



DERECHO ADMINISTRATIVO

NECESIDAD DE UNA NUEVA VISIÓN EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: PANORAMA HISTÓRICO DE SUS INSTITUCIONES
Delia Bechara Llanos

DERECHO PROBATORIO E INSTITUCIONES PROCESALES

VALOR PROBATORIO E INCIDENCIA A NIVEL INTERNACIONAL DE LOS COMPUTADORES DE RAÚL REYES
Evelyn Marcela Galván Lora

TEORÍA CONTABLE Y FINANCIERA

EL COOPERATIVISMO EN COLOMBIA: APUNTES SOBRE SUS CARACTERÍSTICAS Y GESTIÓN FINANCIERA, SU IMPACTO EN LA ECONOMÍA NACIONAL Y LOS PUNTOS CRÍTICOS A LOS CUALES SE ENFRENTA
Jaime Carvajal – Lucia Gaines

SABER, CIENCIA Y LIBERTAD En Germinación

Volumen 4. JULIO DE 2011



REVISTA DE SEMILLEROS DEL CENTRO DE INVESTIGACIONES DE LA UNIVERSIDAD LIBRE - CARTAGENA

Volumen 4. JULIO DE 2011 ISSN 2011-8562

SABER REVISTA CIENCIA Y LIBERTAD

En Germinación

TEORÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

EN TORNO A LA DISCUSIÓN NATURAL Y POSITIVISTA DE LOS DERECHOS: LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES POSITIVOS
Abraham Zamir Bechara Llanos

FUNDAMENTALIDAD Y EFICACIA DEL DERECHO A LA SALUD EN CONTRASTE CON LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO
Ahneyzy Carrillo Velásquez, Emilio Molina Barboza

CRIMINOLOGÍA Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA

EL ESPACIO SOCIAL DEL SUR DE BOLÍVAR: POBLAMIENTO Y ASPECTOS DEMOGRÁFICOS COMO ORIGENES DEL CONFLICTO ARMADO
Compiladores: Winston Barros, Laura Cadena Pacheco

MARCANDO EL ESPÍRITU, PROLEGÓMENOS PARA UNA ASIMILACIÓN DEL CASTIGO MODERNO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA
Miguel Antonio Morón Campos

DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHOS HUMANOS

CONTESTACIÓN DE DEMANDA ANTE LA HONORABLE CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Caso de Enfermeros Cooperados contra la República del Batey (Caso No. 16825) Estado

EVOLUCIÓN Y AVANCE DE LA NORMATIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS
Viviana Elsa Villalobos Cantillo

ANÁLISIS DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO UN FENÓMENO DEL DERECHO Y SU DINÁMICA DENTRO DE UNA SOCIEDAD
Jessica Margarita Pérez Ariza

UNIVERSIDAD LIBRE
SEDE CARTAGENA



Revista

Saber, Ciencia y Libertad

En Germinación

Volumen 4 - Julio de 2011
Cartagena de Indias - Colombia

Universidad Libre, Sede Cartagena

SABER, CIENCIA Y LIBERTAD En Germinación

Autores Varios

ISSN: 2011-8562

Diagramación e Impresión:

Alpha Editores

Centro, Cl. Estanco del Aguardiente, No. 5-36

Tels.: 57-5 664 3352 - 660 9438

E-mail: editorial@alpha.co

www.alpha.co

Cartagena de Indias, Bolívar, Colombia

La obra está amparada por las normas que protegen los derechos de propiedad intelectual.

Se autoriza su reproducción total o parcial de su contenido citando la fuente.

Los artículos son de responsabilidad exclusiva de sus respectivos autores y no comprometen a la Revista ni a la Universidad Libre.

Impreso en Colombia

2011

Consejo Editorial

Rafael Ballestas Morales

Carlos Gustavo Méndez

Narciso Castro Yanes

María Cristina Bustillo

Zilath Romero González

Dirección Editorial

Zilath Romero González

UNIVERSIDAD LIBRE

DIRECTIVOS NACIONALES 2011

Presidente

Luis Francisco Sierra Reyes

Rector

Nicolás Enrique Zuleta Hincapié

Censor

Benjamín Ochoa Moreno

Secretario General

Pablo Cruz Samboní

Decano Facultad de Derecho

Jesús Hernando Alvarez Mora

Decana Facultad de Ciencias Económicas

Administrativas y Contables

Clara Inés Camacho

DIRECTIVOS SECCIONALES 2011

Presidente Delegado Rector

Rafael Ballestas Morales

Vicerrector

Carlos Gustavo Méndez Rodríguez

Secretario General

Luis María Rangel Sepúlveda

Director Administrativo y Financiero

Lucy Castilla Bravo

Decano de Extensión de Derecho

Narciso Castro Yanes

Decana de la Facultad de Ciencias

Económicas, Administrativas y Contables

María Cristina Bustillo Castillejo

Directora Consultorio Jurídico y

Centro de Conciliación

Tulia del Carmen Barrozo Osorio

Coordinadora de Postgrados

Beatriz Tovar Carrasquilla

Directora Centro de Investigaciones

Zilath Romero González

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
EDITORIAL	11
TEORÍA JURÍDICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO	
EN TORNO A LA DISCUSIÓN NATURAL Y POSITIVISTA DE LOS DERECHOS: LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES POSITIVOS <i>Abraham Zamir Bechara Llanos</i>	15
FUNDAMENTALIDAD Y EFICACIA DEL DERECHO A LA SALUD EN CONTRASTE CON LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO <i>Ahneyenzy Carrillo Velásquez, Emilio Molina Barboza</i>	31
CRIMINOLOGÍA Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA	
EL ESPACIO SOCIAL DEL SUR DE BOLÍVAR: POBLAMIENTO Y ASPECTOS DEMOGRÁFICOS COMO ORÍGENES DEL CONFLICTO ARMADO <i>Compiladores: Winston Barros, Laura Cadena Pacheco</i>	41
MARCANDO EL ESPÍRITU, PROLEGÓMENOS PARA UNA ASIMILACIÓN DEL CASTIGO MODERNO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA <i>Miguel Antonio Morón Campos</i>	55
DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHOS HUMANOS	
CONTESTACIÓN DE DEMANDA ANTE LA HONORABLE CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS <i>Caso de Enfermeros Cooperados contra la República del Batey (Caso No. 16825)</i> <i>ESTADO</i>	65
EVOLUCIÓN Y AVANCE DE LA NORMATIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS <i>Viviana Elsa Villalobos Cantillo</i>	81

ANÁLISIS DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO UN FENÓMENO DEL DERECHO Y SU DINÁMICA DENTRO DE UNA SOCIEDAD	86
<i>Jessica Margarita Pérez Ariza</i>	

DERECHO ADMINISTRATIVO

NECESIDAD DE UNA NUEVA VISIÓN EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: PANORAMA HISTÓRICO DE SUS INSTITUCIONES	97
<i>Delia Bechara Llanos</i>	

DERECHO PROBATORIO E INSTITUCIONES PROCESALES

VALOR PROBATORIO E INCIDENCIA A NIVEL INTERNACIONAL DE LOS COMPUTADORES DE RAÚL REYES	113
<i>Evelyn Marcela Galván Lora</i>	

TEORÍA CONTABLE Y FINANCIERA

EL COOPERATIVISMO EN COLOMBIA: APUNTES SOBRE SUS CARACTERÍSTICAS Y GESTIÓN FINANCIERA, SU IMPACTO EN LA ECONOMÍA NACIONAL Y LOS PUNTOS CRÍTICOS A LOS CUALES SE ENFRENTA	129
<i>Jaime Carvajal – Lucia Gaines</i>	

PRESENTACIÓN

Saber Ciencia y Libertad en germinación se sigue consolidando como un medio fundamental para la publicación y difusión de los resultados en investigación formativa desarrollada desde los escenarios académicos en la Universidad Libre, Sede Cartagena. Una apuesta estratégica que surge en el aula de clases con los docentes investigadores y es respaldada por el centro de investigaciones del alma mater. Su propósito fundamental es fomentar la investigación por parte de los estudiantes, con miras a formar investigadores que con su trabajo intelectual contribuyan a dinamizar el desarrollo local y regional.

La pertinencia de los temas tratados por los estudiantes en esta edición, nos permite relacionar el alto grado de avance investigativo que hoy tienen los educandos de la Universidad Libre y de otras Universidades que en este espacio nos acompañan. El enfoque socio jurídico, penal y filosófico de los artículos, demuestra el gran liderazgo que posee la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad Libre en la ciudad de Cartagena, en cuanto a la formación investigativa de los futuros abogados.

Resaltamos el creciente compromiso que los estudiantes de la Universidad Libre vienen asumiendo en la labor investigativa y la solución de problemas mediante los procesos y dinámicas propias de semilleros de investigación. Aunque son grandes los desafíos que se presentan al propósito de consolidarnos como un espacio de reflexión y difusión del conocimiento, lo afrontamos con la voluntad de aunar esfuerzos para el fomento de los espacios enfocados a la formación en investigación, el desarrollo de procesos de investigación formativa y el compromiso de articular los esfuerzos para generar impactos significativos y colectivos en la sociedad.

JUAN SEBASTIÁN HERNÁNDEZ COBOS

Auxiliar del Centro de investigación
Universidad Libre, Sede Cartagena
Coordinador RedCOLSI-Nodo Bolívar

**TEORÍA JURÍDICA Y
FILOSOFÍA DEL DERECHO**

EN TORNO A LA DISCUSIÓN NATURAL Y POSITIVISTA DE LOS DERECHOS: LOS DERECHOS HUMANOS COMO DERECHOS FUNDAMENTALES POSITIVOS¹

Abraham Zamir Bechara LLanos²

RESUMEN

En el pensamiento jurídico contemporáneo existe como debate actual el considerar a los derechos humanos como verdaderos derechos fundamentales, positivamente consagrados en una constitución. Si bien, los primeros tienden a una concepción más amplia enmarcada en la propia dignidad humana, y en la naturaleza de ser los derechos que están más allá de un ordenamiento jurídico como tal, en su idea de supra-jerarquía de derechos, en una visión filosófica del derecho natural, por ser derechos que siempre van a estar de la mano con el hombre no importa en que estatuto se encuentre, pues su validez es universal. Los segundos enfrentan el dilema de ser vistos, no como la continuación de los primeros desde una constitución, o derecho interno, sino como verdaderos mandatos de optimización que hagan de la exigibilidad y aplicabilidad de estos derechos concretos ordenes de hacer algo en la medida de sus posibilidades fácticas y reales, para la no afectación y vulneración de estos derechos. Este artículo estudia esa visión, de ver a los derechos humanos como derechos fundamentales positivos.

PALABRAS CLAVES

Derechos humanos, derechos fundamentales, derecho natural, derecho positivo.

ABSTRACT

The current debate is present in the contemporary legal thinking that deems human rights as true fundamental rights positively enshrined in a constitution. Though the former lean towards a broader philosophy as part of human dignity itself, and the nature of being the rights that go beyond a legal system per se, thought of as a supra hierarchy of rights, within a philosophical vision of common law, for these rights will always go hand in hand with man regardless of his status since its validity is universal, the latter face the dilemma of being perceived not as a continuation of the former, as in a constitution or national law, but rather as true optimization mandates that enforce and apply such definite rights as rules for doing something within their factual and real possibilities thus avoiding harm and violation of these rights. This paper studies that vision of considering human rights positive fundamental rights.

KEYWORDS

Human rights, fundamental rights, common law, positive law.

1 Artículo científico de la investigación cuyo informe final lleva por título: El juicio de ponderación solución a la colisión de derechos fundamentales en el caso especial de la acción de tutela.

2 Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Sede Cartagena, miembro coordinador del grupo de investigación: Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales "Phronesis" categoría "C" Colciencias. Centro de investigación Unilibre Cartagena. Conferencista en encuentros de investigación Jurídica y Socio-jurídica. Línea de investigación: Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica. email: abrahambechara@hotmail.com

1. INTRODUCCIÓN

El momento posmoderno muestra que las acepciones o la utilización de las expresiones derechos humanos y derechos fundamentales se han considerados como iguales o coincidentes, como si se estuviera hablando de la misma categoría de derechos, pero podemos encontrar ciertos tópicos que los diferencien, e identifiquen sus principales características, que hacen que cada uno presente una visión diferente, tanto en su fundamentación filosófica como su papel dentro de un sistema jurídico. Tenemos que los derechos humanos se encuentran conceptualizados de una forma mucho más amplia, abarcan la totalidad de derechos que no han sido positivizados, es legitimadora de los derechos fundamentales; es decir, son la base o el punto de partida de los derechos fundamentales³.

Por otro lado tenemos a los derechos fundamentales que no tienen tanta amplitud, ya que estos posee un sentido más estricto y preciso; describen el conjunto de derechos, obligaciones, libertades e igualdades, que son garantizadas por el derecho positivo. Son derechos humanos con una categoría descriptiva, superior o fundamental, es decir, constitucionalizados, ya que la fundamentalidad de un derecho se origina desde el primer instante que se le da en la positivización⁴. Gracias a las fuentes internacionales, a los derechos no positivizados al bloque de constitucionalidad (conjunto de normas y principios que no estando dentro de la constitución, hacen parte de ella), hay muchos derechos que se han ampliado y que han sido de gran importancia.

2. DESARROLLO

2.1 TEORÍA PRETORIANA Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN COLOMBIA

En Colombia es necesario que se desarrolle una dogmática constitucional de los derechos

³ TULLIO E. CHINCHILLA. ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales, 2 edición editorial Temis, Bogotá, p 106. Colombia. 2009.

⁴ Op., cit. P 107.

fundamentales, la corte constitucional como máximo tribunal para la integración y unificación de estos derechos debe ser la llamada a construir tal doctrina o dogmática, si analizamos como es el desarrollo normativo en nuestro orden jurídico constitucional se consolida este como un *derecho pretoriano*⁵, es por eso necesario adentrarnos a lo que autores como TULLIO E. CHINCHILLA define como *iuspretorium* para indicar el desarrollo integrativo de la jurisprudencia de la corte constitucional, para mirar la evolución sistemática de una doctrina constitucional y por ende esa dogmática de derechos fundamentales. A la hora de dicha construcción debemos acogernos a la *garantía reforzada*⁶ de los derechos fundamentales, esta se ejercita frente al poder social de los particulares, contra las autoridades judiciales y administrativas, contra un poder legislativo y político, debido a los rasgos morales y éticos de la noción de derechos fundamentales entendidos estos, como derechos humanos positivizados, consagrados en una carta de derechos, en estatuto fundamental de un estado o territorio CHINCHILLA define que es un derecho humano: “*en este terreno podríamos definir un derecho humano como el supremo poder de reclamación moral que puede formular toda persona humana a la comunidad en la que convive y aun a la humanidad entera*”.

Lo que nos lleva a pensar no solo el derecho que tiene ese ciudadano de reclamar por vías judiciales la protección y por ende la tutela de algún derecho, esto va más allá, es un control en la conciencia del imaginario colectivo, donde los pesos y contrapesos de una democracia serán los contruidos por la discusión racional de los

⁵ El reconocimiento que se le da por parte del autor citado, TULLIO E. CHINCHILLA. ¿que son y cuáles son los derechos fundamentales?, 2 edición editorial Temis, Bogotá, Colombia. 2009, oct., pp. 149 y ss. Es aquel según el cual, los derechos fundamentales en Colombia han recibido un tratamiento jurisprudencial por parte de la corte constitucional, por el mismo carácter de ser estas normas o disposiciones superiores, más que un desarrollo normativo de tipo legislativo.

⁶ Esta garantía reforzada es aquella que en sentido general, se le dan a los derechos fundamentales en su operatividad fundamental, y el reconocimiento de su protección y amparo por mecanismos judiciales y administrativos, la cual en sentido especial, consolida los llamados fundamentalísimos o súper fundamentales, cuando se cumplen en ellos especiales criterios de racionalidad fundamental.

juicios que consoliden el argumento aceptado por todos, esta garantía reforzada nos lleva a la construcción de los *fundamentalísimos o súper fundamentales*⁷ como un máximo de protección en sentido especial a los derechos fundamentales, para que dicho derecho goce de supergarantías inherentes a la fundamentalidad.

Los criterios que se acogen para el desarrollo de esta teoría son los siguientes: 1) aceptabilidad del argumento, esto es aquellos en los cuales se consolida la fundamentalidad que le da a el derecho para que ese sea amparado por vía de tutela, ante un juez que reconozca como tal la protección de dicho mecanismo para el efectivo ejercicio de un derecho fundamental. 2) discutibilidad reconocida, que en los eventos en los cuales esa discusión a porte al debate de fundamentalidad, va a generar cargas en la aplicabilidad de los mismos, lo que le permite que tan discutible o no es el derecho que se quiere proteger. 3) exigibilidad, que dicha protección sea de tal exigencia que sin esa especial protección se vulneraría flagrantemente un derecho fundamental, menoscabando la dignidad personal, por el solo hecho de la no protección constitucional del derecho perseguido.

2.2 ROBERT ALEXY Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo, cuya historia institucional tiene sus antecedentes más remotos en: el ámbito anglosajón, con la Carta magna de 1215, la Petición de Derecho de 1628, las Leyes de Habeas Corpus de 1679 y el Bill of Rights de 1689; en Norteamérica, con la Declaración de derechos de Virginia de 1776, que es considerada la primera tipificación completa de los derechos fundamentales; y en Francia, con la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano⁸.

7 Aceptando estos como la construcción reforzada de garantías especiales a los derechos fundamentales, estos criterios de racionalidad fundamental, que operan en estos llamados fundamentalísimos o súper fundamentales prioricen la necesidad de tutelarlos en el caso concreto donde se consoliden los criterios de la evaluación de fundamentalidad.

8 ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos

2.3 UNA TEORÍA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Casi todas las disciplinas en el ámbito de las ciencias sociales han abordado la cuestión de los derechos fundamentales y han aportado algo desde su perspectiva. Así, la historia se interesa por sus orígenes, la filosofía por su fundamentación, y la sociología por la función de éstos en el sistema social⁹. También hallamos la perspectiva de la teoría jurídica a la que adscribe ALEXY sus investigaciones y que denomina “*teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental*” para diferenciarlas de otras: como las teorías que se interesan por los derechos fundamentales que ha tenido vigencia en el pasado (teorías histórico- jurídicas) o las teorías sobre los derechos fundamentales en general (teorías teórico-jurídicas) o de las teorías sobre los derechos fundamentales de otros Estados. Aunque lo anterior no quiere significar que no existan conexiones entre los enfoques anteriores¹⁰.

Una teoría de los derechos fundamentales de la Ley fundamental se caracteriza porque es una teoría sobre determinados derechos fundamentales positivamente válidos en un orden jurídico determinado, sea que se plantee problemas que conciernen a todos los derechos fundamentales o en todos los derechos fundamentales de determinado tipo (Ej. los derechos de libertad o igualdad, prestaciones, etc.), y, en ese sentido, es una teoría dogmática jurídica en la que es posible distinguir tres tipos de indagaciones: la analítica, la empírica y la normativa¹¹. La perspectiva analítica se centra en el aspecto sistemático-conceptual del derecho válido (análisis de los conceptos fundamentales, la construcción jurídica, estructura del sistema

fundamentales y la teoría de los principios. Universidad externado de Colombia, Serie de Teoría jurídica y filosofía del derecho, No. 28, Colombia, 2003, pp. 32-33

9 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 27.

10 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. op.cit., p. 28.

11 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 29.

jurídico y la fundamentación sobre la base de los derechos fundamentales). La perspectiva empírica se interesa por el conocimiento del derecho positivamente válido (legislado y judicial) y a la utilización de las premisas empíricas en la argumentación jurídica. Finalmente, la dimensión normativa permite orientar y criticar la praxis jurídica (actividad judicial) y conecta directamente con el carácter práctico de la ciencia del derecho¹².

Según ALEXY, una teoría jurídica general de los derechos fundamentales es una teoría idea que pretende integrar, de la manera más amplia posible, los enunciados verdaderos o correctos (analíticos, empíricos y normativos) y vincularlos óptimamente. Ahora bien, este ideal teórico sólo puede ser alcanzado de manera aproximada por parte de las teorías actuales existentes de los derechos fundamentales¹³, pues, por una parte, no son teorías que involucren las tres dimensiones y que no ofrecen sino hipótesis que pueden constituirse en el punto de partida o de llegada de una teoría amplia, y por otra, constituyen teorías unipuntuales que pretenden remitir los derechos fundamentales a una tesis básica, lo que parece estar en contravía a la idea de que, dada la complejidad de los derechos fundamentales, no parece posible reducirlos a un principio único¹⁴.

Lo contrario a una teoría unipuntual es una teoría combinada que recurre a todas las concepciones básicas de los derechos fundamentales como lo hace el Tribunal Constitucional alemán, lo que a juicio de ALEXY es también contraproducente. La insuficiencia de estas dos formas de teorías puede ser suplida por una teoría estructural¹⁵.

2.4 CONCEPTO FORMAL, MATERIAL Y PROCEDIMENTAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Según ALEXY, a la cuestión sobre que propiedades debe tener un derecho para ser considerado un derecho fundamental se le pueden dar diversas respuestas según se acoja un concepto formal, material o procedimental. El concepto formal considera fundamentales a todos aquellos derechos catalogados así por la constitución positiva de un ordenamiento jurídico. La ventaja de esta concepción es la simplicidad y, su desventaja, que en ocasiones las constituciones establecen derechos fundamentales por fuera del catálogo¹⁶. El concepto material los identifica con los derechos del individuo (libertades negativas o derechos liberales de defensa) como en el caso de SCMITTT para quien sólo los derechos humanos liberales del individuo son fundamentales.

La desventaja de este concepto según ALEXY es su estrechez, al excluir de la esfera de los derechos fundamentales a los derechos de protección y a los derechos sociales que implican acciones positivas del Estado, al igual que derechos políticos tradicionalmente considerados fundamentales como el derecho al voto. Este concepto, sin embargo, acierta en dos cosas: la primera es que los derechos fundamentales los son del individuo y, segundo, que existe una estrecha vinculación entre derechos fundamentales y derechos humanos, y que, por tanto, los derechos fundamentales son derechos humanos positivizados¹⁷ en la Constitución¹⁸. El concepto procedimental establece una relación entre derechos fundamentales y proceso democrático en un doble sentido: por una parte, al establecerse las libertades políticas los derechos fundamentales

12 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 30-32.

13 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, p. 35.

14 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. op.cit., p. 28.

15 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. op.cit., p. 28.

16 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. op.cit., p. 28.

17 ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Universidad externado de Colombia, Serie de Teoría jurídica y filosofía del derecho, No. 28, Colombia, 2003, p. 21

18 Esta vinculación es también problemática debido a la indeterminación del concepto de derechos fundamentales lo que exigiría que previamente se resolviera las disputas en torno a la cuestión de los derechos humano para luego si decidir la cuestión en relación a los derechos fundamentales

garantizan el proceso democrático; pero, a su vez, los derechos fundamentales en su totalidad limitan el proceso democrático al tener carácter vinculante frente a las decisiones del legislador y establecer límites infranqueables para las mayorías políticas¹⁹.

2.5 INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Según ALEXY, La interpretación de los derechos fundamentales sigue en principio las reglas generales de la interpretación jurídica, pero incorpora algunas particularidades, debido a lo extremadamente abiertas e indeterminadas de las normas en que se consagran éstos derechos y, además, a que las decisiones sobre derechos fundamentales tienen implicaciones políticas, pues tocan asuntos relacionados con la legitimidad y la estructura social. Cuando una forma de interpretar los derechos fundamentales se vuelve dominante queda, por lo general, excluida del orden del día de la política²⁰.

2.6 FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA JURÍDICO

Inicialmente, los derechos fundamentales fueron concebidos como derechos de defensa, desde la segunda mitad del siglo XX, se ha considerado que los derechos fundamentales también otorgan al ciudadano²¹ (individuo) un derecho contra el Estado para obtener de éste protección contra las acciones de terceros o para exigir la instauración de un orden y procedimientos necesarios para su disfrute. A pesar de que en algunos sistemas jurídicos se ha llegado al consenso de que existe un derecho al mínimo existencial, subsiste una intensa controversia sobre si los derechos sociales pueden o no ser considerados fundamentales²².

19 ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales, pp.21-28.

20 ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales, pp.34-36.

21 Llama la atención que Alexy no hable de individuo o de persona, sino de ciudadano, por lo menos así aparece en la traducción que estamos utilizando

22 ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales, pp. 36-37

También es debatido el lugar de los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Para algunos el sistema jurídico no es más que una concreción de los derechos fundamentales; la tesis contraria, supone que los derechos fundamentales constituyen un conjunto de garantías limitadas y puntuales. Según ALEXY los derechos fundamentales, son principios materiales que vinculan, por mandato expreso de la ley fundamental (alemana), a todos los poderes públicos y, por tanto, deben ser aplicados en todos los casos relevantes; pero, también tienen validez, en los Estados democráticos, principios formales, como el que versa sobre las competencias del legislador legitimado democráticamente y que restringen las competencias de control que tiene la jurisdicción. Si se tiene en cuenta estas dos clases de principios de puede evitar caer en lo que se denomina “Estado de la jurisdicción constitucional” que niega el principio democrático²³.

2.7 RESTRICCIÓN Y PONDERACIÓN

Un problema en torno a los derechos fundamentales, es si estos derechos pueden ser restringidos. Según ALEXY, los derechos fundamentales pueden limitarse mediante la ponderación entre un derecho fundamental afectado y otro principio contrario, que sirve de justificación para imponer la restricción²⁴.

Cuando se aplican los principios jurídicos aquellas normas que tienen la estructura de mandatos de optimización²⁵ debe utilizarse la ponderación, como aquel procedimiento para interpretar los derechos fundamentales. Teniendo claro que estos ordenan la realización de algo, y ese algo son las posibilidades materiales de la concreción de dicho principio en colisión. Según BERNAL ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. “las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios

23 ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales, pp. 37-38

24 ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales, pp. 38-39

25 BERNAL PULIDO, Carlos. “el derecho de los derechos” universidad externado de Colombia p. – 97. 2008, Bogotá Colombia.

y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados facticos”.

La ponderación entra cuando se presentan colisiones entre principios, y se necesita confrontar el principio con los principios opuestos o las reglas opuestas que lo respaldan, es así como vemos que las colisiones se presentan cuando en el caso concreto un principio está determinado por la norma a aplicarse en el caso real y el opuesto también determina su aplicación. La ponderación es la forma de resolver la incompatibilidad normativa entre normas *prima facie* siendo estas normas de derecho fundamental. Un caso clásico de colisión de principios es el que nos ilustra BERNAL en su obra citada, cuando los padres de una niña se niegan a realizarle una intervención médica en razón a su culto y creencias religiosas, y por otro lado se ve la vida de la menor, ya que si no se le realiza el procedimiento puede estar en peligro la vida. Analicemos este caso: por un lado la confrontación normativa se da en los art. 16 y 19 de de la c.n., que determinan la libertad de cultos y el libre desarrollo de la personalidad, y por otro los art. 11, 44 y 49 de la c.n., que ordenan proteger la vida y la salud de los niños. El juicio de ponderación entra a estructurar un procedimiento para establecer cuál de los dos principios en colisión debe aplicarse en el caso real y concreto, y esto se determina dependiendo del peso que arroje cada principio al realizar dicho método, por eso es importante determinar los grados de afectación y de satisfacción de cada principio para llegar así a la dimensión de su peso en la concreción de la colisión, para llegar finalmente al mandato de optimización de alguno de ellos.

La ponderación es solo una estructura²⁶ que está compuesta por tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación; mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión. Entra así a determinar cuál de los dos principios se deben aplicar al caso concreto estableciendo

26 BERNAL PULIDO, Carlos. “el derecho de los derechos” universidad externado de Colombia op, cit, p. – 98. 2008, Bogotá Colombia.

así unos pasos, para definir el grado de afectación o de satisfacción de uno de los dos principios. La ponderación en su concepto engloba una aplicación racional para determinar los derechos fundamentales, entendidos estos como derechos que gozan de una especial protección no solo por mandato constitucional sino debido a su forma de aplicación en el caso concreto, cambiando totalmente el paradigma de reglas por el de principios en la teoría del derecho contemporánea.

2.8 DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO ORDINARIO

Las relaciones entre derecho constitucional y derecho ordinario y entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria se determinan, según Alexy, por dos factores: la validez formal y la densidad normativa material.

La máxima validez formal, que tiene que ver con la supremacía y la fuerza vinculante que tenga una Constitución y con la posibilidad de que esa vinculación sea controlada por un órgano (Tribunal Constitucional), exige que se delimite, con cierta precisión y claridad, el material normativo sobre el que se ejerce este control; de lo contrario, cuando la densidad normativa material es ilimitada, surgen problemas. De allí que KELSEN defendió la existencia de la Corte Constitucional siempre y cuando se precisara los principios, directivas y restricciones que esta puede controlar, pues principios como la igualdad y la libertad podrían jugar un papel peligroso²⁷.

En Alemania, sin embargo, luego de expedida la Ley fundamental sobrevino una expansión de los contenidos constitucionales materiales. En especial hay que hacer alusión a la sentencia en 1958 sobre el caso Lüth en el que se consignan tres ideas sobre los derechos fundamentales que han constituido un lugar común independiente de que se acepten o no. La primera afirma que el catálogo de derechos fundamentales no establece únicamente derechos de defensas sino

27 ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales, pp. 41-42

todo un sistema de valores y normas objetivas (principios o valores)²⁸. La segunda sostiene que los derechos fundamentales (principios) vinculan a los tres poderes públicos y pueden aplicarse a cualquier asunto jurídico y tienen un poder expansivo o irradiador en todas las áreas del derecho (fuerza expansiva de los principios). La tercera y última idea presupone que los valores (principios) tienden a entrar en colisión y ello exige una ponderación de bienes (principio de ponderación)²⁹.

