio 2013.

Ley 1696 de 2013. Por medio de la cual se dictan disposiciones penales y administrativas para sancionar la conducción bajo el influjo del alcohol u otras sustancias psicoactivas. 19 de diciembre de 2013.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso no. 32964 (M. P. José Leonidas Bustos Martínez; agosto 25 de 2010).

-
- * Estudiante de quinto semestre de Derecho en la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. mariacoror@unisabana.edu.co
- 1 Luiz PERES NETO, Tesis Doctoral: *Prensa, Política Criminal y Opinión Pública: El Populismo Punitivo en España*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, p. 155.
 - 2 *Ibidem*, p. 168.
 - 3 Luiz PERES NETO, Tesis Doctoral: *Prensa, Política Criminal y Opinión Pública: El Populismo Punitivo*, op. cit., p. 168.
 - 4 Constitución Política de Colombia [CPC] 1991, art. 29, inc. 4°.
 - 5 Ana Victoria PARRA GONZÁLES, Mariluz DOMÍNGUEZ TORRES, *Los Medios de Comunicación desde la Perspectiva del Delincuente*, Venezuela, 2007, p. 32.
 - 6 *Ibidem*, p. 32.
 - 7 *Ibidem*, p. 31.
 - 8 Jenny BONTÓN CEVALLOS, “Medios de Comunicación y Seguridad Ciudadana”, en Urvio, *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, (2008), p. 122.
 - 9 PARRA GONZÁLES; DOMÍNGUEZ TORRES, op. cit., p. 36.
 - 10 Jenny BONTÓN CEVALLOS, “Medios de Comunicación y Seguridad Ciudadana”, en Urvio, *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, (2008), p. 124.
 - 11 Juan S. PEGORARO, “Violencia Delictiva, Inseguridad Ciudadana – La Construcción Social de la Inseguridad Ciudadana” en *Revista Nueva Sociedad*, 2000, p. 117.
 - 12 *Ibidem*, p. 125.
 - 13 Javier LLOBET RODRÍGUEZ, *Prisión Preventiva, Populismo Punitivo y Protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Costa Rica, 2010, p. 4.
 - 14 Alessandro GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Manual de Criminología*, Ed. Tirant Lo Blanch, España, pp. 106 - 107.
 - 15 LLOBET RODRÍGUEZ, op. cit., p. 5.
 - 16 Pedro Jair CAVERO FLORES, “La criminología y la Ineficiencia del Control Social Frente a la Realidad Peruana”, Perú, 2013, p. 10.
 - 17 Winfriedm HASSEMER, “Crítica al Derecho Penal de hoy” (Traducción: Patricia Ziffer), Buenos Aires, Ad-hoc, 1998, p. 107.
 - 18 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso n.º 32964 (M. P. José Leonidas Bustos Martínez; agosto 25 de 2010).





Entrevista



El deber de información en la relación de consumo y su correspondencia con la metrología legal

Entrevistado: Alejandro Gómez Giraldo
Superintendente Delegado para el Control y Verificación de los Reglamentos
Técnicos y Metrología Legal de la Superintendencia de Industria y Comercio

Entrevistadora: Stefanny Justinico Moreno
Directora de la revista de estudiantes DISSÊRTUM

Breve biografía del entrevistado:

Alejandro Gómez Giraldo es abogado del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, candidato a Doctor en Sociología de la Universidad de Salamanca, Magister en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana y Magister en Sociología Jurídica del Instituto Internacional de Sociología Jurídica Oñati Gipuzkoa - España. Ocupó el primer puesto en el VII Programa de Pasantías de la Secretaría General de la Comunidad Andina BID -INTAL sobre Derecho Comunitario y Comunidad Andina. Adicionalmente, ha participado en numerosos cursos, seminarios y diplomados en

prestigiosas instituciones de Colombia, España, Perú y EEUU.

Entre los cargos que ha ocupado se encuentran la Vicepresidencia Jurídica de la Federación Nacional de Comerciantes FENALCO; Representante de Colombia ante la Federación Iberoamericana de Franquicias FIAF; Asesor del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio y Miembro de las Juntas Directivas de CERTICÁMARA, ICONTEC y la CORPORACIÓN CALIDAD.

Igualmente, se ha desempeñado como docente en la Pontificia Universidad Javeriana, el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y la Universidad Nacional de Colombia.



■ Stefanny Justinico Moreno, directora de Dissêrtum, en compañía del doctor Alejandro Gómez Giraldo.

Stefanny Justinico Moreno (SJ): Muchas gracias doctor Alejandro, por permitir esta entrevista a la revista Dissêrtum. Nos alegra mucho poderlo tener en nuestra sección de entrevista para conocer sobre la metrología y el Derecho. ¿Qué es la metrología y cuál es su objetivo en la sociedad?