2.9 CONSTITUCIONALIZACIÓN DIRECTA E INDIRECTA Y DOGMÁTICA DE LOS MÁRGENES DE ACCIÓN

Esta expansión del contenido de los derechos fundamentales trae como consecuencia la constitucionalización material del orden jurídico que afecta el funcionamiento y las decisiones de los poderes públicos. En la jurisdicción ordinaria se da una especie de constitucionalización indirecta o formal que trae como consecuencia que cada aplicación irregular del derecho sea también inconstitucional. Pero también puede hablarse de constitucionalización material o directa, y en este caso se plantean los mismos problemas entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional que surgen cuando se trata de la relación entre el tribunal constitucional y el legislador.

La constitucionalización material ha sido objeto de ataque por varios autores BÖCKENFORDE, sostienen que, con la transformación de los derechos fundamentales en principios que tienen la máxima jerarquía en el ordenamiento jurídico, la constitución deja de ser un simple orden marco, que guía la actividad del legislador político, y se convierte en el orden jurídico fundamental que debe ser aplicado por el tribunal constitucional mediante ponderación, lo que trae como consecuencia el tránsito de un estado legislativo a un estado jurisdiccional en el que el proceso político democrático carece de

28 articulando el postulado de Kelsen sobre la validez formal a la tesis de Smend de que los derechos fundamentales constituyen un "sistema cultural de valores".

29 ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales, pp. 43-46

significado³⁰. FORTHOFF argumenta que si la Constitución contiene todo el orden jurídico esta constituiría un "huevo jurídico originario" que determina por completo las decisiones de la de la jurisdicción ordinaria³¹.

Según ALEXY, se pueden hacer frente tanto a los errores y peligros de esta constitucionalización (sobreconstitucionalización e infraconstitucionalización) apelando a la dogmática de los márgenes de acción, estrechamente vinculada con la idea de la Constitución como orden marco y, para algunos, opuesta a la idea de Constitución como orden fundamental (BÖCKENFORDE). No obstante para ALEXY, en este caso pueden ser compatibles³².

El concepto de orden marco supone que una Constitución establece un marco de competencia al legislador prohibiendo u ordenándole algo y confiando lo demás a su discrecionalidad. Lo prohibido es lo constitucionalmente imposible, lo ordenado es lo constitucionalmente necesario y lo discrecional es lo constitucionalmente posible. Lo imposible o prohibido y lo necesario u ordenado conforman el marco dentro del cual se ubica lo discrecional o posible, que es lo que conforma el margen de acción. La idea de Constitución como orden fundamental puede verse desde una perspectiva cuantitativa o cualitativa. En sentido cuantitativo se considera que la constitución es un orden fundamental si no permite la discrecionalidad del legislador y establece para toda situación una prohibición o un mandato (huevo jurídico originario). La constitución como orden fundamental se opone a la idea de orden marco, lo que no sucede con la perspectiva cualitativa de orden fundamental. En este caso se considera que la constitución es un orden fundamental porque resuelve aquellas preguntas que resultan fundamentales para la comunidad y que deben estar resueltas en la Constitución (orden fundamental) y deja, sin embargo, muchas preguntas sin responder

30 BÖCKENFORDE, Ernst Wolfgang. Estudio sobre el Estado de derecho y la democracia. Ed trota Madrid, 2000.

31 ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales, pp. 50-51

32 ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales, pp. 51-54

y, por tanto, ser un orden marco. Subsiste, no obstante, la cuestión de saber que asuntos son fundamentales y cuáles no. Para Alexy, estos son problemas que caen en el ámbito de las teorías materiales de la constitución, la dogmática general y de los derechos fundamentales³³.

2.10 MÁRGENES DE ACCIÓN ESTRUCTURALES Y MÁRGENES DE ACCIÓN EPISTÉMICOS

ALEXY distingue además entre márgenes de acción estructurantes y márgenes de acción epistémicos. El margen de acción estructurante lo constituye aquello que no está ni ordenado ni prohibido definitivamente y que la constitución ha establecido como discrecional; por tanto, allí donde comienza el margen de acción estructural cesa todo control constitucional. El margen de acción epistémico, hace alusión a los límites para conocer los límites de Constitución; esto es, lo que ella prohíbe u ordena o no ordena ni prohíbe. Existen tres márgenes de acción estructurantes: el margen para la fijación de fines, el margen para la elección de medios y el margen para la ponderación; por su parte, los márgenes de acción epistémicos, pueden estar referido al margen de acción cognitivo de tipo empírico o al margen de acción cognitivo de tipo normativo³⁴.

Los límites del margen para la fijación de fines dependen del principio de proporcionalidad. El legislador puede perseguir todos los fines que el derecho fundamental no prohíba en sí mismo (prohibición en abstracto) y este margen no se refiere únicamente a la elección de los fines sino también a la determinación de la medida de su realización³⁵. Los márgenes de elección de medio operan cuando las normas de derecho fundamental prohíben ciertas intervenciones legislativas y también ordenan la ejecución de ciertas conductas positivas, como en el caso de los deberes de protección. En este caso puede suceder que el legislador persiga un fin y se

33 ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales, pp. 54-56

34 ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales, pp. 54-56

35 ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales, p. 60

encuentre con que varios medios son igualmente idóneos para lograrlo, caso en el cual goza de discrecionalidad para elegir el medio; pero en el caso en que varios de esos medios tienen un efecto negativo sobre otros fines o principios o cuando es incierto si todos los medios benefician al fin perseguido o lo perjudican³⁶.

El margen de la ponderación es la parte esencial de la dogmática constitucional como marco y se identifica con el tercer subprincipio del principio de proporcionalidad. Los dos primeros subprincipios (idoneidad y necesidad) permiten establecer un marco constitucional al legislador y optimizar el derecho, debido a que estos dos principios no buscan nada distinto a la máxima realización posible de los principios relevantes en cada caso en relación con las posibilidades fácticas (óptimo de PARETO). La optimización busca mejorar la posición de una parte sin empeorar la posición de la otra, pues no es razonable el sacrificio innecesario de un derecho fundamental³⁷. La ponderación no lo determina todo ni lo admite todo, de ser así perdería su carácter de marco. En el primer caso la Constitución sería un huevo jurídico originario (FORSTHOFF) y el papel de la corte constitucional no tendría limitaciones, pues no sólo podría sino que tendría el deber de inmiscuirse en todos los asuntos. En el segundo caso, si la Constitución lo admitiera todo, la Corte estaría habilitada para decidir sobre todo de la manera como quisiera, sin vinculación material alguna con la Constitución.

3. EL NUEVO JUEZ DE TUTELA Y SU PAPEL COMO PRINCIPAL PROTECTOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A partir de la nueva constitución, es decir, la carta de derechos de 1991, la corte constitucional, nueva en Colombia, nace como supremo juez del orden constitucional, máximo guardador de la constitución, y ante todo protector principal de los derechos fundamentales. Con esto la nueva postura que debe adoptar el juez de tutela va a

36 ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales, p. 61

37 ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales, p. 62-

hacer primordial para la garantía de los postulados del estado social de derecho. En esta búsqueda se discute si el nuevo juez de tutela en su tarea de interpretar aquellos derechos constitucionales, que cumplen con las condiciones para que sean vistos como fundamentales, operando más como un legislador no político, como un ordenador del gasto público, o como un verdadero operador del derecho en casos de vulneración a los derechos inherentes al ser humano.

Estos poderes del juez, parecen mezclarse con su dinámica institucional, frente al estado de cosas precarias, ante la falta del dinamismo de algunas entidades públicas, ante el desasosiego de problemas sociales, que a menudo se roban la atención en una realidad devastadora para la población civil. Si bien la corte ha querido una nueva búsqueda por el respeto de dichos postulados y asegurar las garantías sociales, para ser un protagonista principal de esta realidad, siguiendo la explicación de CHINCHILLA³⁸ para la correcta solución de la inequidad social “la corte constitucional ha entrado en la búsqueda de la justicia material como principio informador del estado social de derecho, se ha situado más cerca de una realidad socioeconómica caracterizada por la insatisfacción de necesidades básicas en gran porcentaje de la población y ha mostrado el compromiso ético con la defensa de los derechos humanos y la especial sensibilidad hacia ellos que debe desarrollar el juez de tutela.” Es así, como se muestra que en la actualidad, se busca una justicia constitucional más incluyente con el modelo económico del país, con su política y postulados sociales, en el marco de la desigualdad, por gran parte del sector poblacional.

El aporte del juez de tutela, vital a la hora de responder a estos problemas y realidades sociales, no puede ser como aquel mero espectador, o convidado de piedra, a un escenario que cada día se acrecienta para el mayor número de familias colombianas. Una de las posibles soluciones que se vislumbran, en el campo de aplicación de los derechos fundamentales, y por ende, en

38 CHINCHILLA, tulio, ¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales? op.cit pág. 162. Segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2009.

la acción y justiciabilidad de tutela, se debe, a que en Colombia no se siguió con el modelo alemán y español, de manera exacta en lo referente a la fundamentalidad de los derechos constitucionales, pues no es taxativamente que se resuelve esta inquietud, esta tarea se le ha dejado al juez de tutela, para que con base en los criterios aportados por la jurisprudencia constitucional, y haciendo uso de su labor interpretativa, argumentando racionalmente, para así de manera discrecional pueda tutelar derechos que inicialmente no figuraban como fundamentales.

En este orden constitucional, el mismo sistema jurídico arroja las respuestas a interrogantes de practica o de efectividad, reflejado en la justicia material, es así como se sigue esta argumentación, como los presenta CHINCHILLA³⁹ “en el logro de este cometido, la intuición ética y la capacidad para percibir atentados a la dignidad humana representan valiosas habilidades que deben guiar al operador jurídico para la correcta solución; y así, una vez identificada una situación de arbitrariedad, indolencia estatal, injusticia evidente, de atentado contra la dignidad esencial del ser humano, lo demás es una labor discursiva de argumentación racional sobre principios y valores a fin de ubicar el derecho lesionado y demostrar su fundamentalidad.” En esa nueva postura que se le pide al juez de tutela, en su desempeño como protector de los derechos fundamentales, incluso su actividad judicial no puede quedar relegada del examen de fundamentalidad, y su escogencia de los criterios calificadores de jerarquía fundamental, es así, como la corte constitucional ha desarrollado la sistemática, y especial dogmática, para la elaboración del papel que debe tomar el juez constitucional de tutela, a saber “ el juez de tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalista o axiológica para desentrañar, en el caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que no podría denominarse una especial labor de búsqueda, científica y razonada, por parte del juez.” (Sent. T-002 de

39 CHINCHILLA, tulio, ¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales? op.cit pág. 162. Segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2009

1992). La corte aquí destaca, que solo el juez con ayuda de sus herramientas jurídicas, puede establecer, que derecho o no es fundamental, destacando una labor de búsqueda, es decir, no solo el juez como intérprete del derecho, sino como un investigador, que usa un esquema de inferencia lógica, y mecanismos que determinen con veracidad, su resultado en una sentencia de tutela, que fundamente el fallo.

Como alcance y naturaleza del mismo derecho que estudia (el juez de tutela), y en cuya mención examina, los criterios de fundamentalidad, para adoptar así su postura y construir el alcance de derecho fundamental, en la sentencia T-439 de 1992, la corte constitucional presenta el sentido que debe tener el juez de tutela a la hora de mirar estos derechos (derechos fundamentales), *“el juez de tutela debe tener una especial sensibilidad por los derechos fundamentales y su efectiva protección, para lo cual no basta limitarse a argumentos lógicos o probabilísticos.*

Debe apreciar las circunstancias del caso en su temporalidad e historicidad concretas.” Se refleja, como la corte hace hincapié, en las circunstancias del caso concreto, para que un derecho constitucional, pueda ser catalogado como fundamental, como la vulneración o grave afectación de otro derecho, en este caso uno fundamental, además, las circunstancias en las que el sujeto o el individuo titular del derecho se encuentre, como una situación económica precaria, o situaciones de riesgo inminente para su vida y su núcleo familiar. Cabe resaltar la importancia del contexto o momento histórico concreto, en los cuales los hechos relevantes en estudio van a permitir, con mayor claridad un concepto favorable de fundamentalidad.

En ese papel protector del juez de tutela y su constante labor garantista, también se miran otros aspectos para la resolución positiva de los derechos fundamentales, y es el caso del precedente constitucional, así lo ilustra CHINCHILLA⁴⁰, *“en resolución, del juez de los derechos fundamentales se exige un manejo*

40 CHINCHILLA, tulio, *¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales?* op.cit pág. 164. Segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2009

argumentativo riguroso, especialmente sobre disección de hechos y precedentes relevantes, por las siguientes razones: a) debe acertar al escoger el precedente que regirá el caso sub iudice; b) debe demostrar las razones que lo llevan a apartarse de la ratio decidendi de un precedente que en principio lo obliga, caso en el cual las únicas razones atendibles son las que se refieren a las particularidades fácticas del caso y que justifican no aplicar el precedente (no pueden ser razones para discrepar de la doctrina constitucional)”. El desconocimiento del precedente, puede acarrear graves inconvenientes, como es la misma tutela contra sentencias que lo desconoció en principio, por eso el juez que se aparta del precedente debe argumentar de manera sólida, de las razones en las que se aleja de dicha disposición que lo obliga, y si su argumentación fundamenta si no se aplica el precedente en ese apartado de la doctrina constitucional vigente, la sent T-1385 de 2005 dispone *“al tipificar la conducta de inobservancia del precedente como una de las modalidades de vía de hecho judicial que amerita tutela contra sentencias judiciales, la corte constitucional la definió así: desconocimiento del precedente. En aquellos casos en los cuales la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada variaría, si hubiera atendido a la jurisprudencia.”* A la hora de proteger los derechos fundamentales no se deben escatimar esfuerzos, ni ahorrar iniciativas de fortalecimiento de los mismos, en la búsqueda de un orden social, y de la consecución de una justicia material, el papel que debe adoptar el nuevo juez de tutela, debe ser activo frente a los desafíos que arroje en sintonía con los problemas sociales, en el mismo orden o marco constitucional, si vemos que el sistema jurídico, se enfrenta hoy a una encrucijada, para determinar así con mayor efectividad el alcance de los derechos fundamentales frente a todo el conglomerado, al postular al juez de tutela como garante principal de los derechos que protegen los intereses del hombre como individuo.

Ampliando esta concepción, de los derechos fundamentales en su relación humana, como

más allá de un todo, frente a un colectivo, la sent T- 406 de 1992 ratifica este compromiso que deben mostrar los jueces y por ende su nuevo papel frente a la protección de derechos fundamentales, *“el juez, en el estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. Esta nueva relación entre derechos fundamentales y jueces significa un cambio fundamental en relación con la constitución anterior; dicho cambio puede ser definido como una nueva estrategia encaminada al logro de la eficacia de los derechos, que consiste en otorgarle de manera prioritaria al juez, y no ya a la administración o al legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales”*. Este cambio de visión es importante, para la consolidación de los derechos superiores en el estado social, porque el protagonista principal no va a hacer ya la administración o el legislador, la responsabilidad de la eficacia de los derechos fundamentales, como ejecutivo que opera los recursos destinados para el gasto de estos derechos en su ardua labor, pero no imposible de proteger los derechos inalienables de las personas, el juez debe asumir esta tarea con compromiso y tesón, para que su desempeño sea el óptimo a la hora de balancear los derechos y sopesar razones que fundamentan una decisión CHINCHILLA, refleja esta posición como una capacidad de coherencia con los criterios que utilice el juez a la hora de decidir sobre derechos fundamentales, así *“en todo caso, será un juez con capacidad de aplicar al caso concreto un criterio normativo de textura abierta – casi toda norma de derecho fundamental lo es -, y cuyo contenido viene dado ante todo en principios, muy poco en reglas, e incluso a veces en estándares (derechos morales). Por ello mismo será un juez sensible ante la arbitrariedad y el sufrimiento remediable, comprometido con los derechos fundamentales y la dignidad humana. Un juez que debe aportar su poder decisorio a la construcción de un “orden social”, económico y político justo”* (preámbulo). ¿Será el llamado juez militante? ¿Debería sentirse más un reformador social (un licurgo o un solón) en pos de “la justicia material” que un computador de última generación? Es ese el

compromiso del juez de tutela, dado que en la búsqueda de la tan anhelada justicia material, están en juego factores sociales, que indican que la justicia constitucional posmoderna, debe aportar soluciones concretas a los problemas y dificultades sociales, en el ámbito de los derechos fundamentales depende de esa especial visión que sobre ellos se tenga, para la alcanzar los postulador en pro de esa justicia material.

3.1 CONDICIONES ESPECIALES O SITUACIONES DE AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En condiciones especiales o situaciones de afectación, del menoscabo personal, la T-571de 1992, plantea y desarrolla el criterio de conexidad, así como su determinación normativa, por desarrollo jurisprudencial, *“el carácter fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana. Según la doctrina constitucional, la fundamentalidad de un derecho no depende solo de la naturaleza del derecho, sino que se deben considerar las circunstancias particulares del caso. La vida, la dignidad, intimidad y la libertad son derechos fundamentales dado su carácter inalienable. En cambio, la seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley, que en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales.”*

Son cuatro las características que señalan este concepto de la corte, las podemos enumerar así, la primera, señala que el carácter fundamental de un derecho, no depende de su ubicación dentro de un texto constitucional, nos indica que un derecho es fundamental en sí mismo, por su propia naturaleza, porque así ha sido aceptado socialmente por un conglomerado, y porque los que allí viven en sociedad lo han reconocido como tal, no es exclusivo de una condición normativa, en una carta de derechos, pues esta va más allá del hombre como tal, su

carácter es universal. La segunda característica se asemeja a la primera, en señalar, que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana. Por su propia condición el ser humano goza de estos derechos, no se necesita de un contrato que así lo diga, sino solo por la condición humana gozamos de derechos fundamentales. La tercera característica se refiere, a que un derecho no solo es fundamental por su naturaleza, sino por las consideraciones particulares del caso, estas circunstancias son las de vulneración o afectación de derechos iniciales, que por vulneración de derechos que no son fundamentales, pueden afectar a aquellos que sí lo son, y por tal motivo su no protección y guarda, puede afectar derechos fundamentales. La cuarta y última característica señala, que hay un derecho que debido a su importancia, son imprescindibles para la vigencia de otros derechos fundamentales, va ligado al criterio de conexidad, que protege derechos fundamentales por la afectación de otros derechos, como los sociales y colectivos, que necesitan de un especial tratamiento para que no sean desprotegidos, en relación con derechos dicha categoría de reconocimiento. Por ultimo siguiendo la explicación de la T-571 de 1992 esta explora el concepto de los llamados derechos fundamentales por conexidad: *“los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si fueren protegidos los primeros en forma inmediata se ocasionaría la vulneración o amenaza del segundo. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental adquiera esa categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida”*. Lo que se pretende es que la afectación no se extienda a derechos iniciales, que si tienen la categoría de fundamentales, y la estrecha conexión que existe entre ambos derechos, es la determinante para otorgarle el carácter de fundamental al segundo derechos, y tutelarlos a través de la acción de amparo (acción de tutela).

3.2 CRITERIOS ADICIONALES DE REFUERZO

además de los anteriores, se establecen los criterios adicionales de refuerzo, con los cuales la corte constitucional, protege aún más los derechos fundamentales, como es el caso del art. 93 c. n. con la consagración de algunos derechos en tratados y convenios internacionales, que regulan derechos humanos, con carácter prevalente para una mejor justiciabilidad de los mismos, y los que consagra el art. 377 c. n. frente a los derechos del capítulo I del título II a las eventuales veleidades autoritarias del poder constituyente delegatario. Por último se establece el criterio de conexidad; según el cual permite atribuirle el carácter de fundamental a un derecho que inicialmente no ostenta dicha condición, la relación nace cuando el segundo derecho, puede ser un derecho social, presenta una estrecha conexión con un derecho subjetivo clásico o de los denominados de primera generación, como la vida, o la dignidad humana, debido a especiales circunstancias del caso concreto, se le atribuye la condición de fundamental la segundo derecho, para que este sea protegido y amparado por acción de tutela. CHINCHILLA⁴¹ lo señala como *“verificación (test) de fundamentalidad en el caso judicial concreto”*. “Se le denomina relación de conexidad y permite al juez verificar en el caso judicial concreto de tutela si un derecho social, económico o colectivo (no fundamental en principio) se convierte en fundamental por la íntima conexión fáctica que tiene con otro derecho fundamental en sí mismo (acorde con los criterios ya vistos). Si tal comprobación fáctica es positiva, procede entonces tutelarlos porque se ha fundamentalizado, pero solo para ese caso específico.” Lo que señala tal criterio es que en el examen de fundamentalidad del derecho, para que este sea tutelado, se van a observar, aquellas circunstancias especiales, que solo en el caso concreto califican el derecho como fundamental, para una especial protección, se construye una vía de posibilidad para el amparo del derecho, aunque este inicialmente no ostente el carácter de fundamental, sea por que no ha sido así

41 CHINCHILLA, tulio, ¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales? op.cit pág. 156. Segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2009.

previsto por rango constitucional, o porque no se acoja a los criterios formales y materiales antes mencionados.

Este criterio de conexidad, opera como una nueva ayuda de naturaleza probatoria, en aras de establecer una verificación a la hora de constatar el derecho examinado en las circunstancias del caso concreto, “*se trata de un criterio destinado a operar no como demostración discursiva, sino como verificación*”⁴², así lo planteo CHINCHILLA⁴³ al distinguir tal carácter como distinción en su propia naturaleza, “*este criterio de conexidad da lugar a una nueva fundamentalidad y permite a ciertos derechos que en principio no ostentan la calidad de fundamentales por no reunir los anotados criterios (no ser inherentes al ser humano, no ser derivación directa y necesaria de la dignidad, la libertad o la igualdad básica, no haber sido señalados como tales en el texto constitucional, no tener eficacia directa ni contenido esencial definido, etc.), llegar a ser tutelados como si fuesen fundamentales, dada su estrecha e inescindible relación con un derecho que si lo es, por cuanto llena con creces los anotados criterios de fundamentalidad originaria.*” Permite desarrollar el concepto de fundamentalidad al juez, basándose no solamente en la norma constitucional, o en la jurisprudencia de la corte, sino en el terreno propio, concediéndosele un poder discrecional, al determinar con unos pasos, tutelar un derecho que inicialmente o en principio no se mostraba como fundamental, la salvaguarda de un derecho fundamental, catalogado así por su propia naturaleza, permite que otro derecho que no ostenta tal condición pueda ser tenido en cuenta en el examen de fundamentalidad, como ejemplo se tienen los avances de nuestro derecho constitucional, hoy en día visto desde el postulado del estado social de derecho, como lo ilustra CHINCHILLA⁴⁴, “*gracias a este criterio*

42 CHINCHILLA, Tulio, ¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales? op.cit pág. 156. Segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2009.

43 CHINCHILLA, Tulio, ¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales? op.cit pág. 157. Segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2009.

44 CHINCHILLA, Tulio, ¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales? op.cit pág. 157. Segunda

– verdadera originalidad del constitucionalismo social colombiano – podría un juez, por ejemplo, ordenar una cirugía estética para corregir alguna señal desagradable en el rostro de una persona cuyo trabajo le exige una apariencia física adecuada (v. gr., una vendedora de productos cosméticos). Y ellos a pesar de que la jurisprudencia niega el derecho a cirugías estéticas como contenido esencial del derecho a la salud. En este hipotético caso la salud estética se conecta directamente con el derecho al trabajo.”

Este criterio ha permitido otra mirada a los derechos de contenido prestacional o de orden económico, como los derechos sociales y colectivos. Derechos que no gozan de una fundamentalidad autónoma, pero gracias a este concepto han adquirido el carácter de fundamentales por su conexidad con otros derechos, se estableció como forma de darle aplicación material a los derechos con cierto grado de vulneración y de presunción de afectación con derechos que si ostentan el carácter de fundamentales. En la apreciación de los derechos fundamentales, reconocidos así de manera expresa por la constitución, la T-406 y la T-426 de 1992, establecieron como parte de la naturaleza del criterio de conexidad, “como criterio factico la conexidad debería ser objeto de demostración y prueba – al menos sumaria como corresponde a un proceso tan breve – y se confirma según las circunstancias propias de los sujetos y los bienes que estén de por medio en la situación específica por decidir, se trata sostuvo la corte – de un método del caso concreto⁴⁵. Solo las circunstancias del caso concreto permiten establecer con certeza las posibilidades de determinar la fundamentalidad de los derechos, como lo señalo la corte en las sentencias antes mencionadas, no dejo tan abierta la puerta a la discrecionalidad del juez, en el mismo otorgamiento y practica de sus poderes como juez constitucional de tutela, al indicar que el criterio de conexidad en los casos concretos, se aplicarían para la determinación del mismo derecho por su

edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2009

45 CHINCHILLA, Tulio, ¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales? op.cit pág. 158. Segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2009

propia naturaleza y sentido, para un refuerzo de esto, para la realización del derecho, permite indicar, al decir de CHINCHILLA⁴⁶ como conexidad presunta de los derechos sociales con los inicialmente fundamentales *“para la correcta apreciación de la conexidad en el caso concreto, la corte constitucional estima valido echar mano de un subcriterio denominado “criterio de realidad social”, que invita a tomar en cuenta la situación real de un grupo social o sector de población a la que pertenece el sujeto afectado, a fin de valorar el virtual peligro en que puede hallarse el derecho fundamental de una persona perteneciente a este sector social (criterio este muy relacionado con el postulado del estado social).”* este subcriterio que engloba el de conexidad, permite mirar con lupa, el problema social que afronta el individuo titular del derecho, permitiendo con mayor certeza encontrar la vulneración o la afectación del derecho fundamental inicial, para que dicha situación no siga desarrollándose y se logre una medida real que restablezca las condiciones de vida digna y se tutele de manera efectiva el derecho de la persona.

CONCLUSIONES

Compartimos el concepto de un derecho humano, como el supremo poder de reclamación moral que puede formular toda persona a la comunidad en la que convive y aun a la humanidad entera. Desde el punto de vista del derecho natural los derechos humanos son aquellos que van de la mano con el hombre por su propia condición, en la constitución se refleja con el derecho a la dignidad humana, seguidamente con la vida como valores supremos dentro de una sociedad. Desde la visión positivista los derechos humanos son derechos fundamentales como verdaderos mandatos de optimización, que posibilitan la exigibilidad de estos derechos, en la búsqueda de una efectiva justicia material. Además la teoría de los principios, desarrolla la idea de establecer los derechos fundamentales como mandatos de optimización, entendiendo la optimización como los parámetros reales

46 CHINCHILLA, Tulio, ¿Qué y cuáles son los derechos fundamentales? op.cit pág. 158-159. Segunda edición, Temis, Bogotá, Colombia, 2009

y facticos para el desarrollo de los derechos, atendiendo a las posibilidades materiales del caso concreto, esto por un lado. Por otro la teoría de los principios desarrolla los derechos fundamentales como el objeto de la ponderación, para establecer un procedimiento lógico racional, de carácter objetivo, que estableciendo un esquema argumentativo permita que quien decida sea el administrador, aplicador, juez o tribunal de justicia, en este caso el tribunal constitucional o corte. Lo que señala dicho procedimiento son una serie de pasos que basados en herramientas de inferencia estructuren una solución acertada cuando se presenta una colisión de principios que expresan derechos fundamentales, es así como la teoría de los principios ha querido consolidar la idea de la optimización y de la ponderación. Entendiendo la ponderación como una forma de tomar decisiones, consistente en sopesar razones que juegan a favor y en contra de una específica solución, como un modelo que valora y presenta un esquema argumentativo que construye dentro del campo referencial de los derechos fundamentales un método jurídico. Este busca la confrontación de los objetos que se ponderan para llevarlos a una solución material y concreta en la que el resultado va a estar determinado por los pasos que se sigan en dicha construcción.

Podemos establecer que los derechos fundamentales en Colombia han tenido un trato eminentemente jurisprudencial, más no normativo, por el propio carácter de estos derechos. La Corte Constitucional en su anhelo de construir una pedagogía de estos derechos, ha solidificado los criterios según los cuales hoy en día podemos identificar un derecho fundamental. La Carta nos muestra una serie de derechos y sus características de fundamentalidad, esto no quiere decir que estos no sean amparados por vía de tutela judicial. Hemos querido reconocer que la llamada teoría pretoriana de derechos fundamentales identifica el valor jerárquico de los derechos fundamentales. La corte constitucional como supremo intérprete de la constitución y en su tarea de salvaguardarla, ha proyectado una serie de criterios que permiten establecer el carácter

de fundamentalidad para que un derecho sea tutelado, la idea de judicialización de los derechos posibilita dinamizar de un estado en la concreción de sus postulados trascendentales, en el caso de los derechos fundamentales el debate se fragua en la tarea de la corte constitucional en indicar los criterios en el proceso hermenéutico que indique que derecho es tutelable, al art 2 del decreto 2591 de 1991 (regulatorio del procedimiento en la acción de tutela establece: "derechos protegidos por la tutela. La acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una acción de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente como fundamental por la constitución, pero cuya naturaleza, permita su tutela para casos concretos, la corte constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión". Lo que se plantea de un modo más amplio, es que no solo los derechos que están consagrados en la constitución con el calificativo de fundamental, serán susceptibles de la acción de tutela, pues se deben estudiar circunstancias del caso concreto para la consolidación de fundamentalidad con posterior examen de su naturaleza.

El juez de tutela, es el juez natural de estos derechos a la hora de hacer un juicio y construir una decisión aceptada de derecho, debe hacer uso de la fuerza argumentativa de los principios que el mismo sistema jurídico le presenta. Existen criterios para da esta fuerza de esta fundamentalidad en los cuales destacamos:1) aceptabilidad del argumento, esto es aquellos en los cuales se consolide la fundamentalidad que le da a el derecho para que ese sea amparado por vía de tutela, ante un juez que reconozca como tal la protección de dicho mecanismo para el efectivo ejercicio de un derecho fundamental. 2) discutibilidad reconocida, que en los eventos en los cuales esa discusión a porte al debate de fundamentalidad, va a generar cargas en la aplicabilidad de los mismos, lo que le permite que tan discutible o no es el derecho que se quiere proteger. 3) exigibilidad, que dicha protección sea de tal exigencia que sin esa especial protección se vulneraría flagrantemente un derecho fundamental, menoscabando la dignidad personal, por el solo hecho de la no protección constitucional del derecho perseguido.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal pulido, 2ª edición, centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, España, 2007.
2. ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*. colección estudios alemanes, editorial gedisa, segunda edición, octubre de 1997, Barcelona, España.
3. ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Universidad externado de Colombia, Serie de Teoría jurídica y filosofía del derecho, No. 28, Colombia, 2003.
4. ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel espejo. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid España, 2007.
5. BERNAL, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, tercera edición, 2007.
6. BOKENFORD, Ernst Wolfgang. *Estudio sobre el Estado de derecho y la democracia*. Ed trota Madrid, 2000.ERNAL, Carlos, el derecho de los derechos, universidad externado de Colombia, Bogotá, quinta reimpression, 2007.
7. CARRILLO, Yezid, *Problemas y paradigmas de las ciencias sociales y la ciencia jurídica: critica a cientificidad de la dogmatica jurídica*, centro de investigaciones, universidad libre sede Cartagena, Colombia, 2008.
8. CARRILLO, Yezid, *Temas y problemas de la filosofía del derecho*, primera edición, editorial doctrina y ley, Bogotá, Colombia, 2009.
9. MATZON, William, *manual de interpretación jurídica*, cátedra universitaria de hermenéutica jurídica, universidad libre Cartagena, Colombia, 2007.

FUNDAMENTALIDAD Y EFICACIA DEL DERECHO A LA SALUD EN CONTRASTE CON LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO¹

Ahneyenzy Carrillo Velásquez²
Emilio Molina Barboza³

RESUMEN

En nuestro Estado social de Derecho se encuentra categorizado como un derecho social y asistencial el derecho a la salud, lo cual evidentemente debido a la crisis que sufre el Estado social de Derecho por su falta de desarrollo normativo y una verdadera Teoría Jurídica y Política, se ha convertido en ineficaz, falible y casi que intangible, lo que hace que la sociedad Colombiana se encuentre directamente afectada en la prestación de este servicio público. El Estado a nuestro modo de ver no ha asumido coherentemente con lo dispuesto en los principios constitucionales con su responsabilidad de garantizar un derecho tan primordial como el de la salud, que se encuentra íntimamente ligado y por ende inseparable de los derechos fundamentales como, la vida, dignidad humana, mínimo vital, vida digna, igualdad, entre otros.

PALABRAS CLAVES

Fundamentalidad, eficacia del derecho, derecho a la salud, estado social de derecho, derechos fundamentales.

ABSTRACT

In our Social State of Law, the right to good health is categorized as a social assistance right which due to the crisis plaguing such Social State of Law, caused by the lack of policy development and a true Legal and Political Theory, has become ineffective, fallible and almost intangible, thus causing the Colombian society to be directly affected with regard to the provision of this public service. Our view is that our state has not coherently taken responsibility, as established by the constitutional principles, to guarantee such a primary right like the health one which is closely linked to and inseparable from fundamental rights such as life, human dignity, poverty line, a decent life and equality among others.

KEYWORDS

Fundamentality, efficacy of law, right to health, social state of law, fundamental rights.

1 Avance de investigación del proyecto denominado: Los derechos fundamentales en el estado social de derecho, requisito académico para optar por el título de Abogado.

2 Miembro del semillero Derechos Fundamentales adscrito al grupo de investigación: Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales "Phronesis" categoría "C" Colciencias.

3 Miembro del semillero Derechos Fundamentales adscrito al grupo de investigación: Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales "Phronesis" categoría "C" Colciencias.

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la salud debería ser considerado como un derecho fundamental de primera generación, el cual debería tener una aplicabilidad de manera directa, sin necesidad de acudir a la conexidad con algún derecho fundamental o principio constitucional para poder acceder al aparato judicial del Estado, y brindarle la protección eficiente del mismo. Muy a pesar y a falta de doctrinas constitucionales elaboradas por quien esta llamado a hacerla, la Corte Constitucional, entendemos que el derecho a la salud es un pilar en el desarrollo, bienestar y equilibrio de una sociedad. Dado su carácter de inalienable, inseparable, e imprescriptible consideramos de suma urgencia darle su verdadero alcance Constitucional.

2. PROBLEMA

¿Es realmente fundamental el derecho a la salud, estando en crisis el Estado Social de Derecho en la sociedad Colombiana?

2.1 PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO Y ESTADO SOCIAL DE DERECHO

2.1.1 Principios del Estado de derecho. El Estado de derecho surge debido a la necesidad imperiosa de que el gobierno sea de las leyes y no de los hombres, es decir, que las actuaciones realizadas por el hombre en nombre de un Estado estén sujetas a reglas, siendo éstas, entonces, muy superior a la voluntad de quienes gobiernan; limitando de esta manera el poder y controlando sus excesos.⁴Teniendo en cuenta esto, tenemos que el Estado de Derecho se cimienta sobre unos pilares o principios, que son: el principio de legalidad, publicidad y control.

- a) Principio de legalidad, consiste en soportar todas las actuaciones de los asociados sobre las leyes abstractas y generales previamente establecidas por un órgano que represente los sectores sociales que integran una

4 FERRAJOLI Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Primero edición. Año 2000. Página 66

sociedad, incluyendo la creación y protección de los derechos fundamentales de primera generación, también conocidos según LUIGI FERRAJOLI como prestaciones negativas (derechos que no pueden ser violados por el poder de las mayorías en una democracia).

- b) Principio de publicidad, es de suponer que este principio conlleva a que todas las actuaciones del Estado como las administrativas, legislativas y judiciales, deben ser expuestas a todos los asociados, con esto, se busca que toda una sociedad tenga conocimiento de las actuaciones que realizan los mandatarios, tal como lo establece NORBERTO BOBBIO “El gobierno del poder público en publico”.
- c) Control, todas las actividades desarrolladas por los órganos del Estado, se encuentran sujetas al control jurisdiccional o político, ya sea realizado respectivamente por los jueces o por el legislativo al ejecutivo, o por los electores al legislativo.

⁵No es de menor importancia advertir que el Estado liberal clásico o Estado de Derecho, permite el funcionamiento sin ataduras del mercado⁶.por lo que es natural que exista un sistema capitalista implícito en este modelo de Estado.

Con esto tenemos que el Estado derecho se encarga de garantizar las libertades y derechos fundamentales de primera generación y pregonar por la no intervención y perturbación del mercado en su actividad pública.

2.2 DEFINICIÓN Y CRISIS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado social de derecho es la evolución del Estado de derecho, este no solamente comparte la protección de los derechos fundamentales

5 FERRAJOLI Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Primero edición. Año 2000. Página: 67

6 Cuando Ferrajoli hace referencia al mercado, se refiere al sector privado o empresas privadas de una sociedad)

de primera generación, si no que se propone garantizar los derechos sociales o también denominados como lo establece ⁷LUIGI FERRAJOLI “Prestaciones positivas” que son el derecho a la salud, al trabajo, a la seguridad social, vivienda, entre otros.

El Estado debe velar por garantizar, controlar y proteger estos derechos fundamentales de segunda generación. Esto lo vemos plasmado en la Sentencia T-495/10 de la Corte Constitucional que dice:

“Con el establecimiento de un ESD (Estado Social de Derecho) se está optando por una visión material –no meramente formal– de la igualdad, todo lo cual queda reforzado con la consagración de derechos sociales en el ordenamiento constitucional. Lo anterior, a través de “acciones afirmativas” a favor de quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta o de aquellos grupos de personas que históricamente han sido discriminados. Así: la antigua visión formal del principio de igualdad, conservadora en el sentido de que servía para garantizar el status quo de cada cual, da paso a una visión transformadora de la sociedad, que protege los sectores más desfavorecidos y puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial.”

Sin embargo, cabe resaltar que se ha convertido en ineficaz estos presupuestos anteriormente mencionados, debido a que no existe:

⁸“Una Teoría del Derecho del Estado Social, ni mucho menos una Teoría política del Estado social de derecho. No se produce una estructura institucional

garantista (...) ⁹de los nuevos derecho sociales correspondientes a la nuevas funciones y prestaciones del Estado.”

Sin dejar de mencionar que sobrevive en vista de lo anterior la fisonomía del Estado de derecho análoga al Estado social de derecho, dando como resultado la convivencia de ambos modelos de Estado, ligados por los mismos principios y políticas de orden económico, esto es “la no intervención del Estado en el mercado”.

Es aquí donde surge la crisis del Estado Social de Derecho,

¹⁰“con el cambio del papel del Estado introducido por el ¹¹welfare state. La crisis concierne, en ese sentido a las dos principales funciones del welfare state – el gobierno estatal de la economía y las prestaciones públicas de naturaleza social y asistencial– que se muestran, ambas políticamente refractarias y, en alguna medida, objetivamente incompatible con las formas tradicionales demasiado rígidamente vinculadas y vinculantes, del Estado liberal de Derecho.”

Es decir, los derechos sociales y asistenciales inherentes al Estado social de Derecho terminan siendo incompatibles con las políticas públicas determinadas por un Estado Neoliberal que en su afán de delegar sus obligaciones constitucionales a entidades privadas convierte los derechos sociales y asistenciales en un negocio y no en un servicio público, perdiendo su verdadera identidad.

Es importante resaltar:

¹²“welfare state se basa en el positive feedback, esto es, en el reforzamiento de las desviaciones, según una idea de justicia compensatoria (la idea de que deben ser

7 Prestaciones positiva son aquellos derechos sociales que el poder de la mayoría en una democracia está obligado a satisfacer en el contenido de sus decisiones. FERRAJOLI Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Primero edición. Año 2000. Pág.: 159

8 FERRAJOLI Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Primero edición. Año 2000. Pagina: 68

9 FERRAJOLI Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Primero edición. Año 2000. Pagina:68

10 FERRAJOLI Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Primero edición. Año 2000. Pagina:67

11 Welfare state significa: Estado bienestar

12 FERRAJOLI Luigi. El garantismo y la filosofía del derecho. Primero edición. Año 2000. Pagina:86

compensadas todas las desventajas que recaigan sobre los individuos, provistos de manera desigual por eventos naturales o por las estructuras sociales) que equivale a un programa de ayuda por principio infinito.”

Con referencia a lo establecido anteriormente tenemos que la Corte constitucional en la sentencia T-495/10 establece lo siguiente: “*En el Estado social de Derecho, la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables*”.

Con esto tenemos que el Estado social de Derecho busca de alguna manera remediar estas circunstancias con el objeto de que toda una sociedad se encuentre en igualdad de condiciones, teoría que termina siendo de alguna manera utópica, pues no existe normatividad que estipule cuales son los alcances, límites y procedimientos para que el cumplimiento de estos derechos no dependan de la voluntad discrecional de la administración, trayendo esto como consecuencia el clientelismo y la burocracia.

3. FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS

¹³La fundamentalidad de los derechos, se ha convertido en un problema de suma importancia para los partidarios de la positivización de los derechos fundamentales en un ordenamiento jurídico, ya que estos tienen el interés de saber o conocer cuáles son los derechos con carácter de fundamental que se les reconoce a las personas, pues se han encontrado ciertos vacíos y lagunas a la hora de aplicarse, ya que nuestra Constitución no establece en que consiste esa fundamentalidad de la que tanto hacen mención.

Partiendo de la base de la existencia de los derechos fundamentales, y teniendo en cuenta

13 CHINCHILLA Marco Tulio. ¿Que son y cuales son los derecho fundamentales? Pag:1,2-6

que estos derechos se caracterizan porque tienen un trato especial frente a los demás, tanto en su teoría como en su práctica, la Corte les asigna una protección superior, tanto es así que dicha superioridad se da también frente a los demás órganos ejecutivo y legislativo del Estado; ¹⁴derechos que tienen un trámite especial y dispendioso; derechos que aunque estén en estado de excepción no se pueden suspender; derechos inalienables e inherentes al hombre.

Con una teoría y doctrina constitucional de derechos se podría resolver más fácilmente los conflictos constitucionales que surgen a diario que se refieren tanto a los derechos como a las obligaciones de una sociedad como la nuestra. Por estas razones surge lo que hoy conocemos como Hermenéutica que se origina por la necesidad de interpretar los enunciados jurídicos constitucionales, acudiendo a principios generales del derecho, doctrinas extranjeras (de gran importancia, pero igualmente tienen un contexto social y jurídico distinto al nuestro).

¹⁵Solo cuando se tiene una teoría adecuada se puede dar un alcance más preciso, seguro y claro de una norma o derecho en sí.

Actualmente a la hora de poner en tutela algún derecho fundamental vulnerado, siempre se usan unos conceptos imprescindibles a la hora de hacer la argumentación jurídica, como lo son: conexidad, mínimo vital, vida digna, juicios de proporcionalidad, entre otros. Conceptos que no han sido tipificados constitucionalmente, es decir, son conceptos a los que se ha tenido que acudir por los vacíos que se encuentran al momento de hacer valer un derecho.

Para eso tenemos que:

“cuando no hay ley aplicable a un caso, se aplicaran las leyes que regulan casos o materias semejantes y en su defecto se aplicaran los principios generales del derecho”.

14 CHINCHILLA Marco Tulio. ¿Que son y cuáles son los derecho fundamentales? Pag.1

15 CHINCHILLA Marco Tulio. ¿Que son y cuáles son los derecho fundamentales? Pag:13

En Colombia es necesario que se desarrolle una dogmática constitucional de los derechos fundamentales, la corte constitucional como máximo tribunal para la integración y unificación de estos derechos debe ser la llamada a construir tal doctrina o dogmática, si analizamos como es el desarrollo normativo en nuestro orden jurídico constitucional se consolida este como un *derecho pretoriano*¹⁶ es por eso necesario adentrarnos a lo que autores como TULLIO E. CHINCHILLA define como *ius pretorium* para indicar el desarrollo integrativo de la jurisprudencia de la corte constitucional, para mirar la evolución sistemática de una doctrina constitucional y por ende esa dogmática de derechos fundamentales. A la hora de dicha construcción debemos acogernos a la *garantía reforzada*¹⁷) de los derechos fundamentales, esta se ejercita frente al poder social de los particulares, contra las autoridades judiciales y administrativas, contra un poder legislativo y político, debido a los rasgos morales y éticos de la noción de derechos fundamentales entendidos estos, como derechos humanos positivizados, consagrados en una carta de derechos, en estatuto fundamental de un estado o territorio.

4. FUNDAMENTALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD

Tal como lo hemos desarrollado en los títulos anteriores de este artículo, es claro, que no existe en nuestro ordenamiento una doctrina o dogmática Constitucional referida a la fundamentalidad de un derecho, capaz de resolver el conflicto constitucional, de distinguir

16 El reconocimiento que se le da por parte del autor citado, TULLIO E. CHINCHILLA. ¿que son y cuales son los derechos fundamentales?, 2 edición editorial Temis, Bogotá, Colombia. 2009, oct., pp. 149 y ss. Es aquel según el cual, los derechos fundamentales en Colombia han recibido un tratamiento jurisprudencial por parte de la corte constitucional, por el mismo carácter de ser estos normas o disposiciones superiores, mas que un desarrollo normativo de tipo legislativo.

17 Esta garantía reforzada es aquella que en sentido general, se le dan a los derechos fundamentales en su operatividad fundamental, y el reconocimiento de su protección y amparo por mecanismos judiciales y administrativos, la cual en sentido especial, consolida los llamados fundamentalísimos o súper fundamentales, cuando se cumplen en ellos especiales criterios de racionalidad fundamental.

cuando nos encontramos en presencia de un derecho fundamental. A pesar de lo anterior, hemos considerado en nuestra sana lógica jurídica que el derecho a la salud debe tener la misma categoría de un Derecho Fundamental de primera generación, ya que es un derecho inalienable al hombre, inherente, indispensable, derecho que aunque esté en estado de excepción no se pueden suspender y que se encuentra intimamente ligado al derecho a la vida, a la vida digna, igualdad, dignidad humana, por tanto no se puede comprender como estos pertenecen a una categoría distinta cuando no es posible concebir el uno sin el otro.

El derecho a la salud al igual que los derechos fundamentales de primera generación, debería tener: a) Tramite especial, esto es que el procedimiento para exigir el derecho a la salud debería ser menos riguroso, y sumario, pues cuando un individuo necesita del servicio de salud, aquí lo que esta en juego es su vida, su dignidad humana y su bienestar físico, psicológico y familiar. Y es responsabilidad del Estado velar y garantizar por el bienestar de sus asociados, por mandato Constitucional en sus principios fundamentales. B) Tramite Principal, esto quiere decir que el procedimiento para exigir el derecho a la salud es preferente frente a cualquier otra solicitud de prestación de servicios. C) Tramite Directo. Se debe permitir mediante acción de tutela -como mecanismo constitucional para hacer valer los derechos fundamentales de primera generación que pueden ser vulnerados- garantizar el derecho a la salud sin necesidad del requisito de conexidad con la vida, mínimo vital, vida digna, dignidad humana, etc.

Con respecto a lo anteriormente dicho, Mirta Roses Periago, directora de la Organización Panamericana de la Salud (OPS-OMS), dijo en el periódico el TIEMPO lo siguiente:

¹⁸“Que cada vez que necesitan un servicio tienen que buscar permanentemente el sistema, en lugar de que el sistema los busque a ellos, como debería ser. La

18 http://www.eltiempo.com/vida-de-hoy/salud/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-9536948.html.

salud debería funcionar como un cajero automático: una persona introduce su tarjeta y a cambio recibe un servicio, sin tener que preguntarse por todos los pasos, personas, autorizaciones y empresas que intervienen en el proceso.

El Estado Colombiano por ser un Estado social de Derecho, y teniendo en cuenta lo anteriormente planteado, debería asumir de manera indelegable la prestación del servicio público de la salud, ya que se contraponen a la idea de estar en medio de un capitalismo, producto de políticas neoliberales que solo obligan a las empresas del sector privado a procurar su beneficio económico por encima del servicio de salud. Es así como usualmente observamos la precariedad, negligencia e ineficiencia por parte de las EPS y las EPSS encargadas de organizar y administrar el sistema de salud en Colombia al momento de prestar el servicio a la salud, y es así como día tras día las vemos envueltas en escándalos de corrupción por malas administraciones.

Según la Corte Constitucional en la Sentencia T-495/10 establece lo siguiente:

“La naturaleza esencial de esta clase de derechos es de tipo prestacional, es decir, que requieren regulación normativa para su realización, por tanto no son considerados fundamentales per se ni de aplicación inmediata en sede de tutela.”

Esa postura, superada en la actualidad, fue desarrollada por esta Corporación en Sentencia SU-111 del 6 de marzo de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, que señaló lo siguiente: *Los derechos económicos, sociales y culturales (...) no son de aplicación inmediata, pues*

necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal. Los derechos individuales de prestación, que surgen de la ejecución legal del mandato de procura existencial que se deriva del Estado social, se concretan y estructuran en los términos de la ley. Le corresponde a ella igualmente definir los procedimientos que deben surtir para su adscripción y, de otro lado, establecer los esquemas correlativos de protección judicial.

“No obstante, en reiterada jurisprudencia de esta Corporación, se ha indicado que estos derechos pueden adquirir el rango de fundamentales de tres maneras, (I) por transmutación, (II) por la conexidad con un derecho fundamental o (III) por la afectación del mínimo vital y por lo tanto se hace procedente su protección a través del mecanismo tutelar.”

CONCLUSIÓN

Este artículo es un avance investigativo del semillero de investigación en Filosofía del Derecho de la Universidad Libre de Cartagena. Es por esto que tan solo surgen cuestionamientos como: ¿debería ser el derecho a la salud un derecho fundamental de primera generación, o al menos ser tratado como tal?, ¿son las empresas privadas las encargadas de garantizar el derecho a la salud?, ¿qué tan conveniente es que nuestro Estado social de Derecho pueda delegar su responsabilidad de garantizar el derecho a la salud al sector privado? Estos entre otros cuestionamientos son a los que intentaremos dar respuesta en este proyecto de investigación.

BIBLIOGRAFÍA

1. FERRAJOLI Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*. Primera edición. Año 2000.
2. CHINCHILLA Marco Tulio. *¿Que son y cuáles son los derecho fundamentales?*
3. Corte Constitucional en la Sentencia T-495/10
4. Sentencia SU-111 del 6 de marzo de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

CIBERGRAFÍA

http://www.eltiempo.com/vida-de-hoy/salud/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-9536948.html

CRIMINOLOGÍA Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA

“EL ESPACIO SOCIAL DEL SUR DE BOLÍVAR: POBLAMIENTO Y ASPECTOS DEMOGRÁFICOS COMO ORÍGENES DEL CONFLICTO ARMADO”.

*Compiladores:
Winston Barros , Laura Cadena Pacheco¹*

RESUMEN

En este artículo se pretende, desde el análisis de las subcategorías establecidas por Pierre Bourdieu en sus teorías micro sociales, exponer conocimientos y reflexiones en torno al proceso histórico de formación y transformación de la sociedad regional del Sur de Bolívar como origen del conflicto armado.

PALABRAS CLAVES

Espacio Social, Pierre Bourdieu, Conflicto Armado, Guerra.

ABSTRACT

This paper is based on the analysis of the sub set by Pierre Bourdieu in their micro-social theories, present knowledge and reflections on the historical process of formation and transformation of the regional South Bolivar as the source of armed conflict.

KEY WORDS

Social Area, Pierre Bourdieu, Armed Conflict, War.

¹ Investigación realizada por Integrantes del Semillero en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Libre, Sede Cartagena. Bossa Sanjuán Luis Ramón, Camacho Cabeza Vanessa del Carmen, Daza López Nelson, Díaz Fernández Alexis Javit, Falcón Tejada Karen Eliana, Páez Vergara Lucía Fernanda, Barros Blanco Winston, Quiroz Pérez Mario Alberto, Manjarrez Andrés, Camargo Revollo Vanessa Alexandra, Banqueth Garcés Shirley, Teherán Cristóbal, García Fernández Rafael David, Meza Moreno Jennifer, Morelos Olga María, Camacho Vanessa

A MANERA DE INTRODUCCIÓN

El espacio físico y social que llamamos Sur de Bolívar es demasiado vasto en extensión y profundidad de sus conflictos, razón por la cual en esta investigación se han señalado aquellos procesos considerados como los principales ejes de su poblamiento y su problemática a lo largo de su historia. El presente texto pretende exponer conocimientos y reflexiones en torno al proceso histórico de formación y transformación en el espacio geográfico o físico de las localidades de la región del Sur de Bolívar como espacio social; partiendo desde el análisis del supuesto de una región (posible como totalidad social, económica, política y cultural) con violencia simbólica en sus campos político y jurídico que repercute sobre su capital (social, económico y cultural).

La pregunta que guió esta investigación fue: ¿Cómo, cuándo y por qué aparece esta sociedad conflictiva de hoy en el territorio del Sur de Bolívar? este fue el interrogante clave que guió la búsqueda de información y de aproximaciones comprensiva de la realidad social de la vida cotidiana de esta región. De allí que para construir respuestas explicativas desde la Micro sociología de Pierre Bourdieu, se definieron varias categorías explicativas fundamentadas para encuadrar o enmarcar el proceso de análisis, así fue como se construyó la categoría de análisis ESPACIO SOCIAL y se indagó por las primeras representaciones del territorio del Sur de Bolívar, y luego se describió la historia de su poblamiento en la larga duración, hablando a grandes rasgos desde el período colonial hasta el siglo XXI.

Para mostrar la problemática sociopolítica y armada, existente en la región del departamento de Bolívar, debemos en principio plantear la existencia de un espacio social (subregión del Sur de Bolívar), comparable al espacio físico (localidades del Sur de Bolívar), que como sociólogos reconstruimos a la manera de una carta geográfica, mediante mapas. Dicho mapeo establece una totalidad suficientemente clara y rigurosa que da razón de lo que está ocurriendo

en las localidades del Sur de Bolívar desde el conflicto armado. Estos elementos explicativos básicos son estrictamente variables y por lo tanto son históricos y están en continuo cambio.



Mapa No 1:
Región del Sur de Bolívar, Colombia.

Los resultados de esta búsqueda del conocimiento, son los que en esta investigación se ofrecen a manera de síntesis. Se considera prudente advertir que estas primeras indagaciones corresponden más a un estudio historiográfico que a una investigación histórica exhaustiva. Es por lo tanto este análisis una mirada panorámica que intenta mostrar cómo se fue formando en el tiempo y en el espacio la actual subregión del Sur de Bolívar y sobre los cambios y continuidades de los modelos de asentamientos en ella realizados.

Cuando se habla de poblamiento en este caso, se hace referencia a: Quiénes, cuándo y por qué ocuparon la mayor parte de las tierras de las localidades que lo integran, en la época de la conquista y la colonial y que hoy corresponden a la zona baja de los valles de los ríos Magdalena, Cauca y San Jorge; en sus fronteras concurren varias jurisdicciones municipales y departamentales y sus límites se tornan móviles del conflicto social y armado que en estas localidades se vive.

Consideramos que, a pesar de lo móvil de estas fronteras, existe una sociedad llamada Sur de Bolívar identificada en torno a unos ejes socio-históricos trazados por sus pobladores cuando han interactuado entre sí y con otros en la vida cotidiana, al decir de Peter Berger y Thomas Luckman² ante las necesidades del trabajo, de la explotación agraria o minera, de la supervivencia o de construir un espacio propio o familiar que le reporte identidad y convivencia. La búsqueda y permanencia en tales espacios vitales han generado tensiones por la disputa y control de los territorios y su riqueza.

EL POBLAMIENTO DE LAS LOCALIDADES DEL SUR DE BOLÍVAR.

Región y localidad. El concepto de región es ambiguo porque se define de acuerdo con el objeto de estudio, algunas veces hace referencia a la región natural, otras a la región económica, a la región histórica o a la sociocultural. La región nace de una historia y un pasado vividos en común por un grupo humano, en un territorio que, a su vez, se relaciona con un contexto más amplio en forma diferencial. En 1979, el historiador colombiano Jaime Jaramillo Uribe señalaba:

El hombre contemporáneo está fatigado de abstracciones sociales como la nación, el Estado, la clase, el partido político, y busca identificarse con algo más inmediato, como la región³.

La región es heterogénea, en ella se presentan contradicciones y conflictos que contribuyen a la dinámica regional, articula subregiones, localidades y municipios.

El departamento de Bolívar: la región que tenemos.⁴

2 Berger Peter y Otro. Los fundamentos de la realidad de la vida cotidiana. Editorial Amorrortu. Buenos Aires Argentina. 1980.

3 JARAMILLO Uribe, Jaime. "Visión sintética de la tarea investigativa desarrollada sobre la región antioqueña". En: Simposio Los estudios Regionales en Colombia: el caso de Antioquia. Memorias. Medellín, Faes, 1982, pp. 1-15.

4 Plan de Desarrollo Departamental del Gobernador Libardo Simánca Torres. 2004-2007.

Símbolos Identitarios del Departamento de Bolívar⁵.

La Bandera del Departamento de Bolívar.

El estandarte y bandera del Estado de Bolívar, es de tres bandas horizontales; la superior amarilla, la del centro verde y la parte inferior de color grana.

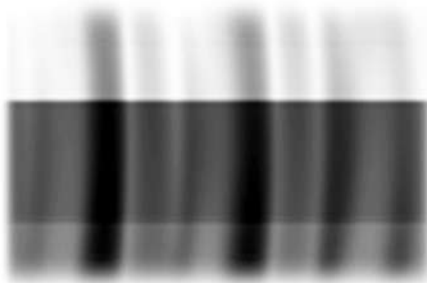


Imagen No 1.

Bandera del Departamento de Bolívar.

El escudo del departamento de Bolívar.

Las Armas especiales del Estado de Bolívar estarán en su Escudo; partido y encuartelado en la parte superior. En el cuartel de la derecha lleva una palma de coco de su color natural, sobre campo de oro. En el cuartel de la izquierda cinco bezantes de plata colocados en sotuer sobre campos de gules. La parte inferior del escudo lleva las aguas del Océano Atlántico ondulados sobre azul y una embarcación son sus velas todo de sable. Lleva por timbre un águila azorada y en el pico una corona triunfal y adornado el timbre y el escudo de un lambrequín con la forma parecida a las hojas de acanto, con una inscripción por divisa que dice *AB ORDINE LEBERTAS*.