Alejandro Gómez Giraldo (AG): Gracias a la revista por la invitación. Estos temas muchas veces producen susto a los abogados, y malestar ante temas que no son puramente jurídicos. Sin embargo, el derecho debe regular las diferentes fases de la vida diaria, ya sean temas médicos, sobre ciencias o ingeniería, y es allí donde está la importancia del Derecho. Recién entré a la Superintendencia de Industria y Comercio, donde llegué al área de protección al consumidor, y descubrí el tema de la metrología, que consiste en la ciencia de las medidas, se da uno cuenta que todo lo que controla el hombre es medible, y que para dominarlo tiene que medirlo, siendo ella una ciencia muy noble, ya que fue cien por ciento creada por el hombre,

no tiene un objeto determinado, sino una figura creada por el hombre. No existe un fruto de un kilo, es una creación del hombre, cuyo objetivo como sociedad se ponen de acuerdo para unificar las medidas universales.

(SJ) ¿Cuál es la relevancia de la metrología legal en el sistema de protección al consumidor colombiano?

(AG): La metrología legal se centra en la protección al consumidor. Donde los instrumentos para medir en todos los aspectos de la vida, ya sean balanzas, el surtidor de la gasolina, o los implementos médicos, deben cumplir unos requisitos, ser verificados, y ese es el objetivo de la Superintendencia, velar por el buen funcionamiento de estos dispositivos buscando el bienestar de los ciudadanos, además de los productos pre-empacados.

(SJ): En el caso en el que un consumidor encontrara que un producto como el café señalara en la etiqueta 250 gramos y al abrirlo solo posea 200

gramos, ¿Qué acciones tienen las personas del común para denunciar los abusos de las empresas?

(AG): Ese es un tema muy importante, en tanto hay que aclarar que no es normal que los consumidores midan los productos que compran. La mayoría de los ciudadanos confiamos en lo que nos venden, y por ello es difícil que una persona descubra que está siendo estafada. Por eso es tan importante la acción del Estado, ya que en su gran mayoría las acciones de la Superintendencia son de carácter oficioso. Sin embargo, si llegase a haber un consumidor que verifique que está siendo estafado por una empresa, lo único que debe hacer es remitirse a la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio a donde podrá enviar una queja sobre el producto que adquirió, y desde ese punto se inicia de oficio la investigación con los dispositivos adecuados.

(SJ): En su concepto, ¿Los empresarios le temen a las visitas de oficio de la Superintendencia, o por el contrario les traería beneficios la certificación al cumplir con todos los requisitos?

(AG): Al empresario honesto le encanta que la Superintendencia haga ese tipo de visitas, y que descubra a los deshonestos para sancionarlos, ya que este medio es una de las formas más comunes de competencia desleal, y por ende no solo se estafa al consumidor sino que atenta contra la competencia y los que hacen las cosas bien. Cuando llegan denuncias a la entidad, en su mayoría son propiciadas por los competidores, y es una fuente fiable para la Superintendencia. Sin embargo, los empresarios que incurren en estas acciones no disfrutan de las visitas de la entidad.

(SJ): ¿Es pertinente afirmar entonces que la metrología legal es un criterio para prevenir una competencia desleal o una posible cartelización?

(AG): Sirve para todo. La metrología legal sirve para prevenir daños a la salud, para proteger la economía, para evitar la competencia desleal, y real-

mente la metrología es una de las ciencias que más utilizamos, pero que nunca nos percatamos de ello.

(SJ): De acuerdo con sus estudios en sociología ¿Cuál es la relación entre la industria y la sociología en el marco de la empresa y el consumo?

(AG): Tuve la fortuna de cursar mi doctorado en España sobre Sociología Jurídica, y entendiendo la imposibilidad de vivir en ese momento de la academia, me vinculé a la Superintendencia de Industria y Comercio y comprendí que la Sociología estaba inmersa en el Derecho y como tal los comportamientos sociales, y el objetivo final que es el bienestar de la sociedad.

(SJ): Finalmente ¿Cuál sería el consejo que les podría dar a los lectores inmersos en la academia, para abordar el tema de la metrología legal?

(AG): Las relaciones de consumo curiosamente, hacen parte de un Derecho con poca visibilidad, y si bien es cierto no se concibe una carrera sin el Derecho Comercial, en el desarrollo general de la materia solo se aborda el Código de Comercio. Sin embargo, el Derecho del Consumo, del que todos hacemos parte de manera ininterrumpida, no es regulado por el Código de Comercio, sino por el Estatuto del Consumidor, y el tema solo es tratado tangencialmente, pero es allí donde está el Derecho vivo. Y su independencia, es importante frente al Código de Comercio cuya aplicación queda restringida, y excluida en la mayor parte de los casos. Al ser el Derecho al Consumidor tan rico y poco desarrollado, la invitación es a trabajar desde adentro el tema del consumo, por su versatilidad y riqueza, que a su vez es un campo nuevo que pocos manejan y cuyo nicho de mercado aún no ha sido debidamente explotado.

(SJ): Gracias nuevamente por aceptar conceder esta entrevista.

(AG): Fue un placer.

Agosto 15 de 2014



Universidad de
La Sabana