5 <http://www.gobernaciondebolivar.gov.co>.



Imagen No 2.

Escudo del Departamento de Bolívar.

El Himno del departamento de Bolívar:

La letra del Himno del departamento de Bolívar, dice:

CORO:

Bolívar tu tierra sagrada
 nuestra sangre patriota abonó
 y las olas del mar aliviaron
 del suplicio el tremendo dolor

I

A Bolívar terruño querido
 adoramos con noble pasión
 y luchamos sin pausa y con brío
 por su paz, su justicia y su amor.
 A tu insignia grandiosa velamos
 con intrépido afán de creación
 Amarillo, verde y rojo
 Los colores de tu pabellón

II

De Bolívar el nombre glorioso
 nos señala caminos de honor
 y afrontamos los días del futuro
 con orgullo, coraje y ardor.
 Nuestros montes son hitos históricos
 nuestros ríos desarrollo y blasón
 nuestras grandes ciudades y pueblos
 el tesoro que guarda un arcón.

La Geografía del departamento de Bolívar:

Bolívar es un departamento de Colombia desde 1886, está localizado en el norte del país, localizado entre 02' y 10° 48' de latitud norte y los 75° 43' de longitud al oeste de Greenwich, limitando al norte con las aguas territoriales marinas de Jamaica y otros países insulares del Caribe, al sur con Antioquia, al este con los Departamentos de Atlántico, Magdalena, Cesar y Santander y al oeste con Sucre, Córdoba y Antioquia. Su Población es de 2,184.227 habitantes⁶ distribuida en 25.978 kms²

Su territorio cuenta con una variada geografía en la que se incluyen zonas llanas y ligeramente onduladas en la costa, montañas hacia el interior como la de María (con alturas de 800 m, como el cerro Maco), ciénagas y zonas inundables en la conocida depresión Momposina y selvas en el sur, en la serranía de San Lucas, cerca de las estribaciones de la cordillera Central.



Mapa No 2 El Departamento de Bolívar con la Serranía de San Lucas.

El territorio lo bañan los ríos Magdalena, Cauca, San Jorge y Cesar, que se inundan y forman las ciénagas en el sur del departamento. Tiene una extensión de 25.978 km² y una temperatura con un promedio anual de 28 °C. Su territorio

6 2004. Proyecciones DANE.

está compuesto por tres zonas geográficas específicas:

1. La zona norte: Que comprende los ZODES (Zona de desarrollo económico y social) DIQUE BOLIVARENSE, conformado por el distrito de Cartagena y los 13 municipios que se encuentran en el canal del dique y la costa del mar Caribe.
2. La zona centro: Conformada por el ZODES MONTES DE MARÍA Bolivarense, que comprende 7 municipios.
3. La zona sur: Que comprende los ZODES: MOJANA bolivarense que comprende a Magangué y 6 municipios más, ubicados en las márgenes del río Cauca; el ZODES DEPRESION MOMPOSINA bolivarense que comprende los 6 municipios localizados en la Isla de Mompóx; el ZODES LOBA integrada por 6 municipios localizados sobre las márgenes del Brazo de Loba y el ZODES MAGDALENA MEDIO bolivarense integrada por los 6 municipios del cono sur localizados sobre la margen izquierda del río Magdalena y la Serranía de San Lucas.

La Historia del departamento de Bolívar.

La historia⁷ del departamento de Bolívar se remonta a periodos prehispánicos cuando habitaban estos territorios los indígenas turbacos, de la familia Caribe. La conquista y ocupación del territorio se inició en 1501, cuando Rodrigo de Bastidas recorrió estas costas; a éste le siguieron otros conquistadores, pero es sólo en 1533, después de los combates con los nativos, cuando Pedro de Heredia fundó Cartagena en el asentamiento de la tribu Calamary. Allí se constituyó la primera gobernación del país en el periodo colonial y gran parte del territorio costero perteneció a la jurisdicción de Cartagena hasta el siglo XIX.

Fundada la ciudad de Cartagena, se vio la necesidad de construir las murallas y los fuertes de San José, San Fernando y San Felipe para defenderla de los piratas que arribaban

permanentemente a estas costas. En 1811, después de independizarse de España, se creó el estado de Cartagena; en 1819, la provincia de Cartagena pasó a depender del departamento de Cundinamarca con capital en Bogotá. En 1821, formó parte del departamento de Magdalena. Posteriormente su territorio se dividió en las provincias de Mompóx y Cartagena. En 1875 se creó el estado federal de Bolívar y en 1886 fue declarado departamento por la Constitución de ese año.

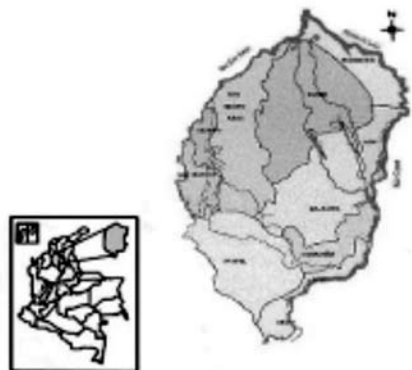
La Economía del departamento de Bolívar.

La economía del departamento de Bolívar está bastante diversificada, pues tienen importancia la agricultura, la ganadería, la pesca, el turismo, la explotación de sal y de petróleo, el comercio, la industria y las artesanías.

La subregión del Sur de Bolívar.

Como ya mencionamos anteriormente, el Sur de Bolívar comprende:

- a.- El ZODES MOJANA Bolivarense integrado por Magangué y 6 municipios más ubicados en las márgenes del río Cauca;



Mapa No 3
La Localidad de Magangué en el ZODES
La Mojana Bolivarense.

⁷ Enciclopedia Encarta de Microsoft.

b.- El ZODES DEPRESIÓN MOMPOSINA Bolivarenses que comprende los 6 municipios localizados en la Isla de Mompóx;



Mapa No 4:
La Isla de Mompóx en el ZODES
Depresión Momposina.



Mapa No 5
La Localidad de Morales en el ZODES
Magdalena Medio.

c.- El ZODES LOBA integrada por 6 municipios localizados sobre las márgenes del Brazo de Loba y

d.- El ZODES MAGDALENA MEDIO Bolivarenses integrada por los 6 municipios del cono sur localizados sobre la margen izquierda del río Magdalena y la Serranía de San Lucas.

Del Sur de Bolívar se han dicho cosas, pero se le conoce poco. Se ha dicho, por ejemplo, que es la región de Colombia con mayor potencial económico por la bondadosa fertilidad de sus suelos, que recuperando solamente 300 mil hectáreas de su territorio y poniéndolas a producir en agricultura⁸, se podría satisfacer la demanda nacional de alimento y quedan grandes excedentes para la exportación; y su realidad social es que tiene los más altos índices de necesidades básicas insatisfechas en su población. Rica en tradiciones culturales, pues se dice que en las aguas de la Mojana Bolivarenses se esconde un Mohán perverso que rapta a las mujeres vírgenes que suelen bañarse a la orilla de los caños de su feraz naturaleza, todo se dice pero es poco lo que se sabe de él⁹.

⁸ RAMÍREZ del Valle Bernardo y Otro. La Mojana. El Poblamiento, la producción y el Conflicto Social. Idema 50 Años. Pág. 9.

⁹ Ibid. Pág. 9.

Este paper es resultante del documento final de investigación doctoral “VIOLENCIA CONTRA OPERADORES JURÍDICOS: ESTUDIO DE DOS CASOS HOMÓLOGOS DEL DERECHO DESDE LAS TEORÍAS DE PIERRE BOURDIEU” no presenta la discusión teórica sobre si el Sur de Bolívar es una región consolidada; se utiliza el concepto de región, pero se asume que ella aún está en proceso de construcción. Pensar hoy el Sur de Bolívar desde el conocimiento de su historia social, nos permite trascender el referente físico, necesario pero insuficiente para comprender las complejas relaciones que en esta región han tejido diversos hombres y mujeres en diferentes épocas. La dinámica de su reciente poblamiento por actores sociales armados ha transformado la visión de su espacio social.

De ser selvático, anegadizo e insalubre el valle del bajo Magdalena pasó a ser una sociedad conflictiva y violenta y con una cultura heterogénea. Su ubicación geográfica no es solo un referente espacial físico, también es un referente de carácter social en tanto que

su vecindad con las sociedades regionales consolidadas la constituyó en receptora inmediata de sus contradicciones y limitaciones, sobre todo con respecto al problema agrario. Esto equivale a decir que el proceso de construcción social de esta región está ligado al conjunto de las problemáticas sociales, económicas y políticas de diferentes regiones colombianas que lo circundan.

LAS LOCALIDADES DE LA SUBREGIÓN DEL SUR DE BOLÍVAR

El concepto de localidad¹⁰ incluye el de municipalidad, desbordándolo. Este es un concepto alternativo al meramente político-administrativo, una instancia particular del Estado y del gobierno que posee algunas peculiaridades desde el punto de vista de sus funciones, de su ámbito territorial y su relación con la población. Este concepto de localidad tiene que ver, además de lo jurídico-administrativo, con la red de relaciones políticas, sociales, económicas y culturales que se establecen y desbordan las fronteras geográficas y jurisdiccionales, también tiene que ver con la construcción de la identidad, una historia vivida colectivamente y una práctica cotidiana, con unas relaciones de carácter regional, departamental y nacional¹¹.

Es en el espacio de la localidad, llámese municipios de Magangué, Mompóx y Morales, donde se adelantó esta investigación. Estos son los espacios significativos donde se expresan de múltiples formas los componentes social, cultural, histórico, económico, político, administrativo, físico y ambiental. Es en estas localidades donde se puede percibir mejor hasta dónde se reconoce el propio territorio, se da sentido y nombre a las personas, a los animales y las calles, se reconocen espacios significados

10 Las definiciones de localidad que aquí se exponen son reflexiones hechas por un grupo de investigadores del INER, quienes luego de varios años de estudiar las localidades antioqueñas han intentado puntualizar el concepto de localidad. Al respecto, se pueden ver los textos de Hernán Henao referenciados en la bibliografía.

11 HENAO Delgado, Hernán. "De actores y territorios". Una propuesta sobre la participación en la vida regional y local. En: Descentralización. Memorias del V Congreso de Antropología. Villa de Leyva, 1989, Pág. 55.

como los espacios geográficos, los monumentos y demás objetos reales o imaginarios que le dan sentido al lugar y a las relaciones entre sus pobladores, donde se admiten.

Historiografía del poblamiento de las localidades del sur de Bolívar.

El Territorio en las Localidades del Sur de Bolívar.

Se ha concebido que el ser humano habite en un determinado espacio y viva en un momento del tiempo. Esta condición de la existencia obliga a pensar en la sobre determinación que sobre ese espacio y ese tiempo ejerce el ser que habita y vive en ellos y que los convierte en dos nociones culturalmente relevantes. Cuando ese espacio se torna significativo, aparece la noción de territorio. Veamos algunas localidades del Sur de Bolívar.

Magangué, es un municipio colombiano del Departamento de Bolívar. Tiene su cabecera Municipal localizada a orillas del río Magdalena, en La margen occidental del brazo de Loba¹². A orillas del caudaloso Magdalena, sobre la margen izquierda, yérguese altiva y señorial la ciudad de Magangué segunda en importancia en el Departamento, tanto por su privilegiada posición geográfica como por ser llave de oro de la vasta y ubérrima comarca meridional de Bolívar.

Mompóx está situada en territorio colombiano, en el departamento de Bolívar y¹³: al sur del mismo. Actualmente es municipio y se encuentra dentro de la Isla Margarita o de Mompóx, esta isla se halla en la situación geográfica llamada la depresión Momposina, bañada por las aguas del río Magdalena, con los brazos de Loba, Mompóx y Chicagua.

El Municipio de Morales está localizado al sur del departamento de Bolívar, hace parte de la subregión del Magdalena Medio; su cabecera municipal se localiza en la margen oriental del brazo de Morales del río Magdalena en la isla de su nombre, a los 08° 16' 48" de latitud norte y

12 <http://www.maganguehoy.org>.

13 <http://www.santacruzdemompox-bolivar.gov.co>.

73° 52' 19" de longitud oeste; la cabecera está a una altura de 25 metros sobre el nivel del mar.

Historia del Poblamiento, en las Localidades del Sur de Bolívar.

La microhistoria y las historias cotidianas surgieron como alternativa y en contra de los estudios, sobre las grandes tendencias sociales de las sociedades consideradas sin rostro. Lo que debía predominar en adelante eran las relaciones que se establecieran entre los seres humanos, entre estos y su entorno, y las observaciones microscópicas de los fenómenos y sus relaciones con otros ámbitos territoriales más generales como la región y la nación.

De igual manera, existen hechos recientes, de corta duración o coyunturales, que aún se viven y que marcan la historia local hacia el futuro. Hechos recientes son, por ejemplo, los conflictos por la tierra, la violencia guerrillera o paramilitar, el inicio de una actividad económica nueva, la transformación del espacio físico, los cambios en el vestido y la alimentación¹⁴. Consideramos que reflexionando sobre el origen de los pobladores de las localidades del Sur de Bolívar, los móviles de su migración y asentamiento, tanto por las dinámicas de las relaciones sociales y actitudes políticas primarias, podríamos pensar que en el Sur de Bolívar se fue construyendo una sociedad caracterizada por la supervivencia, la resistencia social y la confrontación (armada¹⁵).

El Poblamiento Colonial en las localidades del Sur de Bolívar.

Poblamiento Indígena en el Sur de Bolívar.

Una primera aproximación al estudio de las más importantes culturas primitivas que poblaron la Depresión Momposina, precisa hacer referencia -aunque de manera global- de la procedencia y las derivaciones de las distintas familias lingüísticas

14 Ver Braudel Fernando. La Historia y las Ciencias Sociales. Madrid. Alianza Editorial. 1970. Es un texto donde el autor expone los conceptos de larga y corta duración en la Historia.

15 Podríamos asegurar que la población del Sur de Bolívar desde sus orígenes históricos (la conquista) ha vivido en conflicto armado por la tenencia de la tierra.

que penetraron al territorio de la Costa Caribe, probablemente entre los siglos IV y II antes de nuestra era. Al respecto, a pesar de los escasos y muy generales estudios que se ha realizado sobre la materia, existe acuerdo entre arqueólogos y antropólogos sobre que estas culturas primitivas penetraron a nuestras costas a través del Istmo de Panamá y las Antillas Menores, procedentes de la Siberia asiática y luego se dispersaron por el interior del territorio en un lento proceso de adaptación y reproducción de formas de vida propias y autónomas.

Reichel Dolamtoff¹⁶, considera que en la Costa Caribe se desarrolló la etapa formativa de estas culturas desde el comienzo mismo de su formación sedentaria hasta el desarrollo de la agricultura y la vida aldeana. La llanura del Caribe -dice- con sus lagunas y estepas, sus ríos y colinas, forma un hábitat muy propicia para culturas simples que disponen apenas de un inventario tecnológico limitado. La Costa Atlántica no es un tanto maicera como lo es la región andina, sino que es una tierra rica para el cultivo de las raíces, la explotación de palmas, la pesca, la cacería de presas menores y para la recolección de moluscos. Aunque las investigaciones arqueológicas y antropológicas no han podido precisar, con exactitud, la procedencia de estos pueblos, existe consenso sobre la posibilidad de un masivo proceso de inmigratorio desde las Antillas menores, en el mar Caribe, que permitió poblar inicialmente los territorios costaneros y luego se fue replegando hacia la tierra adentro, utilizando los ríos como medios de penetración. Sin embargo, las primitivas culturas asentadas en la Costa Caribe no conformaron un grupo poblacional homogéneo. Del estudio de los patrones del asentamiento, la lengua, las actividades de producción social y las expresiones culturales manifiestas en la orfebrería y la cerámica, se ha podido establecer que la Costa Atlántica no estuvo habitada por una sola familia lingüística, sino por varias, siendo la más importante la Arawak y la Caribe. A esta última pertenecían los Taironas y los Zenúes.

16 RAMÍREZ del Valle Bernardo y Otro. La Mojana. El Poblamiento, la producción y el Conflicto Social. Idema 50 Años. Pág. 14.

Los Caribes por su parte provinieron de las Antillas, detectándose su presencia con posterioridad a los Arawuacos. La belicosidad que les caracterizaba permitió pronto que se aprovecharan de los valles de los ríos Sinú y San Jorge, en su parte baja, para lo cual desalojaron o se fusionaron con pueblos de los Zenúes, dando lugar a la Cultura Zenú- Malibú. A su llegada el conquistador europeo encontró en el Sur de Bolívar numerosas tribus de las diferentes familias lingüísticas mencionadas, entre las cuales se destacaron los Zenúes que poblaron las riberas de los ríos Sinú, San Jorge y bajo cauca, con algunas porciones del bajo Magdalena.

Sheinú el País encantado de las Aguas.

Los Zenúes conformaron una de las culturas primitivas más desarrolladas de la Costa Atlántica colombiana y quizás la más numerosa después de los Caribe. Pudieron articular alrededor del lenguaje un complejo sistemas de relaciones sociales de producción donde prevaleció la especialización en el trabajo, logrando importantes desarrollos en las técnicas agrícolas, la periodización de los intercambios comerciales y un incipiente proceso de acumulación privada de riqueza que, para el siglo XVI de nuestra era, había logrado establecer, aunque en estado formativo, una estratificación social con visibles elites de dirigentes políticos (Caciques) y especialistas en artes y oficios.

Los Zenúes ocuparon los territorios adyacentes a los ríos Sinú, San Jorge, bajo Cauca y Nechí¹⁷, en el corazón mismo de la depresión Momposina. Probablemente la penetración a estos territorios lo hicieron por tres flancos principales: El primero se dio a través del río Sinú, en un lento proceso de alojamiento de las costas, hasta encontrar su nacimiento; el segundo se dio a través del río San Jorge (llamado Jegú por los Zenúes) hasta encontrar su desembocadura en la boca de Perico y luego a partir de ésta siguió hacia el norte hasta encontrar las bocas de Tacalao, antigua desembocadura del río Cauca. A partir de la desembocadura del río San Jorge comenzó una tercera ola de penetración, río abajo, hasta llegar al Magdalena, mientras

17 *Ibid.* Pág. 16.

otra ola seguía remontando el río Cauca hasta encontrar el río Nechí, rica zona aurífera para establecerse allí definitivamente.

La extensa y compleja red hidrográfica de la región, que se intercomunica a través de extensos y caudalosos caños, le permitió a los Zenúes un rápido dominio de aquel vasto territorio, convirtiéndose el agua en elemento dominante y en su incondicional aliada. Estos territorios fueron definidos como dos provincias por los Zenúes pueblo cuyo nombre deriva de la fiel descripción dada en su lenguaje a la región: SHEI agua, mas el Interfijo posesivo N y el sufijo Ú que denota lugar o país encantado. Al respecto dice:

“Una leyenda cuenta que al morir los tres caciques diablos que regían el mundo de entonces, pasaron su potestad a los Zenúes bajo condición de organizarse en tres provincias: Zenufana la del sur, lejana en oro, cubría la rivera del río Cauca a la altura de Caseri, Zaragoza y el río Toguí en Antioquia y buena parte de Córdoba. Panzenú o sea la propia Mojana llamada antiguamente Panzegua (de Panjegú oriente del Jegua o río San Jorge) que comprende hoy a los municipios de Magangué y Mompóx.

El agua fue un elemento clave en el desarrollo de la cultura Zenú, pues además de servirse de ella como medio de comunicación e integración, su manipuleo le permitió desarrollar avanzadas técnicas agrícolas a través de la construcción de un extenso y complejo sistemas de canales artificiales muy útil para controlar las inundaciones y desarrollar la agricultura. Vestigios de ese sistema se encuentra en la región media y baja del río San Jorge ubicado en la llanura inundable de la Depresión Momposina.

Poblamiento del Magdalena Medio en la época de la conquista.

Según la antropóloga María Teresa Arcila¹⁸, a la llegada de los españoles a la zona del Magdalena

18 ARCILA María Teresa. La Cultura en el Magdalena Medio. En: Amparo Murillo y Otros. Un Mundo que se mueve como el río. Historia regional del Magdalena Medio. Bogotá. ICAN_COLCULTURA_PNR. 1994. Pág. 17-20.

Medio los grupos indígenas que habitaban ese territorio pertenecían al grupo Karib, eran selváticos y su cultura se desarrollaba en tierras bajas tropicales. Con una Horticultura Mixta (maíz, yuca, batata, arracacha) practicaban la caza y la pesca. En la banda oriental del valle, entre Honda y la serranía de Perijá, se hallaban localizados de norte a sur los grupos Carare, Opones y Yariguíes. En el lado occidental, desde el río Guarinó hasta la Serranía de San Lucas, estaban los Ponches, Pantágoras y Guamocoos.

El Poblamiento Hispánico en la región del Sur de Bolívar.

Características del proceso de ocupación Española en las localidades del Sur de Bolívar y el Magdalena Medio.

España propició la más grande empresa conquistadora y colonizadora de que la historia contemporánea tenga noticias. Gracias a los descubrimientos de Cristóbal Colón, España se convirtió en menos de diez años en la potencia colonial más importante del viejo mundo. Poseedora de más de medio continente americano, pronto comenzó a imponer sus instituciones políticas, económicas y sociales, hasta constituir un monolítico imperio que solo vino a perder tres siglos y medios después. Para España como para el resto de los países de Europa, América constituyó además de un haber de conocimientos geográficos, botánicos, fáunicos e hídricos, el motor del desarrollo de unas nuevas relaciones económicas y sociales de producción hasta entonces en su etapa embrionaria.

Al momento del descubrimiento de América¹⁹, España se encontraba en una etapa de transición del feudalismo al capitalismo; aunque la burguesía constituía una clase importante dentro de su estructura social, el poder político aún lo mantenían los nobles y lo seguirían manteniendo a lo largo de todo el periodo del imperio colonial. La población española estaba constituida básicamente por el campesinado libre aunque en la cúspide de la pirámide económica y social

19 RAMÍREZ del Valle Bernardo y Otro. La Mojana. El Poblamiento, la producción y el Conflicto Social. Idema 50 Años. Pág. 31.

dominaran los nobles, el clero y en menor proporción los militares y el patriciado urbano. Por otra parte, la presencia española en nuestro territorio produjo efectos contraproducentes, pues a diferencia de otras naciones colonialistas, el ánimo de España no fue el de comerciar con sus colonias, sino el de saquearlas, lo que produjo grandes traumas económicos y culturales para las futuras generaciones del continente. Un primer trauma sería producido por las sucesivas oleadas de conquistadores que penetraron al territorio americano y que comenzarían el proceso de mestizaje con la población nativa.

En sus comienzos, las empresas conquistadoras y colonizadoras engancharon en sus constantes viajes a América a todo tipo de personas consideradas indeseables para la sociedad española. A estas empresas temerarias se vincularon gentes de los más bajos estratos sociales sometidos a un rígido sistema de discriminación señorial. Eran personas libres, pero pobres cuyas fuerzas de producción estaban empleadas al ocio. Más tarde don Fernando de Aragón permitió mediante cédulas reales la incorporación de reos a las empresas expedicionarias. Dieciséis años después del primer descubrimiento hecho por Colón, exploradas las islas y las zonas costaneras, la corona comenzó a darle forma política a sus dominaciones de ultramar. En el año 1.508 se otorgaron las primeras concesiones parcelándose el territorio en Gobernaciones. La primera de ellas fue otorgada a don Alonso de Ojeda y comprendió el territorio de la costa Atlántica desde Urabá. Rodrigo de Bastidas logró capitular en 1524 los territorios comprendidos entre el Cabo de la Vela hasta la desembocadura del río Magdalena con su respectiva Tierra adentro. Bastidas recibió de la corona la misión de impulsar las empresas colonizadoras en la Costa Atlántica y fue así como en el año 1.526 funda la ciudad de Santa Marta que poco después se convertiría en la base de lanzamiento de futuras expediciones.

A la fundación de Santa Marta le siguió la de Cartagena, realizada por don Pedro de Heredia en 1.533²⁰. Tanto Bastidas como Heredia habían capitulado con la Corona la obligación de

20 *Ibid.* Pág. 34.

propagar el credo Católico apostólico Romano; como también la de dar participación al gobierno colonial de los divididos que les produjeran las expediciones. Es en este momento donde nace la orientación confesional que tienen las localidades del Sur de Bolívar a través de la iglesia Católica. Con Santa Marta y Cartagena como sedes del gobierno colonial, la conquista del litoral se fue propagando hacia adentro, en un proceso que involucró también el exterminio del indígena.

El reparto del Territorio Panzenú y del territorio del Magdalena Medio.

Según Ramírez del Valle, La fundación de Mompóx²¹ significó para la gobernación de Cartagena un importante paso en su afán de establecer colonias permanentes en el interior de su territorio. El descubrimiento de los yacimientos auríferos de la región del río Nechí y territorio de los Guamocoos por los lados del río Cauca en 1.580. La exploración del territorio zenúfano limítrofe con Antioquia, la fundación de Simití en la rica región aurífera que partía límites con Antioquia por los lados del medio Magdalena y el comercio que fue generándose entre Cartagena y las poblaciones del interior del territorio en la medida en que se fue extendiendo el proceso conquistador y colonizador, permitió que Mompóx se convirtiera para finales del XVI en un puerto importante, militar y comercialmente, entre la capital de la Gobernación y las poblaciones que se fueron fundando.

Esta ciudad erigida villa, operó como sede administrativa y centro de operaciones comerciales intermedio entre los territorios del interior de las regiones recién conquistadas y Cartagena, capital de la Gobernación. Consecuencialmente Mompóx también se convirtió en el centro urbano más importante a lo largo del río Magdalena y a donde llegaron decenas de familias a buscar fortuna en las empresas conquistadoras. Es desde Mompóx, donde el adelantado don Pedro de Heredia, Gobernador de Cartagena, haciendo uso de la

Capitulación que había celebrado con la Corona Española, dicta el decreto de fecha 14 de Junio de 1.541 por medio del cual reparte las tierras de su jurisdicción y adjudica las encomiendas de indios entre los elementos más destacados de su milicia y entre los más prestantes miembros de la hasta entonces embrionaria sociedad Momposina. Al respecto mediante Real provisión del 26 de noviembre de 1.526²², Pedro de Heredia recibido de la Corona española la autorización de repartir el territorio de su jurisdicción.

“Concedemos a las personas que fueron a poblar dicha tierra que así descubrieres – dice la provisión – que por el tiempo que durare vuestra gobernación vos le podáis dar caballería de tierra y solamente en que labren y planten y edifique, con la moderación y condiciones que acostumbran a dar en la Isla la Española; las cuales residiéndolas cuatro años que son obligados, sean suyas perpetuamente y que así mismo podáis hacer la encomienda y repartimiento de los indios de dicha tierra por el tiempo que fuese vuestra voluntad y guardando las instrucciones y ordenanzas que vos serán dadas”.

Para entonces la política de ocupación de tierras había sufrido algunas modificaciones, ante el rápido exterminio de los indígenas y las quejas que permanentemente elevaban los misioneros ante el Consejo de Indias, para que se les protegiera. En virtud de esto comenzaron a tomarse medidas relacionadas no solamente con la protección del indígena, sino con el proceso de colonización mismo, hasta entonces cerrado solo a los miembros de las expediciones. Una de esas medidas fue la permisión que se hizo para que cualquier español vinculado o no a una empresa expedicionaria, se ausentase de la ciudad donde residía y estableciese asentamiento en lugares donde fuera propicio llevar la fe cristiana y se dieran las condiciones para la producción de alimentos. Las anteriores políticas obedecieron también a que a partir de los años de colonización comienza la población

21 Ibid. Pág. 38.

22 Ibid. Pág. 38.

española a sufrir los rigores de la falta de alimentos, debido en parte a la escasez de mano de obra indígena para las labranzas, bien porque se utilizaba para la minería, bien porque se estaba exterminando, ora porque había sido obligada a replegarse ante el fuego de los arcabuces de los blancos. Además, las riquezas indígenas estaban agotándose y por lo tanto era necesario buscar otras fuentes de subsistencia diferentes a la mera explotación del oro.

Díaz²³ señala al respecto, que al principio durante los primeros años de la empresa conquista y colonización, no había existido por parte de los españoles mayor interés en la adquisición de tierras y mucho menos en su acumulación, puesto que la misma amplitud de los territorios libres, no le concedía gran valor económico a la tierra. En esta época al conquistador le interesó más el repartimiento de la encomienda; solo en el siglo XVI, cuando se agotaron las riquezas acumuladas por los indígenas y aparecieron como inexistentes los supuestos tesoros escondidos, se llegó a la conclusión que las riquezas naturales existían podían ser aprovechados mediante el trabajo sistemático, los españoles decidieron permanecer en Indias y adquirir propiedades.

Aunque la encomienda se convirtió, en la práctica, en una institución jurídica que permitió hacer inicialmente los primeros repartos de tierra durante el periodo de la conquista y la colonia, no concedía el título de dominio de ésta, sino que consistía en el Derecho que tenía el señor encomendero sobre el núcleo indígena, por lo general un clan o una tribu, para exigirle el pago de un tributo que fijaban los oficiales de la corona como cesión de la carga fiscal debida al rey, con la obligación del beneficio del señor encomendero de ocuparse de la catequización y adoctrinamiento de los indios,²⁴ cosa que se hizo con la iglesia católica. Para Zalcedo²⁵, la encomienda terminó imponiendo un régimen de semi esclavitud al indígena pues los encomenderos eran dueños absolutos de los encomendados, cobrándoles un tributo más o menos crecido, a su arbitrio, exigido con rigor y crueldad. Sirvase de ellos para sus

luceros y toda clase de servicios: principalmente ocupábanlos en los trabajos de sus tierras y en las labores de las mismas y todavía lo que es más anticaritativo alquilábanlos como bestias de carga y herrábanlos como a estas en señal de propiedad.

El Siglo XX: Nuevas Sociedades y Sociabilidad en las Localidades del Sur de Bolívar.

Una nueva época comienza en el siglo XX para Colombia, aproximadamente en 1920, la vinculación de este país al mercado mundial gracias a la exportación del café, la industrialización, el desarrollo inicial de relaciones capitalistas, la construcción de obras de infraestructuras como los ferrocarriles, los puertos (incluido el de Magangué paso obligado de los buques que se movilizaban por el río Magdalena de Barranquilla al interior del País) y las carreteras. Todas estas situaciones constituyeron hitos claves en el proceso de modernización del país que fueron haciendo del Sur de Bolívar una zona olvidada y relegada al atraso social. Al anterior proceso cabe agregarle las nuevas vinculaciones con capital extranjero, principalmente norteamericano, expresado en flujos financieros ubicados a manera de créditos al estado y en inversiones para explotar recursos naturales (Oro, petróleo, banano) las que se han definido como economías de enclaves. La llegada del tren y las carreteras mataron la navegabilidad del río Magdalena, en la parte correspondiente a los departamentos de Bolívar y Cesar; a su paso se incorporaron nuevas tierras baldías que despertaron sueños y conflictos entre ricos y pobres. Los primeros como empresarios comerciales y pecuarios lograron consolidar la hacienda ganadera; los segundos como población excedente de los valles de los ríos Magdalena, Cauca y San Jorge, buscaron acceder por la vía de la colonización a una parcela para continuar con su estilo de vida campesina.

En este estudio se les identificara como colonización temprana para diferenciarla de la sucedida después de 1950, identificada como colonización tardía y masiva, producto aluvional

23 *Ibid.* Pág. 38.

24 HERNÁNDEZ, 1.947. Pág. 179.

25 *Op. Cit.* Pág. 49.

de la violencia bipartidista. Posteriormente la mayoría de estos colonos fueron expulsados en aras de la consolidación de la hacienda ganadera. Esta corriente colonizadora tuvo diferencias en el Sur de los departamentos de Bolívar y Cesar frente a la que se llevaba a cabo en el área andina; los colonos procedían del bajo Magdalena (bajeros) y de las sabanas de Córdoba y Sucre (sabaneros). Los móviles de migración se relacionan con un renovado proceso de consolidación de las haciendas ganaderas desde finales del siglo XIX en sus regiones de origen, situación que los expulsa de la tierra y los empobrece. Además del origen, otra diferencia notable es que los lugares donde se ubicaron (islas y playones) les permitió construir asentamientos típicamente ribereños, más acordes con sus patrones ancestrales – descendencia de los Zenúes – razón por la cual su presencia armonizó con ese nativo sustrato cultural anfíbio. Se presentaron también conflictos por la posesión de la tierra entre parcelada, entre colonos y compañías navieras o con terratenientes individuales. Las jurisdicciones ribereñas de la Isla de Morales y Simití fueron los escenarios privilegiados de esas luchas. El fondo de baldíos del Archivo General de la Nación reporta varios de estos casos en esta subregión del Magdalena Medio²⁶.

Otro acontecimiento importante para el poblamiento sucedió para la subregión del Zodes del Magdalena Medio en el Sur de Bolívar, a partir de 1918 se instalaron centros de explotación petrolera que buscaban satisfacer la demanda de hidrocarburos de las empresas petroleras de potencias capitalistas las cuales se instalaron en Barrancabermeja y en Cantagallo; las actividades de exploración, perforación y explotación de pozos petroleros generó una fuerte oleada de migración procedente de la Costa Atlántica, la mayoría de los emigrantes son campesinos desplazados de sus lugares de origen por los procesos de consolidación de la propiedad terrateniente y por la falta de remediar la pobreza familiar. Para entender

26 Revista CONTROVERSIA del Centro de Investigación y Educación Popular. CINEP, No 174 de Junio de 1999. Segunda Etapa, dedicada al PROGRAMA DE DESARROLLO Y PAZ DEL MAGDALENA MEDIO, PDPMM.

la idea sobre esta época, es preciso decir que fueron dos procesos económicos identificados como el transporte y el petróleo, los que posibilitaron la formación de nuevos sectores sociales de trabajadores asalariados bajo el régimen de las relaciones capitalistas y con ellos devinieron nuevas formas de cohesión social basada en las organizaciones sindicales por medio de las cuales protagonizaron luchas sociales y confrontaciones con las empresas multinacionales y el Estado.

La modernización económica del país permitió inaugurar un inédito escenario político en aquellas ciudades y zonas en donde el sindicalismo, independiente del tradicional liderazgo bipartidismo, se constituyó en gestor de movilizaciones sociales en pro de reivindicaciones económicas y garantías laborales, así como también de expresiones nacionalistas. Los obreros de filiación liberal en su mayoría, fueron sensibles a las ideas socialistas que comenzaban a difundirse en el país y a lo largo y ancho del río Magdalena entre los trabajadores ferroviarios, fluviales y petroleros. La idea que tenían del socialismo los trabajadores de entonces permitió la convivencia de ideas liberales y socialistas. El historiador Mauricio Archila²⁷ manifiesta que:

“Por socialismo, nuestra naciente clase obrera entendía un proyecto de bienestar social para las clases menos favorecidas”

La circulación de ideas y la existencia de núcleos socialistas no fueron exclusivas de los campos petroleros, también tuvieron presencia en las localidades lineales del Sur de Bolívar en la subregión del Magdalena Medio, poblaciones asalariadas y organizadas en Ligas Campesinas. En 1960 surge el frente guerrillero Ejército Nacional de Liberación (ELN).

Podemos concluir que las localidades son espacios heterogéneos donde se presentan contradicciones cotidianas, fraccionamientos, conflictos. Con estas diferencias se construye

27 Archila Mauricio. La clase Obrera Colombiana. 1886-1930. En: Nueva Historia de Colombia. Bogotá. Planeta. 1989. Vol. III. Pág. 243.

la localidad donde se confrontan los pobladores como verdaderos actores sociales en la construcción de su espacio. Las gentes de las localidades son los sujetos-objetos de su propio conocimiento. La localidad es el referente obligado del individuo que pretende decir

quién es, afirmarse en sus valores y concretar el intangible que se define como idiosincrasia o manera de ser. Es también el espacio donde las comunidades se miran y tienen conciencia de sí mismas y donde se reconoce la diversidad cultural.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARCHILA Mauricio. La clase Obrera Colombiana. 1886-1930. En: Nueva Historia de Colombia. Bogotá. Planeta. 1989. Vol. III. Pág. 243.
2. ARCILA María Teresa. La Cultura en el Magdalena Medio. En: Amparo Murillo y Otros. Un Mundo que se mueve como el río. Historia regional del Magdalena Medio. Bogotá. ICAN_ COLCULTURA_PNR. 1994. Pág. 17-20.
3. BERGER Peter y Otro. Los fundamentos de la realidad de la vida cotidiana. Editorial Amorrortu. Buenos Aires Argentina. 1980.
4. BRAUDEL Fernando. La Historia y las Ciencias Sociales. Madrid. Alianza Editorial. 1970. Es un texto donde el autor expone los conceptos de larga y corta duración en la Historia.
5. Enciclopedia Encarta de Microsoft.
6. HENAO Delgado, Hernán. “De actores y territorios”. Una propuesta sobre la participación en la vida regional y local. En: Descentralización. Memorias del V Congreso de Antropología. Villa de Leyva, 1989, Pág. 55.
7. JARAMILLO Uribe, Jaime. “Visión sintética de la tarea investigativa desarrollada sobre la región antioqueña”. En: Simposio Los estudios Regionales en Colombia: el caso de Antioquia. Memorias. Medellín, Faes, 1982, pp. 1-15.
8. Plan de Desarrollo Departamental del Gobernador Libardo Simánca Torres. 2004-2007.
9. RAMÍREZ del Valle Bernardo y Otro. La Mojana. El Poblamiento, la producción y el Conflicto Social. Idema 50 Años. Pág. 9.
10. Revista CONTROVERSIA del Centro de Investigación y Educación Popular. CINEP, No 174 de Junio de 1999. Segunda Etapa, dedicada al PROGRAMA DE DESARROLLO Y PAZ DEL MAGDALENA MEDIO, PDPMM.

MARCANDO EL ESPÍRITU. PROLEGÓMENOS PARA UNA ASIMILACIÓN DEL CASTIGO MODERNO EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA¹

Miguel Antonio Morón Campos.²

“Por mi se va a la ciudad del llanto; por mi se va al eterno dolor; por mi se va hacia la raza condenada: la justicia animó a mi sublime arquitecto; me hizo la divina potestad, la suprema sabiduría y el primer amor. Antes que yo no hubo nada creado, a excepción de lo inmortal, y yo duro eternamente. ¡Oh, vosotros, los que entráis, abandonad toda esperanza!”

Dante Alighieri (*Inferno*, canto III)

RESUMEN

El presente trabajo tendrá como propósito el ofrecer una perspectiva diferente para el análisis del carácter simbólico del estandarte punitivo, buscando interpretar de forma holística las condiciones materiales en que se reproduce el derecho a castigar en los inicios de la nueva república, no limitándose a las producciones legislativas o a la simple descripción de acontecimientos políticos a nivel local.

PALABRAS CLAVES

Castigo, criminalización, proceso asimilacionista, derecho penal, industrialización.

ABSTRACT

This paper's purpose will be to offer a different outlook for the analysis of the punitive approach's symbolic nature, looking to holistically interpret the material conditions in which the right to punish is reproduced at the beginning of the new republic and goes beyond the legislative productions as well as the simple description of the regional political events.

KEYWORDS

Punishment, criminalization, assimilation process, criminal law, industrialization.

1 El presente, constituye un avance de investigación del grupo “Sistema Penal y Política Criminal” cuyo nombre es “Construyendo una nación. Control y castigo en épocas de la independencia” Liderada por el autor e inscrita en el departamento de investigaciones científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Inicio de la investigación: octubre 26 de 2010.

2 Miembro del Grupo de Investigación “Sistema Penal y Política Criminal” registrado en Colciencias y adscrito al Departamento de Investigaciones Científicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena. Coordinador de la línea de investigación “sociología jurídico-penal y análisis socio-político de los procesos de criminalización”. grupo.sistema.penal@hotmail.com

1. INTRODUCCIÓN

La guerra de independencia, aquella realizada en nombre de la libertad, igualdad y fraternidad, tuvo como propósito principal la separación política con la corona española. De allí en adelante, la pretensión de unificación estará atada a una multiplicidad de procesos políticos, culturales, económicos, sociales etc. que busquen mantener tal logro, un ataque directo del enemigo externo; y por otro lado, mantener el control sobre los sujetos que respiran el nuevo aire de la libertad. Semejante tarea es la que se le ha encargado a determinada forma de control social: El Derecho Penal.

La pretensión de este trabajo es mostrar el protagonismo del estandarte punitivo al momento subsiguiente de la independencia colombiana, acercándose al sentido teleológico del actuar político con los que se ha construido el mencionado discurso, y centrarse en las formas en cómo este era efectivo (penas corporales y no corporales). Si bien en un primer momento el derecho penal no toca al reo, tarea exclusiva del proceso penal, las formas en cómo se ha construido este, los procesos de criminalización primaria, son de gran incidencia política a la hora de concretar el proceso de punición (aplicación de la pena). Este trabajo tiene como soporte todo lo que han mencionado historiadores y juristas sobre el tema, de allí que la pretensión de originalidad se encuentra en las formas en como vienen desarrollados y organizados los argumentos. Teniendo esto claro, la forma en cómo se desarrollara la temática es principalmente mostrando los procesos ideológicos de cómo era irradiado el control social de carácter punitivo y las formas en cómo era entendido el castigo, a partir de la obra de Foucault, *Vigilar y Castigar*. Seguidamente, con apoyo de Zaffaroni, se adaptara el marco genealógico expuesto anteriormente y se le dará ubicación espacial, este es, el contexto latinoamericano.

Antes de desarrollar los puntos que superficialmente se han expuesto en el aparte anterior, es de vital importancia hacer referencia

a ciertas herramientas teóricas mínimas que para el desarrollo del texto puede brindar una exposición más fructífera a la hora de su entendimiento. El uso excesivo de las palabras hace que se vuelvan equivocas. Zaffaroni, al tratar de delimitar el concepto de “Derecho Penal” advierte lo peligroso que puede ser un mal uso del mismo para denominar tales prácticas. “Con frecuencia se la emplea para designar una parte del objeto del saber del derecho penal, que es la ley penal. La expresión no es inocua, porque confunde “derecho penal” (discurso de los juristas) con “legislación penal” (acto de poder político) y, por ende, derecho penal con poder punitivo” (Zaffaroni, 2002, pág. 4). Más adelante explica que “el horizonte de proyección” del derecho penal debe referirse a tres supuestos, o extenderse a tres visiones que se exponen desde un mismo punto. Derecho Penal como Poder Punitivo, Derecho Penal como Teoría del Delito y Derecho Penal como Teoría de la Responsabilidad Punitiva. A partir de estos tres presupuestos conceptuales, Zaffaroni afirma que “el derecho penal es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo”. (Zaffaroni, 2002, pág. 5).

Aclarado cual es el horizonte de proyección del saber penal, tampoco puede abordarse de forma paralela su proyección histórica, “todo saber se manifiesta como proceso en el tiempo” (Thuillier, 1992), el saber punitivo como tal, no escapa a las pretensiones que encierra tal frase. La idea de construir el saber penal como una categoría histórica es una tendencia que se viene manifestando desde los inicios del derecho penal moderno³. Así mismo, los aportes brindados por la Criminología Crítica de Baratta y Pavarini en Europa, así como Bergalli en Latinoamérica, ha impulsado un sin número de estudios sobre la génesis del castigo y las formas de control social a nivel histórico. Pretender construir un discurso penal que apele a la historia, como una construcción sobre lo destruido, es prevenir regresiones a etapas ya superadas. La

³ Específicamente con Von Liszt (1994) tímidamente comprende que la historia hace parte de la Política Criminal.

construcción coralina de este, como le llama Zaffaroni, permite tener la posibilidad dinámica de pensar en un derecho penal más sano con sus objetivos políticos bien definidos. En este punto yace la justificación de este trabajo. La historia del Derecho Penal Colombiano, ya sea como poder punitivo o como discurso de los juristas, ha sido reducida en los tratados a una simple exposición de hechos características de un modelo temporal determinado, o lo que es peor, limitan el pensamiento jurídico-penal colombiano a los procesos de construcción teórica que se encuentran por fuera del territorio nacional, y que a pesar de haber tenido gran influencia, no es prudente afirmar que el tratamiento es exacto a como se desarrolló en el sitio de origen. Este trabajo tendrá la firme intención de empezar a pensar en quebrar tal paradigma encontrado en los manuales y tratados de derecho penal colombiano, donde se le limita a una serie de hechos expuestos de forma descriptiva y que por lo tanto legitiman un sin número de conductas que hoy por hoy siguen latentes en el contemporáneo derecho penal colombiano. El estudio del derecho penal como control social, y concretamente como el legítimo para aplicar penas –sean o no de carácter corporal– en la época de la independencia colombiana, será una ventana temporal que ayudara a comprender las tensiones que agobian el derecho penal contemporáneo, así como la posibilidad de pensar un derecho penal como producto de las tensiones políticas y discusiones jurídicas que dan pie a que pueda hablarse de un Derecho Penal Colombiano.

2. ASIMILACIÓN TEÓRICA DEL CASTIGO MODERNO

El proceso de formación legislativa presenciado en la historia colombiana, desde su génesis, ha sido producto de ciertos traumatismos. Un reflejo de tal afirmación es como a pesar de la independencia política de la corona española, lo que hoy conocemos como Colombia, en ese momento siguieron vigentes las leyes españolas. El profesor Velásquez en su Libro Derecho Penal general explica de forma muy general.

Con la legislación Penal entre 1817 y 1837 continuaron rigiendo las disposiciones hispánicas, que el congreso de angostura (1819) trato de atemperar, facultando al presidente de la república para “a favor de la humanidad mitigar, conmutar y aun perdonar las penas afflictivas, aunque sean capitales”, con concepto previo del poder judicial. Desde luego, ello no evitó todo el caos legislativo pues la ley del 8 de abril de 1826 declaró “validas las sentencias pronunciadas por los tribunales establecidos en las provincias independientes en la primera época de transformación política”

Como en ese momento no existía un estatuto penal, la constitución de Cúcuta (1821) dio validez a las leyes de indias, pragmáticas y cédulas originarias de la corona, como se desprende del art. 188: “se declaran en su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta constitución ni a los decretos y las leyes que expidiese el congreso”. Seguidamente, comenta Velásquez, que con la Ley del 13 de mayo de 1825 se dispuso que rigieran, a falta de normas republicanas, las ordenanzas reales, las recopilaciones y las siete partidas. Tal decisión trajo consigo una aparente sensación de dominación por parte de la corona española. Todas las instituciones jurídicas, instrumentos formales de sometimiento hacia el territorio americano, han sido dejadas intactas. La institución de la pena de muerte, como castigo para aquellos que violen la ley penal (en ese momento igualado a la moral) es uno de los tantos anacronismos que se vieron a lo largo del siglo XIX en la historia política colombiana.

Este carácter de dependencia es uno de los temas tratados hoy día con especial cuidado a la hora de pensar en una teoría jurídica original para Colombia y general Latinoamérica. El profesor López Medina, con su obra Teoría Impura del Derecho (2004), ha hecho un estudio a profundidad sobre la producción de teoría jurídica en el contexto latinoamericano. “El hecho de que nuestra cultura sea acreedora de la tradición legada por la metrópoli española, durante el largo periodo colonial, sumado a

la idiosincrasia cultural marcadamente “pro-occidental”, le imprime a nuestras instituciones jurídicas un cierto sello de falta de originalidad y dependencia respecto de las elaboradas por el modelo occidental, particularmente de corte continental-europeo y más recientemente anglosajón” (García, 2005, pág. 259). Podría pensarse que el modelo jurídico latinoamericano esta en un latente proceso de aparejamiento (en tanto relación centro-periferia), nos encontramos subordinados a la producción jurídica de los países centrales, a este fenómeno López Medina le llama “proyecto Asimilacionista”. Esta relación centro-periferia se entiende en términos geopolíticos donde hay unos espacios donde se produce el saber “sitios de producción” y otros donde se impone “sitios de recepción”. En la lógica de este discurso, los criterios a tener en cuenta para que determinada teoría en el espacio latinoamericano sea válida, será a partir del mayor o menor grado de exactitud que tengan con las que se producen en los países europeos o de corte anglo-americano. “En la medida en que lo dicho calque de la mejor manera posible lo que se dice allá, se tendrá como conocimiento correcto o valido; mientras que, entre mayor sea su distancia de deformación en relación con aquellos, menor será su aceptación en los círculos académicos” (García, 2005, pág. 260).

En lo que respecta al saber jurídico penal existe la tendencia histórica de dependencia hacia los sitios de producción, en un primer momento subordinado al pensamiento italiano y, por lo menos en los últimos veinte años a la producción hispano-germánica⁴. De particular apreciación es como la comunidad de juristas penales en la elaboración de sus tratados a la hora de explicar la evolución del derecho penal colombiano estos lo delimitan a esquematizar los sitios de producción dominantes del momento⁵. Si todo ello se valora de una forma superficial podría llevarnos a la conclusión de que el saber jurídico penal colombiano “pareciere demostrar que esa manera de presentar las cosas es correcta

4 No podemos dejar de lado la influencia del sistema Anglo-americano en tanto la imposición de un modelo acusatorio en materia de procesal penal.

5 En este sentido Velásquez V. (1995); Romero Soto (1978); Pérez (Perez, 1959); Fernández Carrasquilla (1998).

y que se hace imperativo aceptar como un hecho incontrovertible la absoluta dependencia científica de nuestro saber respecto de los países productores” (García, 2005, pág. 261).

3. LOS PREJUICIOS CONSTITUTIVOS DE LA TEORÍA JURÍDICA COLOMBIANA

Apoyándose en la obra de López Medina, el Profesor Grosso García sostiene que esta percepción que se tiene sobre la teoría jurídica colombiana no es más que la consecuencia de dos prejuicios que se han mantenido en el inconciente cultural a lo largo de nuestra historia y que es proyectado de manera sistemática en todos los saberes, especialmente el jurídico. Por un lado se encuentra el prejuicio cartesiano y por el otro, el prejuicio Bolivariano. “por prejuicio cartesiano entendemos aquí una postura basada en una visión simplista del modelo elaborado por René Descartes, que explica el conocimiento como un proceso neutral y mecánico mediante el cual el hombre, a partir de la observación de un objeto, captura sus características y las lleva a la mente para formarse una idea y que, a partir de ese proceso básico y su posterior confrontación experimental, se puede llegar a la formulación de axiomas con validez universal aplicables a todo fenómeno que se produzca en idénticas circunstancias y que, en consecuencia, los datos obtenidos por este método son verdaderos y, por lo tanto, tiene validez universal y son base de todo conocimiento científico” (García, 2005, pág. 261).

La génesis del prejuicio cartesiano es construida a partir de dos falacias, la fe en el porvenir de la razón en la que entiende a esta ultima como “criterio infalible” para alcanzar la verdad, mediante su correcto uso, como duda metódica, se puede “llegar al descubrimiento y explicación de todo lo existente”. La segunda falacia, la fe en el progreso, es construida a partir de la idea de que “el conocimiento del mundo es la base de la técnica”, la aplicación adecuada de la misma se logra por medio del dominio sobre la naturaleza, en últimas, esta abriría paso al mejoramiento de las condiciones de existencia del hombre.

En este sentido, los países o espacios que tengan condiciones necesarias (la técnica) serán aquellos que están legitimados para la producción de conocimiento, aquellos que no –la periferia– se limitan a ser receptores de lo que se produzca en el centro. La consolidación de este fenómeno no se hubiera podido llevar a cabo sin la construcción del segundo prejuicio. La idea expresada en múltiples documentos por el libertador Simón Bolívar, donde afirmaba que el continente latinoamericano “estaba condenado por el destino a ser sometido y dominado por Europa y Norte-América” (García, 2005, pág. 262). Este prejuicio Bolivariano se encuentra construido a partir de la idea que “las naciones no estuvieran preparadas para asumir por su propia cuenta las riendas de su destino, razón por la cual veía a la democracia como algo poco conveniente” (García, 2005, pág. 262).

Estos dos criterios han generado la superficial idea de dependencia en la mayoría de los campos de producción de saberes locales. El derecho penal o el saber jurídico penal no ha sido la excepción. Tradicionalmente se ha mostrado una evolución del mismo en la que no existe originalidad alguna a la hora de tratar tópicos relacionados con el mismo. “cualquier pretensión de originalidad en este campo sería poco menos que una ingenuidad y que de sumo se puede aspirar a calcar de manera más o menos exacta los modelos desarrollados en los centros de producción de ese conocimiento” (García, 2005, pág. 263).

La ingenua idea del prejuicio cartesiano es del todo insostenible. Debido al desarrollo de la epistemología y las nuevas interpretaciones que han surgido para analizar las ciencias sociales⁶. Entender la presencia del observador en el proceso de conocimiento “incide de manera directa en la observación y la comprensión de esa realidad, en la medida que todo lo que el científico observa y posteriormente describe respecto de la realidad por él, es decir, que no es en rigor una descripción de la realidad tal cual es, si no su versión personal de la misma”

6 Con referencia a los estudios realizados en el primer y segundo círculo de Viena (Carnap, 1984), así mismo los desarrollos por la física cuántica (Mercado, 1998).

(García, 2005, pág. 264). En este sentido, toda observación es interpretación, es decir que los criterios de validación de determinado saber no dependen de que estas sean o no objetivamente verdaderas, “si no de su capacidad para explicar satisfactoriamente los objetos desde una determinada perspectiva epistemológica” (Maturana, 1996, pág. 39). En últimas podríamos decir que el observador tiene como tarea fundamental descubrir el objeto observado, esto es, describir desde su subjetividad la observación que a partir de los elementos disponibles hizo respecto de un objeto, es decir, construye y no describe esa realidad.

Acertado argumento el de Habermas que en su “ciencia y técnica como ideología”, se refiere al carácter ideológico de todo conocimiento. “en el campo de las ciencias sociales, donde los objetos son altamente contingentes y, en consecuencia, cualquier pretensión de hacer descripciones objetivas de estos fenómenos se definiría a partir de premisas axiológicas altamente ideológicas” (Habermas, 1989, pág. 45).

Teniendo claro la existencia de estos dos prejuicios, nos delimitamos a exponer como era entendido el castigo en los primeros años de la independencia. Como se ha mencionado anteriormente, en un primer momento a falta de producción legislativa propia, siguieron rigiendo las leyes españolas. “la historia del código penal colombiano se inicia con el gobierno del general francisco de Paula Santander, quien fijó como meta de su mandato la expedición de un código penal para la república de Colombia. La doctrina señala que el proyecto fue presentado en 1836, pero gracias al espíritu perfeccionista del entonces presidente, así como a su conocimiento en materia de derecho criminal, el código no vio la luz sino hasta el siguiente periodo presidencial” (Bernate, 2004, pág. 539).

4. EL RITUAL DEL CASTIGO PRE-MODERNO EN COLOMBIA

La ley 1ª del 27 de junio de 1837, es decir, el código penal de la época. En su capítulo 2º, “para que la ejecución se llevara a efecto con todos los

requisitos: “artículo 33. –la ejecución se hará en una de las plazas públicas del lugar que se indique por el decreto de condenación, sobre un cadalso o tablado sencillo, pintado o forrado de negro. En la parte superior del banquillo en que se sentara el reo, y de modo que quede sobre la cabeza de este, se pondrá un cartelón que con letras grandes y legibles anuncie su nombre, patria, vecindad, delito cometido y pena que se le impone”. “Artículo 34. –los reos condenados a muerte serán conducidos al suplicio con túnica, gorro negro, y con las manos atadas por delante con una cuerda, cuyo extremo llevara el ejecutor de la justicia (verdugo) vestido de negro. Si el delincuente fuere asesino, llevara la túnica blanca y ensangrentada; si traidor, ira descalzo, la túnica hecha pedazos y las manos atadas a la espalda. En todo caso los reos irán acompañados de los ministros de la religión, del subalterno de la justicia que precedía la ejecución, del escribano, de los alguaciles en traje de luto, y de la escolta correspondiente”. “artículo 35. –al salir el reo de la cárcel para el patíbulo, y al llegar a él, se publicara un pregón en la forma siguiente: en nombre de la república y por autoridad de la ley, N. N., natural de N., Vecino de N. y reo de (tal) delito, ha sido condenado a la pena de muerte que va a ejecutarse; los que levantaren la voz pidiendo gracia, o que de cualquier otra manera ilegal intentaren suspender la ejecución de la justicia, serán castigados como reos de sedición”. “artículo 36. –desde que el reo sale hasta que se verifique la ejecución, se tocara a plegaria en todos los templos de la parroquia”. “Artículo 37. –ejecutada la sentencia, el párroco o cualquier otro sacerdote pronunciara en el mismo lugar una breve alusión, alusiva a la ejecución. El cadáver permanecerá expuesto al público por dos horas, y después se entregara a los parientes si lo reclaman. Si no lo reclaman podrá darse para que se hagan disecciones anatómicas, o disponer que se sepulsen sin aparato”. “artículo 38. –los cadáveres de los parricidas serán sepultados en sitios retirados, fuera de los cementerios públicos, sin permitirse poner señal que denote el lugar de la sepultura”. “Artículo 39. –si después de dada la sentencia que cause la ejecutoria, y antes o después de haberse notificado el reo, muriese este natural

o violentamente, su cadáver será expuesto al público en el atrio o puerta de la cárcel por tres horas, poniéndose encima del fèretro el cartelón de que habla el artículo 33”. “artículo 40. –si una mujer condenada a muerte se declara y se verifica que está en cinta, no sufrirá la pena de muerte, ni aun se le notificara la sentencia, si no cuarenta días después del parto.

De acuerdo con el minucioso estudio archivístico de Foucault (2002) pareciera posible plantear el establecimiento de un sistema penal totalmente nuevo a mediados del siglo XIX, a pesar de algunos grandes resplandores, la sombría fiesta punitiva esta extinguiéndose, anota el pensador francés a partir de sus reflexiones sobre los suplicios infringidos al condenado Damiens en 1757. Describiendo las condiciones materiales que dan pie para hablar de sociedades disciplinarias agrega, “los trabajos Públicos (...) se suprimen casi en todas partes a fines del siglo XVIII y en la primera mitad del siglo XIX”. No obstante, como bien lo advierte Foucault, las practicas jurídicas permiten pensar estos cambios de manera menos abrupta y ver en ellos procesos de larga duración en los cuales los modelos se desconfiguran, se reinventan, se reelaboran, se desplazan de un lugar a otro o desaparecen en ocasiones casi de forma total. En Nueva Granada, como bien lo expusimos en apartes anteriores, se clasificaron con precisión los castigos en penas corporales y no corporales. Dicha clasificación es una muestra de la convivencia de la “sombria fiesta Punitiva” (suplicios, escarnio público, torturas, etc.).

Las transformaciones del sistema penal implica primariamente la reelaboración de la ley penal (Beccaria, Benthan Brissot) esta tuvo los siguientes matices.¹²¹ (i) La separación de la infracción de la falta religiosa. La falta designa la violación de la ley natural o religiosa, la infracción es la ruptura con la ley establecida en una sociedad por el legislador político; en adelante para que haya infracción se requiere que exista una ley. (ii) La ley penal no debe apelar a la ley natural o religiosa sino reprimir lo que es nocivo porque ataca lo que es útil para la

sociedad. (iii) El crimen no está relacionado con la falta o el pecado es algo que daña a la sociedad. (iv) El criminal es un enemigo social, alguien que daña a la sociedad o el que ha roto el pacto social, el criminal es un enemigo interno. (v) La ley penal no puede prescribir una venganza sino facilitar la reparación de la perturbación causada. (Carrillo, 2009, pág. 47).

Para Finalizar, entendiendo los presupuestos teóricos de Foucault en vigilar y castigar, Zaffaroni interpreta ese fenómeno como un proceso político de expansión del capitalismo y en consecuencia, su proceso de industrialización.

5. EL REVERSO OSCURO DEL CASTIGO MODERNO

El industrialismo no necesitaba conquistar sino explotar, y las guerras se acentuaron como efecto directo de la competencia por la obtención de mercados o materias primas. Su disciplinamiento es más sutil en relación al de la revolución mercantil: no se centró en la programación de la selección de enemigos para eliminarlos, sino en el disciplinamiento de las masas y naciones para incorporarlas a su tecnología y volverlas funcionales al poder industrial. Su principal objetivo no fue matar sino domesticar para explotar. Esto provocó cierta humanización de las penas: del cuerpo se pasó al alma, o sea que se extendió la pena privativa de la libertad. En cierto sentido, es válido afirmar que las cárceles son la imagen del mundo burgués del trabajo pensado hasta sus últimas consecuencias, que el odio de los hombres por lo que deben hacer a sí mismos pone como emblema en el mundo. (Zaffaroni, 2002, pág. 246).

En todo ese proceso, inicia el juego el pensamiento proporcionalista. Que se queda con tres penas: la muerte (única no divisible), la prisión y la multa; la prisión también se explica por la necesidad de establecer nuevas relaciones de dependencia reflejada en los códigos del siglo XIX. Estos responden a una tendencia que está marcada por la lucha de la clase industrial

contra la nobleza, es decir, que carga el lastre de esa pugna de poder y del enorme esfuerzo intelectual por contener el poder punitivo del antiguo régimen. “En su conjunto puede decirse que constituyen, con sus notorias diferencias de grado, la vieja legislación penal liberal, o mejor, la legislación penal del viejo liberalismo, o sea, de la burguesía europea que procuraba asentarse en el poder.” (Zaffaroni, 2002, pág. 248). Estas leyes trataron de reforzar la idea de delito como hecho, de exigir la lesión como requisito inexcusable de la punición y de restaurar el proceso de partes en medida limitada, pues una de las partes es el ministerio público, sin contar con que el acusatorio se desdibujaba con la instrucción inquisitoria del llamado sistema mixto.

La criminalización primaria del mercantilismo sólo pudo ser llevada a la práctica mínimamente, porque de lo contrario hubiese bastado con la mera delincuencia sexual para diezmar a las poblaciones notoriamente reducidas por las enfermedades y las pestes que eclosionaron con la concentración urbana: en buena medida tuvieron una función meramente simbólica, tendiente a generar la imagen del rey en analogía con la imagen divina como dispensador de premios y castigos”. De igual modo, la contención de ese poder que pretendieron llevar a cabo los códigos del viejo liberalismo fue muy relativa, con predominio de presos sin condena y con prisiones altamente deteriorantes y de efectos letales”. Fueron mucho menores los cambios en el ejercicio del poder punitivo que en su planificación: el discurso penal siempre cambia mucho más que la práctica criminalizante, justamente porque en buena medida fue sólo un discurso de legitimación. (Zaffaroni, 2002, pág. 258).

El estado queda reducido a una función recaudadora: se lo concibe como empresa regida por criterios de eficacia. Sus necesidades son contradictorias: deben eliminar todo obstáculo al ejercicio del poder de estos oligopolios y disciplinar o eliminar a los excluidos para que no perturben, lo que requiere ejercicio arbitrario del poder (ideología de seguridad urbana), que

es disfuncional para los oligopolios. Se fomenta una economía de mercado que la comunicación hace crecer en competencia y complejidad y, por ende, en indisciplina, que el propio mercado resuelve con actividades económicas ilícitas organizadas: el combate a estas actividades requiere intervencionismo, pero cada intento intervencionista produce efectos que responden a las propias leyes de mercado, es decir, potencian la actividad ilícita, provocando la elevación de sus niveles de sofisticación, organización, centralización y rentabilidad.

Con el análisis realizado en este trabajo, por un lado, el estudio de la institución procesal de la Pena de Muerte en el Siglo XIX, y por otro, el impacto ideológico que esta contiene en el proceso de normalización y criminalización nivel mundial. Podemos dar una aproximación a la génesis del derecho penal colombiano, entendiéndolo como un proceso ideológico que no solo depende del espacio nacional si no, de todas las tensiones existentes que se desarrollan a nivel global como forma criminalizante de control social.

BIBLIOGRAFÍA

1. Bernate, F. (2004). *El Código Penal Colombiano de 1890. En: Revista de Estudios Socio jurídicos, Julio-Diciembre, año/vol. 6, numero 002.* Bogota: Universidad del Rosario.
2. Carnap, R. (1984). *La suspensión de la metafísica por el análisis lógico del lenguaje.* Mexico DF: Universidad Nacional Autónoma de México.
3. Carrasquilla, J. F. (1998). *Derecho Penal Fundamental. Tomo I.* Bogota: Temis.
4. Carrillo, Y. (2009). *Derecho, Discurso y Poder. Tres ensayos sobre la relación del derecho y el poder político.* Cartagena: Universidad Libre.
5. Foucault, M. (2002). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión.* Mexico: Siglo XXI editores.
6. Franz, V. L. (1994). *La idea de Fin en el Derecho Penal.* Mexico DF: Universidad Nacional Autónoma de México.
7. Garcia, M. G. (2005). *¿Originalidad o dependencia en el pensamiento penal latinoamericano? A propósito de la obra de Alfonso Reyes Echandía” En: Dogmática Penal y Criminología, Los Grandes Penalistas Rinden Homenaje a Alfonso Reyes Echandía.* Bogota: Legis.
8. Habermas, J. (1989). *Ciencia y Técnica como Ideología.* Madrid: Tecnos.
9. Lopez, D. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica Latinoamericana.* Bogota: Legis.
10. Maturana, H. (1996). *La Realidad ¿Objetiva o Construida? Fundamentos Biológicos del Conocimiento.* Barcelona: Anthropos.
11. Mercado, D. (1998). *Aproximación al Concepto de Ciencia y de Ciencia Jurídica.* Cartagena: Universidad de Cartagena.
12. Perez, L. C. (1959). *Derecho Penal Colombiano. Parte General.* Bogota: Temis.
13. Soto, J. R. (1978). *Temas y Casos de Derecho Penal y Procedimiento Penal.* Bogota: Ediciones Librería del Profesional.
14. Thuillier, P. (1992). *Las Pasiones del Conocimiento. Sobre las Dimensiones Culturales del Conocimiento.* Madrid: Alianza Editorial.
15. Velasquez, F. (1995). *Derecho Penal. Parte general.* Bogota: Temis.
16. Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal. Parte General.* Buenos Aires: Ediar.

DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHOS HUMANOS

CONTESTACIÓN DE DEMANDA ANTE LA HONORABLE CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Caso de Enfermeros Cooperados contra la República del Batey
(Caso No. 16825)¹
ESTADO

I- ABREVIATURAS

Art.	Artículo
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CST	Código Sustantivo del Trabajo
CTA	Cooperativas de Trabajo Asociado
Dcto.	Decreto
DDHH	Derechos Humanos
EHE	Empresas Hospitalarias del Estado
ISSB	Instituto de la Seguridad Social del Batey
OC	Opinión Consultiva
OIT	Organización Internacional del Trabajo
Párr.	Párrafo
PSS	Protocolo de San Salvador
TConstB	Tribunal Constitucional Bateyano

II - APERSONAMIENTO

1. Honorables Jueces:

Como Agentes Principal y Alterno, respectivamente, concurrimos ante la Corte en representación de la República del Batey, mediante poder especial otorgado por el Sr. Presidente para que, con plenas facultades, defendamos los intereses bateyanos en el caso de la referencia.

2. Aprovechamos la oportunidad para reiterarle las muestras de nuestra consideración más distinguida.

III- HECHOS RELEVANTES

3. La situación financiera de los hospitales públicos bateyanos en 2001 era crítica: Las convenciones colectivas negociadas en las clínicas del ISSB contemplaban salarios

¹ Documento presentado por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Sede Cartagena en el concurso interinstitucional de derechos humanos, auspiciado por USAID y la Defensoría del Pueblo. Director del documento Dr. Carlos García Granados.

muy altos y una serie de prerrogativas que incrementaban costos laborales; que sumados a la deficiente gestión administrativa del ISSB, llevaron a concluir que se debían reestructurar los hospitales del ISSB.

4. En uso de facultades extraordinarias bajo la Ley 790 de 2001, el Presidente del Batey, mediante Decreto 1750 de 2001 escindió el ISSB y convirtió sus hospitales en ocho EHE, entidades públicas descentralizadas con personería jurídica propia, autonomía administrativa, patrimonio propio, y sometidas al régimen de contratación privada. Todos los servidores públicos de las EHE creadas tendrían el carácter de empleados públicos. Las EHE creadas tras la escisión del ISSB fueron sometidas a procesos de reestructuración en septiembre de 2003. Las juntas directivas de las EHE pactaron con el ministro de Asuntos Laborales y el ministro de Presupuesto Nacional el tamaño de sus plantas de personal y compromisos de indicadores de productividad y racionalización del gasto. Para mitigar el impacto sobre el personal de la EHE se les permitiría conservar su trabajo afiliándose a la cooperativa Enfermecoop. Los trabajadores acordaron afiliarse a la CTA y no iniciar acciones judiciales ni denuncias masivas, firmando los contratos cooperativos y continuaron trabajando en las EHE .
5. En febrero de 2004, el Gobierno expidió el Decreto 595, regulando el derecho de negociación colectiva de los empleados públicos, estableciendo que estos podían formular peticiones respetuosas para concertar mejores condiciones laborales. Los sindicatos de las EHE iniciaron negociaciones con representantes de las juntas directivas de las EHE, quienes se negaron rotundamente afirmando que el único vínculo que los unía era el de los contratos de prestación de servicios de enfermería que habían firmado con Enfermecoop. Los enfermeros solicitaron concepto al Ministerio de Asuntos

Laborales preguntándole si en calidad de trabajadores cooperados podían afiliarse a los sindicatos de estas y participar en la negociación de convenciones colectivas. La División de Asuntos Jurídicos del Ministerio, en concepto No. 156217 de marzo de 2004, respondió que entre las EHE y los trabajadores asociados no existe ningún tipo de vínculo laboral, sino una relación comercial indirecta mediada, en primer lugar, por los contratos de estos con la CTA y, en segunda instancia, por el contrato de prestación de servicios entre esta última y la EHE.

6. En abril de 2004, las EHE y los sindicatos de empleados públicos culminaron procesos de concertación contemplando diversos beneficios. En noviembre de 2004, algunos trabajadores cooperados intentaron reclamar mejores condiciones laborales. Sin embargo, en dichos regímenes se contemplaba que la asamblea de socios para decidir la conformación del comité directivo, única instancia de decisión que funcionaba de forma permanente, se realizaba cada 5 años y la última se había efectuado un mes antes de su ingreso a la CTA. Estos asociados acudieron a la Oficina del Inspector General en diciembre de 2004 para interponer querellas contra la CTA . Dicha Oficina respondió que era incompetente y remitió a los querellantes ante la Intendencia de la Economía Solidaria. La respuesta que recibieron mediante oficio No. 355 de 2004, fue que se había realizado un estricto control de legalidad de los regímenes de trabajo asociado, encontrando que las reclamaciones de los denunciados no correspondían a violaciones a los regímenes de trabajo asociado de Enfermecoop, aceptados cuando firmaron su contrato cooperativo.
7. El 21 de mayo de 2005, 150 trabajadores cooperados decidieron entrar en paro para exigir su reintegro a las plantas de personal de los hospitales o la apertura de espacios de negociación de sus condiciones laborales. Ante la negativa

de las partes a negociar, los trabajadores asociados decidieron permanecer en cese de actividades. Las EHE procedieron a dar por terminados los contratos de prestación de servicios con Enfermecoop, argumentando la causal de *incumplimiento grave de las obligaciones correspondientes* que le permitía terminar unilateralmente el contrato sin incurrir en indemnización alguna.

8. 75 trabajadores asociados que prestaban sus servicios en una de las EHE impugnaron en vía gubernativa, la decisión de terminación unilateral del contrato por parte de la EHE con Enfermecoop, argumentando que les violaba el derecho al trabajo. Al resolver estos recursos, las EHE ratificaron se basaron en el incumplimiento grave por parte de Enfermecoop de las obligaciones a las que se había comprometido en el contrato de prestación de servicios, y que además quien debía interponer tal recurso era la CTA y no los asociados
9. Estos 75 trabajadores emprendieron dos acciones jurídicas: El 18 de agosto de 2005 presentaron demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la decisión administrativa de la EHE, la cual correspondió al Juzgado Segundo Contencioso Administrativo de Tabogó. El 25 de noviembre de 2006, se profirió decisión de primera instancia negando las pretensiones de la demanda. El 27 de noviembre de 2006 esta decisión fue apelada, recurso que se encuentra pendiente de decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Tabogó
10. El 20 de agosto de 2005 presentaron una acción de amparo invocando la protección de sus derechos a la igualdad, trabajo, libre asociación, negociación colectiva y a la huelga en conexión con el derecho al mínimo vital. El 22 de septiembre de 2005, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tabogó denegó el amparo. Según el a-quo, los accionantes disponían de la acción de nulidad y restablecimiento de derecho para controvertir el acto

administrativo que terminó el contrato entre la EHE y Enfermecoop y que los accionantes tampoco probaron la configuración de un perjuicio irremediable. Esta decisión fue apelada y el 30 de agosto de 2006 el Tribunal Superior de Tabogó la confirmó.

IV- TRAMITE INTERAMERICANO

11. Ante la denuncia recibida por la CIDH bajo el número 16825 se nos dio traslado, y se solicitó plazo adicional para presentar observaciones, el cual fue concedido. El 14 de diciembre de 2008, la CIDH recibió nuestras observaciones, donde solicitamos declarar inadmisibles la petición, pues los hechos expuestos no eran violatorios de la CADH, ni de otro tratado internacional sobre los cuales la CIDH tuviera competencia. Se argumentó además que en la jurisdicción interna estaba pendiente de resolverse el recurso judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo, por lo que no se habían agotado las vías internas. Igualmente, manifestamos que los demandantes contaban con dos tipos de recursos que no habían agotado, como lo son una demanda ante la justicia ordinaria para oponer las pretensiones de que se reconozca una relación laboral subordinada entre la EHE y los demandantes y se desvirtúe la existencia de un contrato cooperativo. El otro recurso era la impugnación, vía acción pública de inconstitucionalidad, de la legislación que definió el alcance de los derechos laborales colectivos de los trabajadores de cooperativas.
12. El 15 de diciembre de 2008, el Estado solicitó a la CIDH celebrar audiencia para exponer argumentos sobre inadmisibilidad del caso y escuchar los de los peticionarios. Durante la audiencia del 23 de marzo de 2009, El Estado ratificó sus argumentos.
13. El 28 de mayo de 2009, la CIDH remitió informe de admisibilidad, solicitándonos presentar nuestras observaciones sobre el fondo del caso. La CIDH remitió el 29 de agosto las observaciones de los

peticionarios al Estado y nos asignó un plazo de tres meses para pronunciarnos. El 25 de octubre de 2009, el Estado solicitó un mes adicional a la Comisión para presentar sus observaciones al respecto, plazo que fue concedido. El 29 de noviembre de 2009, el Estado allegó sus observaciones, explicando que la restricción a las CTA de formar asociaciones sindicales se debía a que esta era una figura extraña a su naturaleza, que el legislador del Batey tenía libertad de configuración para definir distintos regímenes de trabajo, compatible con lo dicho por la OIT respecto al derecho de huelga y de negociación colectiva. Asimismo, afirmamos que las EHE habían actuado legítimamente porque se limitaron a dar por terminado un contrato de prestación de servicios, en virtud del incumplimiento grave del mismo.

14. El 20 de enero de 2010, la CIDH convocó a audiencia para debatir el fondo del caso. En esta audiencia, realizada el 17 de marzo de 2010, reiteramos el anterior argumento (*supra*, 13). El 4 de abril de 2010, la CIDH solicitó a ambas partes información adicional sobre los hechos y sobre la voluntad de llegar a un acuerdo. Aportamos información adicional al proceso el 2 de mayo, mostrando nuestra negativa a llegar a un acuerdo amistoso. La CIDH transmitió el Informe de fondo No. 35/10 al Estado el 24 de junio de 2010 y nos dio dos meses de plazo para adoptar sus recomendaciones.
15. El 19 de agosto de 2010, comunicamos a la CIDH que en la Asamblea Legislativa se estaba tramitando un proyecto de ley para prohibir la intermediación laboral mediante CTA. Frente a otras recomendaciones, manifestamos que en el ordenamiento jurídico del Batey el legislador tenía amplia libertad para configurar los distintos regímenes de trabajo, y que las normas promulgadas en virtud de tal facultad habían sido declaradas exequibles por el TConstB. Frente a las reparaciones reiteramos que la decisión de terminación

unilateral del contrato con Enfermecoop por parte de las EHE era legítima y por tanto no procedían.

16. La CIDH decidió el 15 de septiembre de 2010 someter el caso ante la CorteIDH. Por ello, presentamos ante la CorteIDH, memorial en el cual nos oponíamos a la totalidad de las pretensiones formuladas por la CIDH en su demanda, ya que la demanda era inadmisibile, pues los peticionarios no habían agotado la totalidad de los recursos internos; que los demandantes pretendían controvertir ante la CorteIDH el marco normativo que regula las CTA, asunto frente al cual disponían de la acción pública de inconstitucionalidad, y la posibilidad de alegar ante la jurisdicción laboral el reconocimiento del carácter laboral de su relación con las EHE, recursos que no han sido agotados.

V- ANALISIS LEGAL DEL CASO

5.1 Objeto:

17. Si bien la CADH no define el concepto de “excepción preliminar”, conforme a la jurisprudencia de la CorteIDH puede definirse como aquel acto procesal que objeta la admisibilidad de una demanda o la competencia del Tribunal para conocer un determinado caso o alguno de sus aspectos en razón de la persona, la materia, el tiempo o lugar¹. Una excepción preliminar tiene por finalidad obtener una decisión que prevenga o impida el análisis sobre el fondo del aspecto cuestionado o de todo el caso. No obstante, dentro de las atribuciones de la CorteIDH se encuentra la de efectuar el control de legalidad de las actuaciones de la CIDH en lo referente al trámite de asuntos que estén bajo el conocimiento de la propia Corte².

1 CorteIDH Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párr. 34.

2 CorteIDH Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Punto Resolutivo tercero y Caso Castañeda Gutman, párr. 40.

18. Demostraremos en el curso del proceso la falta de agotamiento de los recursos internos, la caducidad de la demanda, la incompetencia de la CorteIDH para conocerla, al igual que la inexistencia de las supuestas violaciones imputadas.

5.1.1 Competencia *ratione loci*:

19. Los hechos de la presente demanda ocurrieron exclusivamente en territorio bateyano, encontrándose bajo jurisdicción de la CorteIDH³.

5.1.2 Incompetencia *ratione materiae* :

20. La CorteIDH es incompetente *ratione materiae* para conocer asuntos que se le hayan presentado la CIDH, en los eventos en que esta última no hubiere agotado el procedimiento consagrado en los arts. 46 y 47, CADH⁴. También, la Corte ha manifestado que la CADH restringe la competencia *ratione materiae* a los derechos consagrados por ella y **no lo hace extensivo a los consagrado en ninguna otra Convención**. La Corte además ha afirmado sobre su propia competencia que *“la función de la Corte es la de interpretar no el derecho interno sino el derecho internacional, que en el caso de la jurisdicción contenciosa está representado por las propias disposiciones de la Convención y en el de la competencia consultiva por la misma Convención y otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”*⁵.

5.1.2.1 Falta de agotamiento de recursos internos

21. Para que una petición sea *admisible* es indispensable interponer y agotar todos los recursos de jurisdicción interna. La CorteIDH ha señalado que sólo deben

ser agotados los recursos adecuados para subsanar las violaciones presuntamente cometidas dentro de un *análisis global del procedimiento*. La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite a los Estados resolver el problema según su Derecho Interno antes de enfrentar un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de DDHH, por ser esta *coadyuvante o complementaria* de la interna (CADH, *Preámbulo*).

22. El Batey se acoge a lo dispuesto por la CorteIDH en múltiples pronunciamientos, donde manifiesta: *“el Estado que alega el no agotamiento tiene a su cargo el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse así como, acreditar que esos recursos son efectivos”*⁶; y solo puede prescindirse su cumplimiento cuando el Estado desconozca o no tramite las pretensiones legítimas de los reclamantes, circunstancias en las que El Batey no ha incurrido. El Batey, desde el inicio del proceso, realizó la respectiva declaración de excepción por falta de agotamiento de recursos internos, no habiendo renunciado ni tácita o expresamente en ninguna instancia de la actuación ante la CorteIDH.

23. La CIDH debió verificar si los procedimientos que existen en El Batey, fueron debidamente aplicados y se encuentran agotados, pues *“...según los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido ocasión de remediarlos por sus propios medios”*⁷,

3 Art. 62 CADH.

4 CorteIDH, Asunto Viviana Gallardo y otros, párr.27.

5 CorteIDH Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986.

6 CorteIDH Caso Tibi, párr. 49 y Caso de la Comunidad de Mayagna (Sumo) Awas Tigni. Excepciones Preliminares, párr. 53. Es de anotar que existen excepciones al no agotamiento de los recursos internos (opinión consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990), pero que en el presente caso no serían aplicables.

7 CorteIDH, Asunto de Viviana Gallardo y otras, decisión de 13 de noviembre de 1981, N° G 10181, Serie A, párrafo 26

lo cual la propia CIDH ha violado palmariamente en este caso, porque a pesar que el Estado - inmediatamente notificado de la petición – manifestó lo pertinente, inició la investigación, sin considerar que la competencia internacional es subsidiaria y no simultánea. Esta actuación de la CIDH configura una injerencia indebida en los procedimientos judiciales bateyanos, menoscabando el derecho de defensa del Estado, quien además de tener que movilizar su aparato jurisdiccional interno, debe asumir una investigación internacional en su contra. La violación del derecho de defensa es un vicio procesal esencial que tiene la virtualidad de anular todo el procedimiento ante la CIDH y frente al mismo cede toda consideración⁸.

24. Como se evidencia en los hechos expuestos a la CIDH, ni todos los recursos con los que cuentan las presuntas víctimas se han utilizado, ni los que se promovieron han sido objeto de decisiones definitivas. Existen medios jurídicos tales como una demanda ante la justicia ordinaria para oponer las pretensiones de que se reconozca una relación laboral subordinada entre la EHE y los demandantes y se desvirtúe la existencia de un contrato cooperativo, o la impugnación, vía acción pública de inconstitucionalidad, de la legislación que definió el alcance de los derechos laborales colectivos de los trabajadores de cooperativas, a los cuales todas las presuntas víctimas han tenido libre acceso; contando con las debidas garantías procesales. Los recursos internos son además adecuados, eficaces e idóneos para proteger las situaciones jurídicas supuestamente infringidas y capaces para producir el resultado para el que han sido concebidos.
25. Resulta evidente que en el caso, las presuntas víctimas han intentado mediante la vía internacional de protección de DDHH agregar una instancia de revisión de unas decisiones ajustadas a derecho contrarias a sus intereses- como la acción de amparo

deprecada-, posibilidad que ha sido limitada por la *doctrina de la “Cuarta Instancia”*. Las decisiones adoptadas por el ordenamiento interno bateyano han sido motivadas de acuerdo con las garantías exigidas por la CADH. Nunca se ha señalado la falta de acceso al tribunal, que este careciera de imparcialidad o independencia, ni que se hubieren violado las normas procesales aplicables. Sólo cuando es evidente que ha habido una violación de uno de los derechos protegidos por la CADH, existirá competencia para conocer el caso. La función real de la CIDH es garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados Partes de la CADH pero no puede hacer las veces de tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia , menos para decisiones conciliadas con las presuntas víctimas, por cuanto desvirtuarían la buena fe y la autonomía para transigir y conciliar derechos en litigio⁹

5.1.2.2 Caducidad de la demanda.

26. El 12 de septiembre de 2008, los peticionarios interpusieron la denuncia ante la CIDH, habiendo pasado **más de dos años de dictada la sentencia en la acción de amparo**, término que rebasa en exceso el establecido en el art. 46.1.b CADH. Sea del caso señalar que *“la naturaleza de un proceso ante un tribunal de derechos humanos hace que las partes no puedan separarse de determinadas reglas procesales, pues las mismas tienen carácter de orden público procesal”*¹⁰ El Estado no desconoce que *“dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados”*. Sin embargo se debe

9 CortelDH. Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004

10 CortelDH, Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Sentencia del 2 de Febrero de 1996, Serie C N° 14, Párr. 28

8 CIDH, caso Abella y otros vs. Argentina 11.137 Informe 55/97 de 18 de noviembre de 1997, Párrafo 141

precisar en estos casos excepcionales que las omisiones y los retrasos deben respetar el criterio de razonabilidad, pues se corre el riesgo de que dichas demoras lesionen las características de imparcialidad, seriedad y confiabilidad del sistema¹¹.

5.1.2.2 Ausencia de competencia *ratione materiae* de la Corte Interamericana para aplicar el Convenio 87 de la OIT, y en consecuencia para pronunciarse sobre el cumplimiento o incumplimiento de los compromisos internacionales contenidos en él.

27. En el presente acápite, el Estado precisará, en gracia de discusión, algunos aspectos de la competencia material de la Corte, que pueden ser útiles al momento de resolver el caso de autos, toda vez que se ha hecho uso de instrumentos internacionales especializados en materias laborales, entre ellos el Convenio 87 de la OIT: La CorteIDH tiene competencia única y exclusivamente para conocer hechos violatorios de la CADH o de aquellos tratados internacionales que le hayan atribuido dicha facultad. En ese sentido la CorteIDH estableció que “*la propia Corte no tiene competencia para decidir si un acto determinado es o no contrario a [...] otros tratados distintos a la Convención Americana*”¹².
28. Teniendo en cuenta que el Convenio 87 de la OIT es un instrumento diferente e independiente de la CADH, y que en él no se le confiere competencia a la CIDH ni a la CorteIDH para conocer y pronunciarse sobre las eventuales violaciones a los derechos y compromisos en él contenidos, este Tribunal no puede aplicarlo ni declarar responsabilidad internacional por eventuales incumplimientos a los compromisos y obligaciones en él contenidos.

11 CortelIDH, Caso Cayara vs. Perú, Excepciones Preliminares, Sentencia del 3 de Febrero de 1993, Serie C N° 14, Párr. 16.

12 Corte I.D.H. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tngni. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000

5.1.3 Incompetencia de la CorteIDH *ratione personae*:

29. El Batey es parte de la CADH desde el 31 de julio de 1973, aceptando sin reservas la competencia contenciosa de la Corte desde el 21 de junio de 1985. Los hechos acacieron tras la entrada en vigor de la CADH, por lo que no hay cuestionamiento *ratione temporis* sobre dicho instrumento.
30. Empero, según los artículos 2(30), 23, 44, 33 del Reglamento de la CorteIDH, la demanda ha de contener la identificación de las partes, pues “*la titularidad de los derechos humanos reside en el individuo, y [...] por ello la violación de los derechos debe ser analizada así mismo de manera individual.*”. Este requisito es una cuestión de equilibrio procesal, e incumplirlo impide caracterizar los hechos alegados o analizar el previo agotamiento de los recursos internos, o evaluar la responsabilidad estatal.
31. Para la satisfacción del requisito de competencia *Ratione Personae* se requiere, por un lado, que el sujeto procesal demandado sea un Estado parte de la CADH, que haya reconocido la competencia contenciosa de la Corte de acuerdo al artículo 62 CADH, y por el otro, que exista un sujeto legitimado por haber sufrido un *daño real, actual y concreto*, con la violación a uno de los derechos consagrados en la CADH, porque es una condición esencial para la activación misma del sistema de peticiones individuales, cuyo objeto no es otro, que la reparación del daño sufrido por una víctima individual o *grupalmente determinada*¹³.
32. En cuanto a las presuntas víctimas de un caso, la jurisprudencia interamericana ha establecido que **deben ser mencionados en la demanda y en el informe de la CIDH**, según el artículo 50 CADH. Además, de conformidad con el artículo 33.1 del Reglamento de la Corte, corresponde a la CIDH y no a la CorteIDH, identificar con precisión y en la debida oportunidad

13 CorteIDH. Caso de las Masacres de Ituango y el Aro vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. párr. 98.

- procesal a las presuntas víctimas¹⁴.
33. El Batey esgrime esta excepción, de acuerdo a los criterios de individualización que maneja el Tribunal y exceptuando las presuntas víctimas que en su propio nombre interpusieron la denuncia¹⁵, no es posible determinar todas las presuntas víctimas, por la complejidad que revisten los hechos y la misma falta de colaboración de éstas.
 34. Las supuestas víctimas a que hace referencia la CIDH refiriéndose a aquellas que han sido objeto de las presuntas violaciones, no han sido identificadas, de forma tal, que una petición individual, carece de un sujeto legitimado. Ha sido reiterada la exigencia de los organismos del Sistema Interamericano, en cuanto a que la víctima, para poder acceder a la protección de la CorteIDH, debe estar debidamente determinada e identificada, pues dicha protección no puede recaer de manera global sobre un grupo abstracto de personas, ya que en ese caso estaríamos ante una *actio popularis*, y ello impide que la petición sea admitida¹⁶.
 35. Es así como la CorteIDH ha sostenido que la inclusión de presuntas víctimas con posterioridad al vencimiento de la oportunidad que tiene el Estado para contestar la demanda, constituye violación de la seguridad jurídica y del derecho de defensa del Estado¹⁷.
 36. Adicionalmente, la CorteIDH ha establecido que no sería posible fijar indemnización

14 CorteIDH. Caso Perozo y Otros vs. Venezuela. Sentencia de 28 de enero de 2009. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas). Parr. 50

15 Severino Severo y Antonio Antonini

16 CIDH. Informe sobre el caso Maria Eugenia Morales de Sierra Vs. Guatemala, de 1998, Párr. 30. ver también, CIDH, Informe sobre el caso Montoya González Vs. Costa Rica, de 1996. Es cierto que la CorteIDH ha admitido que no es necesaria la identificación plena de las víctimas por parte de la Comisión, pero únicamente cuando se trata de adoptar medidas provisionales tendientes a evitar la configuración de daños irreparables de grupos de personas, que si bien no están debidamente individualizadas, sí son determinables. CorteIDH. Asunto de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó respecto Colombia. Medidas Provisionales., considerando octavo; Asunto de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Medidas Provisionales, considerando octavo. Además, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, Párr. 148, 149 y 153.

17 CorteIDH, Caso Montero Aranguren y otros Vs. Venezuela ,5 de julio de 2006, Párr. 33.

alguna respecto de aquellas víctimas que no hayan sido individualizadas¹⁸. De ser acogida la reparación *in genere* peticionada por la CIDH, se sentaría un precedente en el sistema interamericano que estaría en contra del principio de individualización de las víctimas y que afectaría la seguridad jurídica, razonabilidad y equilibrio de dicho sistema¹⁹.

5.1.4 Imposibilidad de alegar hechos nuevos:

37. Finalmente ha sido establecido por este Tribunal que en lo que respecta a los hechos objeto del proceso, no es posible para los representantes alegar nuevos hechos distintos de los planteados en la demanda, Si bien es cierto que la demanda no ha de ser, necesariamente, una simple reiteración del informe rendido por la CIDH, también lo es que no debiera contener conceptos de violación que el Estado no conoció durante la etapa del procedimiento que se sigue ante la propia CIDH, y que por eso mismo no pudo desvirtuar oportunamente. No sobra recordar que en esa etapa el Estado dispone de la posibilidad de admitir los hechos aducidos por los denunciados, rechazarlos motivadamente o procurar una solución amistosa que evite la remisión del asunto a la Corte. Si el Estado desconoce ciertos hechos o afirmaciones que luego se presentarán en la demanda, no puede ejercer sus derechos en aquella etapa procesal²⁰. Los hechos supervinientes y referencias contextuales no constituyen nuevas oportunidades para que las partes introduzcan hechos diferentes de los que conforman el marco fáctico del proceso²¹.

18 CorteIDH, Caso de la Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala, Párr. 273.

19 CorteIDH. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay Sentencia de 2 de septiembre de 2004. parr 106.

20 CorteIDH Caso Cantoral Benavides, Sentencia de excepciones preliminares, Sentencia de 3 de septiembre de 1998. Serie C No. 40, párr. 46. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, supra nota 3, párr. 54; Caso de la Masacre de Mapiripán, supra nota 9, párrs. 58 y 59, y Caso "Cinco Pensionistas". Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

21 CorteIDH, Caso Escher vs Brasil. Serie C. No. 200, Párrafo 45

Recapitulación :

38. La CorteIDH debe guardar un justo equilibrio entre la protección de los derechos humanos, fin último del sistema, y la seguridad jurídica y equidad procesal que aseguran la estabilidad y confiabilidad de la tutela internacional. De la misma manera este Tribunal ha señalado que, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*)²².
39. Si a pesar de lo anterior, la CorteIDH considera admisible la demanda presentada por la CIDH, El Batey subsidiariamente desarrollará los siguientes argumentos de defensa sobre el fondo, todos ellos en relación con los arts. 1.1 y 2 CADH:

5.2.1 Ausencia de vulneración de los artículos 8 y 25 CADH.

40. Los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los DDHH (Art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (Art. 8.1), todo ello atendiendo la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción²³. La efectividad a que se refiere el artículo 25 está, entre otros aspectos, directamente relacionada con el concepto de plazo razonable, el cual atiende a cuatro elementos: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales²⁴, d) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la

persona involucrada en el mismo²⁵.

41. El servicio que presta la administración de justicia es de invaluable trascendencia para la democracia como mecanismo para la materialización de los derechos, la solución de controversias y la eficacia del ordenamiento jurídico²⁶. El sistema judicial bateyano, a pesar de las grandes demandas ciudadanas, sigue manteniendo estándares mínimos exigibles por la comunidad internacional con respecto a la efectividad, imparcialidad e independencia del poder judicial, y de los demás mecanismos administrativos destinados a la protección de los derechos humanos. De conformidad con la jurisprudencia de la CorteIDH, la protección judicial que reconoce la CADH comprende el derecho a procedimientos justos, imparciales y rápidos, que brinden la posibilidad, pero nunca la garantía de un resultado favorable, siempre y cuando las razones de los falladores hayan sido acordes con normas y principios internos e internacionales²⁷. De manera pues que en el caso concreto, para probar la violación del derecho a la protección judicial, la CIDH tendría que cuestionar la legalidad de los procedimientos llevados a cabo por el Estado con miras a proteger los derechos humanos, lo cual a todas luces le resulta imposible a partir de un seguimiento verídico de los procesos.
42. Si bien los demandantes interpusieron la acción de amparo, éste no era el mecanismo apropiado, porque según dispone el decreto 2591 de 1991, es una acción que no puede interponerse directamente, menos cuando existen mecanismos específicos para proteger el derecho afectado. Los actores no esperaron la respuesta por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que decidieron acceder directamente a los tribunales internacionales. Sobre la acción de amparo interpuesta por los

22 CorteIDH Caso del Tribunal Constitucional. Competencia.

23 CorteIDH Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 91.

24 CorteIDH, Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, Párr. 77.

25 CorteIDH, Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, Párr. 155.

26 CorteIDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr 114

27 CIDH, Caso Marzioni v. Argentina, párr. 47.

peticionarios, existe una decisión de fondo, sustentada y ratificada en todas las instancias nacionales por distintos jueces y no media acusación alguna ni existe prueba de que se hubieran adelantado los procesos de manera irregular.

43. Es un hecho de todos conocido que la congestión de la jurisdicción contencioso administrativa supera los límites de lo razonable. Es importante en este punto, tener en cuenta que el verdadero nivel de represamiento del sistema no ha podido estimarse por cuanto subsiste la distorsión estadística generada por el denominado “retraso aparente”, que se define, como el volumen de expedientes que permanecen en los despachos judiciales por períodos prolongados, sin que su situación sea atribuible a la falta de diligencia o respuesta efectiva del aparato de justicia, sino más bien el interés de las partes o de sus apoderados en mantenerlos inactivos mientras se buscan otras soluciones extra-judiciales al conflicto. En el caso que nos compete, el Estado es consciente que ha habido tardanzas en la solución de alguno de los recursos interpuestos por las víctimas; sin embargo, ello se encuentra plenamente justificado, debido a la complejidad de los derechos implicados en este caso, lo que hace que los magistrados que conocen de la demanda promovida y que está próxima a dictar sentencia necesiten un *plazo razonable* para cumplir su objetivo.

44. A la par de lo anterior, existen recursos que ni siquiera han ejercido los denunciantes. Sobre ellos, no existe prueba que demuestre que no ha sido posible agotarlos y en especial queda demostrado que los recursos cuentan con las características que les permiten subsanar, de ser necesario, la situación que se denuncia²⁸. Ello tampoco quiere decir que el Estado haya sido omisivo o que no esté dispuesto a suscitar la activación de todo el sistema judicial interno que fuere necesario en orden a restablecer los derechos conculcados. Por ello, solicitamos muy respetuosamente

28 CortelDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Serie C No. 69. párr. 164

a este Honorable Tribunal, que tenga en cuenta la necesidad de darle al Estado la oportunidad para resolver internamente estos procesos y se declare que aún no se han agotado los recursos de la jurisdicción interna, y por lo tanto inadmita la demanda presentada por la CIDH.

5.2.1 Ausencia de vulneración de los artículos 15 y 16 CADH, en concordancia con los arts. 1,2,3,5,6,7, y 8 del PSS.

45. El TConstB se ha caracterizado por ser uno de los tribunales más garantistas del continente y ha interpretado que el derecho fundamental de asociación, tiene dos dimensiones: “...una positiva que consiste en la facultad que tienen todas las personas para fundar o integrar libremente, en forma voluntaria, organizaciones reconocidas por el Estado y capacitadas para operar en el tráfico jurídico, comprometidas en la realización de diversos proyectos, ya sea de carácter social, cultural, económico, etc.; y, una dimensión o faceta de carácter negativo derivada en forma directa del derecho de libertad y, se expresa en la facultad que tiene toda persona para negarse o abstenerse de formar parte de determinada asociación y su derecho correlativo a no ser obligado ni directa ni indirectamente a ello...”²⁹ De hecho, el Constituyente de 1991 no excluyó del derecho de asociación sindical a los empleados públicos, sino que le dio consagración constitucional al derecho que les reconocían la ley y la jurisprudencia anterior y amplió las garantías para su ejercicio, al no excluirlos del derecho al fuero sindical³⁰, atendiendo las previsiones de los Tratados Internacionales³¹ ratificados,

29 TConstB Sentencia T-1080/04 Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araújo Rentería Veintinueve (29) de octubre de dos mil cuatro (2004).

30 TConstB. Sentencia No. C-593/93 Magistrado Sustanciador: Dr. Carlos Gaviria Díaz. catorce (14) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993)

31 Resultan pertinentes al tema, el Convenio No. 87, relativo a la libertad sindical y protección del derecho de sindicalización, y el Convenio No. 98, sobre el derecho de sindicalización y negociación colectiva. El Convenio No. 87, no establece diferenciación alguna entre los tra-

- de conformidad con las nuevas previsiones constitucionales. En virtud de lo anterior, se expidió la Ley 362 de 1997 - que fuera modificada posteriormente por la Ley 712 de 2001- y estableció que la jurisdicción laboral conocerá de los asuntos sobre fuero sindical de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos.
46. El artículo 15 CADH consagra el derecho de reunión pacífica y sin armas. A su vez, la libertad de asociación, prevista en el artículo 16 *ibídem* presupone el derecho de reunión y se caracteriza por habilitar a las personas para crear o participar en entidades u organizaciones con el objeto de actuar colectivamente para la consecución de los más diversos fines, siempre y cuando éstos sean legítimos. A diferencia de la libertad de asociación, el derecho de reunión no implica necesariamente la creación o participación en una entidad u organización, sino que puede manifestarse en una unión esporádica o congregación para perseguir los más diversos fines mientras éstos sean pacíficos y conformes con la CADH³².
47. Sin embargo, estos derechos no son de carácter absoluto y, en consecuencia, pueden sufrir restricciones por parte del legislador, siempre y cuando no se vulnere su núcleo esencial. Corresponde al legislador “*la responsabilidad de establecer, por medio de la ley, los preceptos que desarrollen la garantía de dichas libertades, en aspectos que permitan la efectividad de su ejercicio.*”³³. Aunque no existe un impedimento constitucional para que en el futuro, si se estima conveniente, se implanten en el país mecanismos de negociación colectiva que permitan a los empleados públicos celebrar convenciones colectivas de trabajo. Aunque dicha posibilidad hoy no existe, la misma queda sujeta al criterio del legislador.
48. Asimismo, la CADH no se limita a exigir la existencia de una ley para que sean jurídicamente lícitas las restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades, sino que requiere que las leyes se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.³⁴ Lo anterior encuentra su justificación en el hecho de que los principios pluralistas, democráticos y participativos tienen un alcance extenso³⁵, en la medida en que están llamados a aplicarse en los espacios más cercanos a la persona humana, como manifestación del “traslado de la democracia desde el ámbito del Estado hacia la sociedad.”³⁶ En este sentido, el cambio de régimen no ofende las disposiciones internacionales que propugnan la defensa de los derechos laborales de los empleados del Estado, específicamente las contenidas en los Convenios 87 y 98 de la OIT, recogidos por las Leyes 26 y 27 de 1976.
49. Del acervo probatorio del presente caso no surge prueba alguna que indique que los trabajadores despedidos hayan sido de alguna manera perturbados en su derecho de reunirse de forma “*pacífica y sin armas*”.

34 CorteIDH La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 28.

35 TConstB. Sentencia T-173/95 M.P. Carlos Gaviria Díaz, citando a Helmut Dübhel. ¿Qué es el neoconservadurismo? Ed. Anthropos. Barcelona. 1993. p. 48. Sobre el carácter expansivo o universal del principio democrático, la Corte ha dicho: "...es universal en la medida en que compromete varios escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El principio democrático es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encausa a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de aplicarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción." (Sentencia C-089/94. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada en la sentencia C-866/01 M.P. Jaime Córdoba Triviño).

36 LONDOÑO, Juan Fernando. "Aproximación a la democracia participativa". En: Sociedad Civil, Control Social y Democracia Participativa. FESCOL. 1997. Pg. 17.

bajadores. Por su parte, el Convenio No. 98, sí aclara en su artículo 6, que no se refiere a los funcionarios públicos, advirtiendo que tal hecho no puede interpretarse en menoscabo de sus derechos o estatuto.

32 CorteIDH Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs Perú. Serie C, No. 167, párrafo 169

33 TConstB Sentencia C-567/00 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

En razón de lo expuesto, la CorteIDH debe concluir que el Estado no violó el derecho de reunión consagrado en el artículo 15 CADH³⁷

50. De otra parte, la OIT, en su declaración 193, había resaltado que “*las cooperativas, en sus diversas formas, promueven la más completa participación de toda la población en el desarrollo económico y social*” y que la promoción de las cooperativas “*debería considerarse como uno de los pilares del desarrollo económico y social, nacional e internacional*”. Las CTA han sido definidas por el legislador así: “*Las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios*” (art. 70 ley 79/88). El principal aporte de los asociados en esta clase de organizaciones es su trabajo, puesto que los aportes de capital son mínimos. Dada la naturaleza empresarial de este tipo de organizaciones, en las que no existe la relación de subordinación propia de la relación laboral ordinaria, los asociados no prestan un servicio remunerado sino que aportan a la organización su trabajo, razón que fundamenta la imposibilidad de aplicar como fuente jurídica el Código Sustantivo del Trabajo. La ausencia de subordinación nace de una premisa fundamental: el trabajador asociado no vende su fuerza de trabajo, como ocurre en las relaciones laborales dependientes, sino que lo aporta a una persona jurídica de la cual es socio (propietario), en los mismos términos que ocurriría para una sociedad civil o mercantil cuando uno de sus socios hace un aporte de industria. Bajo ese escenario, asume el riesgo empresarial de ganancia o pérdida, lo que tampoco ocurre en los vínculos de trabajo ordinario, donde el trabajador recibe el precio de su labor sin importar el éxito o fracaso de su empleador. Ahora bien: si la asociación en esta clase de cooperativas es absolutamente libre y voluntaria resulta claro que quienes a ella deseen vincularse

deben conocer las normas que las rigen y los derechos que les asisten, como también las ventajas, riesgos y posibilidades que representa esta clase de trabajo frente al trabajo dependiente. La ley no les impone a los trabajadores ese rumbo; simplemente crea un sistema diferente de trabajo que en nada vulnera el ordenamiento superior³⁸.

51. El desprestigio al que habían sido sometidas las CTA se basa en peligrosas e injustas generalizaciones que podrían conducir a tomar medidas equivocadas como lo sería su eventual eliminación, medida que, aparte de afectar las oportunidades de empleo de los trabajadores del Batey y el crecimiento de la economía, constituiría una verdadera violación del derecho de asociación y un claro retroceso del Estado frente a los compromisos internacionales que ha asumido. El gobierno del Batey impulsó la aprobación en el Congreso de la Ley 1233 de 2004 mediante la que establecía un tope mínimo de derechos para los trabajadores cooperados que las CTA tendrían que respetar en la definición de sus regímenes. Adicionalmente la Ley contempló la creación de una Intendencia de la Economía Solidaria que, a partir de entonces, se encargaría de controlar que los regímenes de trabajo asociado de las CTA se ajustaran a la Constitución y la ley, y capacidad de sancionar a las CTA que en su funcionamiento se desviaran de la filosofía cooperativa.

52. En las CTA, sus miembros deben sujetarse a unas reglas que son de estricta observancia para todos los asociados, expedidas y aprobadas por ellos mismos. Esta facultad que tienen los asociados de tales organizaciones para autorregularse no significa que el legislador no pueda reglamentar algunos asuntos relacionados con ellas; lo que ocurre es que no puede injerir en su ámbito estrictamente interno, pues ello depende de la libre y autónoma decisión de los miembros que las

³⁸ El TConstB declaró EXEQUIBLE el artículo 6° del Código Procesal del Trabajo (Decreto 2158 de 1948, adaptado por el Decreto 4133 de 1948, como legislación permanente).

³⁷ CorteIDH Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Parr 149 y 150.

conforman. En consecuencia, como algunas de esas regulaciones podrían infringir la Constitución y las leyes, corresponderá a las autoridades competentes **en el derecho interno** analizar en cada caso particular y concreto si éstas se ajustan a sus preceptos y, en especial, si respetan o no los derechos fundamentales del trabajador³⁹

53. A partir de lo anterior, cabría señalar que es viable que a una cooperativa se le pueda dar por terminado un contrato por el no cumplimiento de los deberes del asociado, en el caso particular, el deber presentarse al lugar de trabajo en las condiciones pactadas en el convenio correspondiente, y que es obligatorio no sólo para la CTA sino también para cualquiera de sus asociados. Además se previeron con claridad y precisión las causales de terminación del mismo, sin que ello involucre vulneración alguna de las precitadas disposiciones Convencionales o de las contenidas en el PSS. Las medidas legislativas con las cuales los enfermeros fueron cambiados de régimen laboral habían sido declaradas exequibles por el TConstB, y que contrario a restringir los derechos alegados por los peticionarios, lo que habían permitido era protegerlos, pues eran necesarias para garantizar la sostenibilidad financiera de las EHE y con ello el derecho al trabajo y todos los demás derechos laborales de los enfermeros.

5.2.3 Ausencia de vulneración del Art. 24 CADH

54. El derecho de igualdad ante la ley, tal como lo ha entendido la CorteIDH “*es un principio que permea todo el ordenamiento jurídico*”⁴⁰. En función del mismo, se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. La discriminación puede ser descrita como una distinción, intencional o no, basada en características personales del individuo o grupo que tiene el efecto de

imponer responsabilidades, obligaciones y desventajas al individuo o grupo que no son impuestas en otros o que retira o limita su acceso a oportunidades, beneficios y ventajas disponibles para otros miembros de la sociedad.⁴¹ Pero, como bien lo señala la honorable CorteIDH, “*no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana*”⁴². Toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un *principio de razón suficiente*⁴³.

55. La *igualdad* busca un tratamiento igual para casos análogos y diferente para situaciones cuyas características son distintas. En el presente caso no se infringe tal principio por que las relaciones de trabajo de los socios de las CTA son distintas de las que tienen los trabajadores asalariados y, por consiguiente, no pueden ser objeto de comparación. Las CTA se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador. Siendo así no es posible hablar de empleadores por una parte, y de trabajadores por la otra, como en las relaciones de trabajo subordinado o dependiente. Esta la razón para que a los socios-trabajadores de tales cooperativas no se les apliquen las normas del CST, estatuto que regula solamente el trabajo dependiente, esto es, el que se presta bajo la continuada dependencia o subordinación de un empleador y por el cual el trabajador recibe una retribución que se denomina salario.
56. También el TConstB ha encontrado legítima la restricción al derecho de negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos, cuando consideró en la sentencia

39 TConstB Sent. T-394/99 M.P. Martha Sáchica de Moncaleano

40 CorteIDH Opinión consultiva OC-18/03, párr. 100 y Caso Castañeda Gutman vs México Serie C, No. 184, Párrafos 211 y 212.

41 FLOREZ RUIZ, Jose Rodrigo. Curso de derecho constitucional Colombiano. 2008

42 CorteIDH. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4. Párr. 56.

43 TConstB. Sentencia C- 075 de 2007

C-110/94 declarar exequible la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales. Mientras los primeros tienen establecida con el Estado una relación legal y reglamentaria, los segundos están vinculados al servicio público mediante contrato que se rige por normas especiales. Y en la sentencia C-377 de 1998, al revisar la constitucionalidad del *“Convenio 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública”* y de la Ley aprobatoria de dicho instrumento, considero exequible la diferenciación entre trabajadores oficiales y empleados públicos para efectos del ejercicio del derecho de negociación colectiva, señalando que los primeros gozan de este derecho plenamente, mientras que los segundos lo hacen de manera restringida, pues si bien éstos tienen derecho a buscar y alcanzar soluciones concertadas en caso de conflicto, no se puede afectar en modo alguno la facultad que tienen las autoridades de fijar unilateralmente las condiciones de empleo.

57. Con fundamento en consideraciones similares, la Corte Suprema de Justicia también ha encontrado justificada la restricción al derecho de negociación colectiva de los sindicatos de empleados públicos, señalando además que aquélla *“no se contrapone a los Convenios 151 y 154 de la OIT, aprobados por las Leyes N° 411 del 5 de Noviembre de 1997 y 524 del 12 de Agosto de 1999 respectivamente, porque en tales instrumentos internacionales se consagra la negociación colectiva para los empleados públicos como una de las opciones que puede adoptar la autoridad nacional competente o también como una medida deseable para que las organizaciones que representan a aquéllos participen con las autoridades públicas competentes en el establecimiento de las condiciones de trabajo, así como en la solución de sus diferencias laborales. Por ello, se hace en estos una invitación a los Estados para que, de acuerdo con las*

*situaciones propias de cada nación, se adelanten campañas de estímulo y fomento de tal mecanismo de concertación en el sector público”*⁴⁴

58. De lo dicho se deduce entonces que los servidores públicos adscritos a las EHE que adquirieron la categoría de empleados públicos y perdieron la de trabajadores oficiales, perdieron con ella el derecho a presentar pliegos de peticiones y a negociar convenciones colectivas de trabajo. Pese a que, en principio, tal desventaja podría interpretarse como una afectación de los derechos adquiridos de los trabajadores oficiales, es lo cierto que la imposibilidad de presentar convenciones colectivas de trabajo no se erige en quebrantamiento de tales garantías. El derecho a pertenecer a uno u otro régimen laboral no constituye un derecho adquirido, pues el legislador, habilitado por una potestad general de regulación, puede determinar la estructura de la administración pública de acuerdo con su valoración de las necesidades públicas. Como consecuencia de dicha potestad, **los empleados públicos gozan de un derecho de menor incidencia pero no de menor jerarquía**, radicado también en el derecho internacional, que les garantiza una presencia significativa en los procesos de determinación de sus condiciones laborales⁴⁵. Finalmente, no hay ninguna clase de discriminación por el hecho de que los trabajadores cooperados tuvieran salarios, prestaciones y condiciones laborales distintas a las de los enfermeros que eran empleados públicos, pues pertenecían a regímenes laborales distintos, y los mecanismos administrativos y judiciales para denunciar violaciones a estos regímenes funcionan adecuadamente.

44 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 5 de junio de 2001. Rad. 16788. M.P. Germán Valdés Sánchez.

45 TConstB Sentencia C-090 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett

VI- CONCLUSIONES:

59. El modelo de *Estado social de derecho* diseñado por la Constitución bateyana, incluye como presupuesto de la actividad estatal la búsqueda y obtención de la prosperidad general y la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella.
60. Ahorabien: que algunas CTA eventualmente cometen irregularidades, ello no es óbice para aclarar a los peticionarios que el control y vigilancia efectiva por parte del Estado a **nivel interno** es lo que puede garantizarle, no sólo a los trabajadores bateyanos sino a la comunidad en general, que esta clase de asociaciones cumplan adecuadamente los fines para el cual fueron constituidas.
61. Este Tribunal también ha considerado que en casos en que no sea posible vislumbrar con claridad y certeza el daño inmaterial de las víctimas, por no tratarse, por ejemplo, de graves violaciones de derechos humanos, la carga de la prueba del representante es aún mayor a la hora de fundamentar el nexo causal entre la violación a la CADH y el daño alegado. En caso de no probarse de manera detallada dicho nexo causal, la CorteIDH no puede intentar determinar un daño que no se encuentra plenamente probado. De allí que en estos casos se

requiere argumentar sobre la prueba de manera completa y precisa para adoptar una decisión fundamentada al respecto⁴⁶

62. El Batey quisiera concluir su defensa señalando que cuenta con suficientes recursos de derecho interno para hacer efectivos los derechos, así como para el cumplimiento de los deberes generales de la CADH. Algunos de estos ya se han ejercido, los restantes continúan a disposición de las presuntas víctimas. Por lo tanto la CorteIDH debe declarar la ausencia de responsabilidad del Estado en este caso.

VII- PETITORIO

63. El Batey, basándose en los hechos demostrados y los argumentos jurídicos esgrimidos aquí, solicita muy respetuosamente a la CorteIDH:
 - Declararse incompetente para conocer el presente caso, sometido a su consideración por la CIDH, por las cuestiones de admisibilidad arriba expuestas.
 - En subsidio, desestimar la solicitud de la CIDH y de los peticionarios para que se declare responsable al Estado de haber violado los artículos 8,15,16, 24, y 25 CADH; 1, 2, 3, 5, 6, 7 y 8 del PSS, y 2 y 3 del Convenio No. 87 de la OIT, este último por falta de competencia *ratione materiae*.

46 CorteIDH Caso Abrill Alosilla vs Perú Serie C. No. 233, párrafo 128

BIBLIOGRAFÍA

1. **BARBOSA DELGADO**, Francisco. *Litigio interamericano. Perspectiva Jurídica del Sistema de Protección de Derechos Humanos*. Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. Bogotá, 2002.
2. **CANÇADO TRINDADE, A.A. y MARTÍNEZ MORENO, A.**, *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*, vol. I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 5-64.
3. **FLOREZ RUIZ**, Jose Rodrigo. *Curso de derecho constitucional Colombiano*. 2008
4. **LONDOÑO**, Juan Fernando. “*Aproximación a la democracia participativa*”. En: Sociedad Civil, Control Social y Democracia Participativa. FESCOL. 1997.
5. **O’DONNELL**, Daniel. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá. 2004.
6. **OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS**. *Compilación de Jurisprudencia y Doctrina Nacional e Internacional*, volúmenes I, II III, IV y V 2001-2002-2006
7. **OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS**. *Compilación de Instrumentos Internacionales*, 2002.
8. **RODRÍGUEZ PINZÓN**, Diego y Otros, *La Dimensión Internacional de los Derechos Humanos*, Banco Interamericano de Desarrollo, 1999, 592 pág.
9. www.cidh.org
10. www.corteidh.or.cr
11. www.defensoria.org.co
12. www.echr.coe.int
13. www.ilo.org/global/lang--es/index.htm
14. www.ramajudicial.gov.co

EVOLUCIÓN Y AVANCE DE LA NORMATIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS¹

Viviana Elsa Villalobos Cantillo

RESUMEN

Teniendo en cuenta las pronunciaciones hechas por la UNICEF podríamos decir que los derechos humanos son normas básicas necesarias para vivir como un ser humano, sin las cuales las personas no pueden sobrevivir ni desarrollarse con dignidad. Son inherentes al ser humano, inalienables y universales.

Las Naciones Unidas establecieron una serie de normas comunes sobre los derechos humanos cuando aprobaron en 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos. Aunque esta Declaración no forma parte de la ley internacional vinculante, su aceptación por parte de todos los países del mundo supone un apoyo moral al principio fundamental de que todos los seres humanos, ricos y pobres, fuertes y débiles, hombres y mujeres, de todas las razas y religiones, deben ser tratados con igualdad y es preciso respetar su valor natural como seres humanos.

PALABRAS CLAVES

Derechos humanos, derechos de los niños y niñas, derechos del ciudadano.

ABSTRACT

Given the pronouncements made by UNICEF could say that human rights are basic rules necessary to live as a human being, without which people can not survive and develop with dignity. They are inherent to human beings, inalienable and universal.

The United Nations established a set of common standards on human rights in 1948 when they adopted the Universal Declaration of Human Rights. Although this statement is not part of binding international law, its acceptance by all countries of the world is a moral support to the fundamental principle that all human beings, rich and poor, strong and weak, men and women of all races and religions should be treated equally and must respect its natural value as human beings.

KEYWORDS

Human rights, rights of children, rights of citizens.

¹ Viviana Elsa Villalobos. Estudiante del Programa de Derecho de la Universidad Libre, Sede Cartagena. Miembro del Semillero de Investigación Transformación del Estado y Derechos Humanos.

MARCO HISTÓRICO DE DERECHOS

Las distintas culminaciones de la Revolución estadounidense y la Revolución francesa, hitos fundamentales del efectivo paso a la Edad Contemporánea, representan el fin o el principio, según se quiera ver, del complejo proceso de reconocimiento o creación de los derechos humanos. Si las revoluciones son el revulsivo que da lugar a la gestación de los derechos humanos, las diversas actas de nacimiento lo constituyen las declaraciones de derechos de las colonias estadounidenses, en especial la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, considerada la primera declaración moderna de derechos humanos, y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789, influenciada por la anterior. Estas declaraciones, fundamentadas en el iusnaturalismo racionalista, suponen la conversión del derecho subjetivo en centro del orden jurídico, y a aquél se supedita el Derecho como orden social.

Fruto de este influjo iusnaturalista, los derechos reconocidos tienen vocación de traspasar las fronteras nacionales y se consideran “derechos de los hombres”. Aunque el primer uso constatado de la expresión “derechos del hombre” (*iura hominum*) se produjo ya en 1537, en un texto de Volmerus titulado *Historia diplomática rerum ataviarum*, la denominación no se popularizó entre la doctrina hasta finales del siglo XVIII, con la obra de Thomas Paine *The Rights of Man* (1791-1792). Según se plasmó en las Declaraciones, tanto los revolucionarios franceses como los estadounidenses consideraban que estos derechos eran inalienables e inherentes a la naturaleza humana, incluso verdades “evidentes” según la Declaración de Independencia de los Estados Unidos. Pese a ello, decidieron recogerlos en declaraciones públicas, lo que se justifica por motivos jurídicos y políticos. En lo primero, debe tenerse en cuenta que para el iluminismo revolucionario la Constitución es la que garantiza los derechos y libertades, lo que explica la formulación positiva de los mismos. En lo segundo, se pretendía facilitar la salvaguarda del libre desarrollo del individuo en la sociedad frente a la arbitrariedad del poder: ya el Preámbulo de la Declaración de los

Derechos del Hombre y del Ciudadano afirmó expresamente que “la ignorancia, la negligencia o el desprecio de los derechos humanos son las únicas causas de calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos”.

La primera declaración de derechos del hombre de la época moderna es la Declaración de Derechos de Virginia, escrita por George Mason y proclamada por la Convención de Virginia el 12 de junio de 1776. En gran medida influyó a Thomas Jefferson para la declaración de derechos humanos que se contiene en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, de 4 de julio de 1776, a las otras colonias de América del Norte y a la Asamblea Nacional francesa en su declaración de 1789.

Para desarrollar el objetivo principal de esta unidad que es conocer los tratados internacionales, convenios, cartas resolutivas que desarrollen lo referente a los derechos de niñas y niños adolescentes. Se hace necesario no solo desarrollar una serie de temas que toman un papel importante en esto, como lo son en primera medida la declaración americana de los derechos y deberes del hombre, la declaración universal de los derechos humanos, ya que estos son los pilares que nos van a servir de base para desarrollar, analizar y entender toda la normatividad que en cuanto a derecho está establecida pues son estas declaraciones las que nos marcan un camino al reconocimiento de nuestros derechos.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS A NIVEL INTERNACIONAL

La noción de derechos humanos recogida en las Declaraciones, basada en la ideología burguesa del individualismo filosófico y el liberalismo económico no experimentó grandes cambios a lo largo del siglo siguiente hasta que, ante las pésimas condiciones de vida de las masas obreras, surgieron movimientos sindicales y luchas obreras que articularon sus demandas en forma de nuevos derechos que pretendían dar solución a ciertos problemas sociales a través de la intervención del Estado, como la garantía del

derecho de huelga, unas condiciones mínimas de trabajo o la prohibición o regulación del trabajo infantil. Desde la primera mitad del siglo XIX se había desarrollado una nueva filosofía social que se manifestó en el socialismo utópico, el reformismo de la Escuela Católica Social, la socialdemocracia, el anarquismo o el socialismo científico. En esta nueva fase fueron muy importantes la Revolución rusa o la Revolución mexicana.

Además de las luchas obreras, a lo largo de la edad contemporánea los movimientos por el sufragio femenino consiguieron para muchas mujeres el derecho de voto; movimientos de liberación nacional consiguieron librarse del dominio de las potencias coloniales; y triunfaron diversas reivindicaciones de minorías raciales o religiosas oprimidas, movimientos por los derechos civiles o movimientos de políticas de identidad que defienden la autodeterminación cultural de colectivos humanos.

El siglo XX se caracterizó también por la incorporación de los derechos humanos al Derecho internacional. Si a principios del siglo se afirmaba que esta rama del Derecho sólo regulaba las relaciones entre Estados y excluía a los particulares, el cambio fue rápido y tras la Segunda Guerra Mundial, según Juan Antonio Carrillo Salcedo, los derechos humanos podían considerarse un principio constitucional del Derecho internacional contemporáneo. Es especialmente desde el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas, en 1945, cuando el concepto de derechos humanos se ha universalizado y alcanzado la gran importancia que tiene en la cultura jurídica internacional. El 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), como respuesta a los horrores de la Segunda Guerra Mundial y como intento de sentar las bases del nuevo orden internacional que surgía tras el armisticio.

Posteriormente se han aprobado numerosos tratados internacionales sobre la materia, entre los que destacan los Pactos Internacionales

de Derechos Humanos de 1966 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales), y se han creado diversos dispositivos para su promoción y garantía.

Como bien lo plantea el doctor Ernesto Rey a quien seguimos por su trascendentes aportes en cuanto a derechos se trata, podríamos decir que compartimos con este el que la historia de la humanidad ha estado marcada por hechos violentos que han afectado no solo la vida si no también la integridad de las personas, por la esclavitud que en principios se daba, por el sometimiento al que muchas veces se veían pueblos expuestos, la explotación, la discriminación, la intolerancia, la falta de respeto por los demás, por penas inhumanas, atropellos, y por tantas situaciones que le ocasionan a los seres humanos sufrimientos en su existencia, como si el transcurrir de la humanidad estuviera determinado solamente por las dificultades y tragedias. Pero al mismo tiempo podemos decir que todas estas situaciones en las que se ha visto inmerso el ser humano ha sido al mismo tiempo una constante lucha de este por obtener el reconocimiento que le corresponde ante los demás, para no ser esclavizado, para no ser exterminado, para no ser desplazado o desaparecido, y luchar por esa búsqueda y reconocimiento como seres humanos con dignidad capaces de poder lograr derechos económicos, sociales y culturales, y pues la historia nos dice que la cuota de sangre ha sido grande pero lo cierto es que cada generación ha dejado un legado de lucha y de derechos que han servido de base para el avance y reconocimiento de estos. Tanta ha sido la lucha que hoy os damos cuenta que tantos esfuerzos valieron la pena aun cuando algunos pocos intenten echarlos abajo.

Hoy por hoy nos damos cuenta que esta lucha aun no acaba por que aun cuando ya se nos han reconocidos un sin número de derechos, nos fijamos por los diferentes acontecimientos que las secuelas del pasado quieren salir a relucir y es obvio que no de la misma forma porque "bueno" es lógico que los tiempos han cambiado, pero no como quisiéramos puesto que como personas

que somos desearíamos vivir en un mundo o país confiable sin temores a ser víctimas de un sin número no solo de conductas sino también de pensamientos e instituciones que muchas veces atentan grandemente contra nosotros aunque su objetivo directo no sea ocasionarnos daño.

Como mencionamos anteriormente, aunque se han hecho un sin número de esfuerzos aun estamos siendo vulnerables puesto que en muchas ocasiones de manera flagrante se nos violan esos de derechos que de una u otra forma aunque ya han sido reconocidos son violentados lo que nos lleva a pensar que ya el problema no es de reconocimiento si no de eficacia y cumplimientos de estos.

Más allá de hablar de derechos, su evolución, violación, avances y una multiplicidad de aspectos que podemos tocar de ellos. nos dedicaremos un poco hacer énfasis en los mismos pero teniendo en cuenta a los niños y niñas.

Los niños y las niñas como es lógico tienen derechos como los seres humanos y por lo tanto necesitan también cuidados y protección especiales y tal vez muchos más que los adultos por su grado de vulnerabilidad, lo que explica la cantidad de normatividad que hay no solo a nivel nacional si no también internacional.

Está claro que estas normatividades cada día se hace más fuerte, puesto que muchos países tienen un ordenamiento jurídico especial que regula el tema de los derechos de los niños, dándole un grado de importancia muy grande en cuanto al cumplimiento de estos, y aun cuando sabemos que hay un grupo de personas que quieren violentar contra estos de las muchas formas que existen, también nos damos cuenta que nuestro ordenamiento jurídico se vuelve más severo en la penalización de estas conductas inaceptables y violatorias a los derechos de nuestros niños, claro que también hay que decir que todos esos convenios, tratados y todas aquellas normatividades de carácter internacional que regulan lo relacionado con el tema de los derechos de los niños y ahora adolescentes han ayudado mucho a que las normatividades internas refuercen sus disposiciones y los tomen como marco para

desarrollar con más firmeza este importante y trascendental tema.

Como muestra de esto podríamos citar a la convención de los derechos de los niños puesto que esta es una convención y tratado internacional que reconoce los derechos de los niños y las niñas en 41 artículos esenciales y establece en forma de ley internacional para los Estados Partes, la obligación de garantizar a todos los niños -sin ningún tipo de discriminación- el beneficio de una serie de medidas especiales de protección y asistencia; acceso a la educación y atención médica; condiciones para desarrollar plenamente su personalidad, habilidades y talentos; un ambiente propicio para crecer con felicidad, amor y comprensión; y la información sobre la manera en que pueden alcanzar sus derechos y ser parte del proceso en una forma participativa.

Por un lado todo esto nos llena de una enorme satisfacción puesto que el tema de los derechos de los niños hoy por hoy se le está dando una importancia trascendental, pero por otro lado queda esa espina de que aun cuando se está avanzando en este tema, aun haya un grupo de personas que sin ningún escrúpulos atenten contra estos lo que nos dice que esta lucha aún no acaba por esto tenemos hoy más que nunca un compromiso con nuestros niños de seguir luchando por sus derechos no y no solo por su reconocimiento sino también por su cumplimiento, porque si soñamos con un futuro mejor nuestros niños merecen un futuro con proyección.

Por esto en este BICENTENARIO no dejemos de lado este tema porque si celebramos libertad este tema es trascendental para que se cumpla a cabalidad todos esos sueños logrados de libertad.

CONCLUSIÓN

Con este escrito nos queda claro la gran importancia que se le ha dado a los derechos de los niños y la evolución que han tenido los derechos humanos con el pasar del tiempo, nos hace recordar y tener presente esta conquista

que con tanta lucha hoy hemos obtenido, pero también nos hace caer en cuenta que esta lucha no acaba puesto que aun con todas estas conquistas y protecciones obtenidas no solo a nivel nacional si no también a nivel internacional, aun se nos violentan mucho de lo que ya hemos adquirido, lo que nos lleva a seguir trabajando por esta causa que es de todos y para todos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Derechos humanos de ERNESTO REY
2. Derecho internacional de JORGE PAYARES BOSSA
3. Escritos de derechos de UNICEF

ANÁLISIS DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO COMO UN FENÓMENO DEL DERECHO Y SU DINÁMICA DENTRO DE UNA SOCIEDAD

Jessica Margarita Pérez Ariza¹

RESUMEN

El mundo que nos rodea no solo es un mundo de cuerpos físicos, sino también de sujetos exteriores que interactúan y hacen experiencias y cuyas experiencias conocemos por medio de las manifestaciones que se nos revelan. Un análisis de la perspectiva de género como un fenómeno del derecho que se hace interactuar dentro de una sociedad y que se puede analizar, sería de relevancia para el estudio del avance en cuanto a equidad de género dentro de una sociedad determinada. Este análisis se profundiza en un estado de arte que trata de identificar la relevancia del tema para interpretar el desarrollo de una sociedad, analiza lo que del tema se ha tratado por parte otros autores y que hace el gobierno para influir positivamente en la búsqueda de una equidad de género.

PALABRAS CLAVES

Perspectiva, género, igualdad, desarrollo, sociedad

ABSTRACT

The world around us is not just a world of physical elements, but also external individuals that interact and create experiences known to us through the expressions revealed to us. A gender's outlook analysis as a phenomenon of the law that occurs when interacting within a society that can be examined would be relevant to the progress assessment regarding gender equity in a given society. This analysis is deepened in a state of art that looks to identify the topic's relevance in order to interpret a given society's development, examine whatever part of the topic has been covered by other authors and what the government does to positively influence the pursuit of a gender equity.

KEYWORDS

Outlook, gender, equality, development, society.

¹ Estudiante de Administración Pública de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP. Miembro del Semillero de Investigación: Despertando Conciencia y Promoviendo Derechos, Coordinador Territorial de Investigación: Doctor Jhon Erick Rhenals.

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

El tratamiento de género constituye hoy una dimensión ineludible de abordar en la formación de la cultura de los futuros y actuales ciudadanos. La educación ha contribuido en gran manera a la toma de conciencia y humanización del derecho. En ese orden de ideas la dinámica y evolución de la igualdad de género, oportunidades tanto para hombres como para mujeres esta condicionado por fenómenos no solo del derecho, sino sociales y culturales.

Colombia hoy día goza de muchos tratados, avances jurídicos y políticos en el tema, pero es de relevancia observar si las políticas públicas referentes al tema de género estas siendo eficientes, efectivas y eficaces.

PREGUNTA PROBLÉMICA

¿Las Políticas Públicas de género posibilitan y brindan óptimos mecanismos que permitan superar las problemáticas de iniquidad entre géneros?

DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

El implemento de una perspectiva de género contribuye a un mejor análisis sobre la situación de los Derechos Humanos, por eso es importante resaltar que dentro de los principios fundamentales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se encuentra la igualdad de género y la no discriminación por razones de sexo.

El contenido de la Declaración y programa de acción de Viena en 1993, reafirmado por la Declaración y plataforma de acción de Beijing en 1995, se concluyen, en que son objetivos prioritarios de la comunidad Internacional los Derechos de la Mujer y de la Niña argumentando que son inalienables, integrante e indivisible de los Derechos Humanos Universales.

Pese a la vigencia de varios instrumentos internacionales que garantizan este principio de igualdad, la discriminación y la desigualdad

de oportunidades entre el género Femenino y Masculino sigue siendo notoria en este país. Lo que infiere, y motiva el análisis de si los mecanismos que se estan ofreciendo actualmente presentan en esencias una optima solución al problema. Pero es justo en la ejecución de esas políticas donde quizás puedan existir condiciones a mejorar, para así garantizar plenamente el disfrute de las mujeres cartageneras a ese derecho y de todas las colombianas en general.

Este análisis se abre con el fin del estudio de imaginarios sociales y culturales que nos permitan ver los avances y las oportunidades de mejoramiento en cuanto a los mecanismos administrativos de la función pública actual vigente. Esta tesis parte de que la discriminación, desigualdad y violencia de género no solo es una problemática de políticas públicas, sino que se reproduce a partir de patrones aprendidos y cognición social de procesos de socializaciones que los legitiman.

LA PROBLEMÁTICA Y LA HUMANIZACIÓN

Para hablar de la humanización primero se debe identificar la problemática que luego será enmarcada como un fenómeno dentro del derecho. La problemática data desde los inicios de la creación y con ella la distinción de hombres y mujeres, el problema no solo es de legitimidad y de saber a qué tienen derechos o no las mujeres, la problemática se enfoca al trato igualitario dentro de los dos géneros, y a un problema de carácter cultural y netamente social que se puede analizar desde distintos enfoques y el jurídico sería uno muy importante para avanzar en la formación de esa equidad.

ENFOQUE DE ESTUDIO

En el Distrito de Cartagena se estan desarrollando avances en materia de favorecer a las mujeres vulnerables y de buscar la equidad de género brindando mayor nivel de oportunidades a las mujeres.

La pregunta problema que motiva éste análisis

se centra en sí esos mecanismos administrativos públicos están actualmente cumpliendo con el propósito con el cual fueron creados, y si esos mecanismos son eficientes para aliviar la problemática de la desigualdad dentro del Distrito de Cartagena de Indias, analizando los mecanismos jurídicos que se han fortalecidos para resolver dicha problemática.

JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

La norma no es sólo la que garantiza la protección de los Derechos Humanos, porque pueden existir numerosas leyes que no se cumplan, en este sentido la Administración Pública debe redireccionar la producción de leyes; un país no es más justo o equitativo a medida que produzca o emita mayor número de leyes, un país alcanza una justicia y equidad social a través de una producción de legitimación eficiente, en otras palabras no es que tantas leyes podamos hacer sino cuantas de ellas podrían llegar a ser eficientes y pertinentes.

Lo importante entonces es la protección efectiva del objetivo principal del Derecho, pero esa protección se impone un cambio de naturaleza para darle realce a la promoción. La necesidad de la ley es indudable, de la protección es indispensable, pero el ejercicio de la promoción debe ser primordial, porque la promoción previene y revitaliza la cultura.

La realización de seguimiento y la redefinición de la pertinencia e impacto de las políticas públicas de género en el Distrito de Cartagena en la gestión social y comunitaria. El 8 de Marzo del 2009 se hizo lanzamiento oficial de la Política Pública de Mujeres para la Equidad de Género en el Distrito de Cartagena (2008 – 2009) “Cartageneras en pleno goce de nuestros Derechos”, que tiene como estrategias llevar acciones positivas, (afirmativas o correctivas) en particular con un enfoque del derecho de las discriminaciones, mediante el adelanto de medidas temporales en busca del equilibrio y así poder alcanzar la igualdad real más allá de lo formal.

La estructura de dicho Documento esta organizada en 5 etapas:

1. se encuentran elementos básicos del diagnóstico sobre la situación de las Mujeres que habitan la ciudad en aspectos como: participación política, empleo, educación, violencia, salud, salud sexual, reproductiva.
2. se encuentra el objetivo general y los ejes a largo plazo que propone esta política; los ejes son:
 - a. Eje económico: Mujeres con autonomía política
 - b. Eje de salud: las mujeres que decidimos sobre nuestro cuerpo
 - c. Eje de prevención de la violencia: una vida libre de violencia
 - d. Eje de la participación política: las mujeres decidimos sobre el ejercicio del poder
 - e. Eje de cultura: Cartagena libre de cultura machista
3. contiene el Plan de Acción 2009 – 2011
4. contiene los lineamientos para la institucionalización de la política de las mujeres en la creación de una instancia que coordine y ejecute.
5. presenta los lineamientos para la evaluación de estas.

La política pública de mujeres para la igualdad de género en el Distrito de Cartagena reúne las sentidas demandas del movimiento de mujeres de Cartagena, dando cumplimiento a tratados locales,² y a compromisos nacionales con la ley 581 del 2000 que reglamenta una adecuada y efectiva participación de la Mujer en la toma de decisiones en las diferentes Ramas y Órganos del poder Público, y la ley 823 del 2003 que dicta las normas sobre la igualdad de oportunidades para las mujeres como también da cumplimiento a tratados internacionales en materia de Derechos Humanos de la Mujer como lo es la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer ley 051 de 1981.

² Acuerdo Concejo Distrital de Cartagena No 008 del 2005

Con la Convención para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer Ley 248 de 1995 y ley 1257 de 2008.

Teniendo en cuenta todas esas leyes mencionadas la estrategia plantea una serie de programas entre los cuales tenemos:

Formulación e institucionalización de la política pública de la mujer con perspectiva de género; esta no es mas que un compromiso para la construcción de una sociedad cartagenera mas incluyente y democrática.

Por esta razón la Administración Distrital de Cartagena en su Plan de Desarrollo plantea una estrategia de cohesión e inclusión social, con el objetivo de que todas las personas ejerzan el derecho necesario para tener una vida digna, con un ambiente sano que al menos promueva un nivel mínimo de bienestar que permitan el libre desarrollo de sus proyectos de vida.

Estas políticas son herramientas para eliminar brechas existentes entre el reconocimiento de derechos de las mujeres y el ejercicio real de estas, esta política da cumplimiento a los compromisos en materia de los derechos humanos de las mujeres que las reconocen como sujeto de derechos, el propósito de superar las múltiples discriminaciones a las que han estado sometidas por su condición de Mujer.

Anexo a esto se puede analizar la política adjunta al Plan Nacional de Desarrollo al cual los planes de Desarrollo Territoriales se hacen complementos inherentes. El Documento Conpes Social 91. Establece a partir del Tercer Objetivo del Milenio las estrategias de promoción para la equidad de género y la autonomía de la mujer, lo que significa eliminar las desigualdades en educación, primaria y secundaria, entre los géneros, preferiblemente para el año 2005 y en todos los niveles antes del fin de año 2015.

La pertinencia de la gestión de este objetivo nace en el año 2000, el Estado Colombiano conjuntamente con 188 países suscribió la Declaración del Milenio, en el cual se

estipularon 8 Objetivos a largo plazo para ser ejecutados en el transcurso de los años hasta llegar a su total cumplimiento en el 2010. Este proceso contó con el apoyo y coordinación de las Naciones Unidas, El Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización para la cooperación y el Desarrollo Económico.

Colombia ratificando lo acordado en la cumbre elaboró el Documento Conpes Social 91 denominado “Metas y Estrategias para el logro de los objetivos del Desarrollo del Milenio – 2015”³

REALIDAD SOCIAL

De acuerdo con las proyecciones del DANE, en el 2007 Cartagena tenía una población de 912.674 habitantes, de los cuales 473.946 (52%) son Mujeres.⁴

En cuanto al Derecho al Trabajo tanto en la modalidad asalariada como independiente, las mujeres ocupan los trabajos más precarios, haciendo que el desarrollo industrial de la ciudad presente impactos desfavorables de género, el informe de Coyuntura Económica de Bolívar, del Banco de la República señala que el 40% de los empleos formales lo poseen las mujeres en actividades mayormente como servicios comunes, sociales y personales.⁵

En cuanto a los niveles de violencias contra las mujeres en el 2008 fueron reportadas por Medicina Legal 739 casos de “Maltrato entre Parejas” de los cuales el 93.2% de las victimas son Mujeres y el 6.8% (50 casos) Hombres.⁶

Uno de los mayores puntos importantes para el fomento de una igualdad de oportunidades a nivel socio cultural es el derecho a la participación política y social de las mujeres. En Cartagena,

3 Datos presentados en el Concejo de Políticas Social de Cartagena de Indias sesión del 30 de Septiembre de 2008

4 DANE

5 Arvilla, Manuela, Et al. Diagnostico de las Mujeres de Cartagena de Indias - Base para la Política Pública de Mujeres con Perspectiva de Género. Cartagena, Corporación Escuela de Mujeres Cartagena de Indias – GEMCI, 2008, Sp

6 Cálculos. Cosed (209) Fuente: Medicina Legal

el potencial electoral femenino es mayor que el masculino con 314.683 contra 270.115. No obstante, la representación Política y Social de las Mujeres en cargos de Elección Popular de Corporaciones Públicas, y en cargos de decisión tanto de instancias de participación ciudadana como las organizaciones sociales y comunitarias es deficitaria.⁷

Es indudable de que el hecho que una Mujer llegara a la Alcaldía como lo hizo la Doctora Judith Pinedo, por primera vez por medio de Elección Popular significa un gran avance en el paso de la mujer en la Elección Popular en Cartagena. Pese a ello para el periodo de 2008 a 2011, la participación de las mujeres en el Concejo Distrital y JAL disminuyó respecto al periodo anterior. Actualmente, de 19 Concejales sólo hay una mujer, lo que significa el 5.2% de participación, cifra inferior al promedio nacional de concejales que asciende al 14.5%, el que a su vez está por debajo del promedio Mundial con 18.2%, en las JAL (Juntas Administradora Local) hay tan sólo dos mujeres de un total de 27 Ediles.⁸

FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Las autoras Seyla Benhabib y Drucilla Cornel, en su obra *Teoría feminista y teoría crítica*⁹, indican sobre los orígenes de la perspectiva o enfoque de género lo siguiente:

Las raíces de la Perspectiva de Género están en el materialismo histórico, la antropología y la historia crítica, y el psicoanálisis. Su desarrollo continúa hoy en los mismos terrenos, enlazándose en su

dimensión con la sociología, la semiótica y las demás disciplinas sociales y humanísticas-teóricas y aplicadas- encaminadas a la comprensión y la ampliación del desarrollo y la democracia. En los ámbitos de la medicina, las tecnologías de la alimentación y la ecología, el influjo de la Teoría de Género es particularmente notable.

Como conclusión especial, señalan las mismas autoras que:

La Perspectiva de Género permite enfocar, analizar y comprender las características que definen a mujeres y hombres de manera específica, así como sus semejanzas y sus diferencias. Desde esa perspectiva se analizan las posibilidades vitales de unas y otros, el sentido de sus vidas, sus expectativas y oportunidades, las complejas y diversas relaciones sociales que se dan entre ambos géneros; también los conflictos institucionales y cotidianos que deben encarar, y las múltiples maneras en que lo hacen. Contabilizar los recursos y la capacidad de acción de mujeres y hombres para enfrentar las dificultades de la vida y realizar sus propósitos, es uno de los objetivos de ubicarse en la Perspectiva de Género, y uno de sus resultados más prometedores.

Sustentando los alcances socio – jurídicos de la presente propuesta de investigación, la reconocida autora y defensora de esta modalidad de derechos Mariblanca Staff Wilson¹⁰, en su artículo científico “La perspectiva de género

7 Cartageneras en Pleno Goce de Nuestros Derechos, Política Pública de Mujeres para la equidad de Género en el Distrito de Cartagena. 2008 – 2009.

8 Arvilla, Ruby, Et al. Sistematización de la Experiencia: El ejercicio de la Participación Política, Comunitaria y ciudadana de las Mujeres y los Hombres con Perspectiva de Género en el Departamento de Bolívar. Cartagena de Indias CMCI. P.P. 18-19

9 Seyla Benhabib y Drucilla Cornel. *Teoría feminista y teoría crítica* Alfons el Magnánim, Valencia, 1990. Páginas 9-28. Estas autoras, cuyo libro se publicó por primera vez en 1987, se ubican en la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt y dan aliento al feminismo contemporáneo en sus corrientes más importantes, y contribuyen a la deconstrucción del patriarcado. http://www.geomundos.com/sociedad/andrey05/perspectiva-o-enfoque-de-genero-analisis-de-genero-y-teoria-de-genero_doc_18416.h

10 Mariblanca Staff Wilson. (Abogada y escritora). Laboró de 1980 a 1997 en la firma Robles y Robles. Directora General del Registro Público (1997-1999). Magistrada de la Corte Suprema de Justicia (Sala V de la República de Panamá, julio 1999 al 24 de octubre de 1999). Presidenta de la Unión Nacional de Abogadas (1995-1997). Obras: La discriminación contra la mujer en la legislación panameña; Diccionario de términos laborales; Análisis de la situación jurídica de la mujer en Panamá; Mujer, Violencia en las Relaciones de Pareja y Legalidad; Reseña Histórica del Sufragio Femenino, Género y Derecho; Clara González y Registro Público de Panamá; Estudios de Derechos Familiar; Mujer y Derechos Humanos; Acoso sexual: un problema laboral; Modernización del Registro Público de Panamá; Género y abogacía en Panamá; Género, discriminación racial y legislación en Panamá. Ha obtenido 17 fallos favorables de la Corte Suprema que han declarado inconstitucional normas discriminatorias contra la mujer. http://www.legalinfo-panama.com/articulos/articulos_21a.htm

desde el Derecho” esclarece sobre los aspectos conceptuales y contextuales de la problemática de investigación abordada:

El género es, en definitiva, una herramienta analítica para entender los procesos sociales.

El Sistema Jurídico es el conjunto de leyes y normas vigentes de un país, de toda clase y jerarquía, que forman un sistema unitario y coherente, a cuyo cumplimiento están sujetas todas las personas.

Con relación al género femenino y en particular, en los análisis de la situación jurídica de las mujeres, la tendencia ha sido la de acudir al estudio formal de los textos legales existente y se concluye que las mujeres gozan de igualdad de derechos con relación a los hombres, porque así se establece en la Constitución Nacional, sin embargo, cuando se va al análisis integral del sistema jurídico, se encuentra una realidad muy diferente. Es decir, existe igualdad en la ley y desigualdad en la práctica.

La equidad jurídica entre hombres y mujeres, significa participación en los procesos de toma de decisiones en todos los ámbitos y a todos los niveles, tanto en los espacios gubernamentales, empresariales, políticos y sindicales, como en las esferas organizadas de la sociedad civil. La igualdad genérica significa también que unos y otras, compartan de manera equitativa las tareas, las responsabilidades y las decisiones en las relaciones familiares.

Finalmente la autora en análisis, ofrece argumentos decisivos, que justifican el abordaje socio jurídico dentro del entorno formulado, en los siguientes términos:

La perspectiva de género permite también, el diseño de políticas que desde diferentes ámbitos, contribuyen a generar acciones a favor de la mujer, a cambiar los estereotipos de género y a definir un nuevo concepto de justicia para tratar igual a los(as) iguales. Desde estas políticas públicas es necesario impulsar proyectos y programas innovadores que vinculen, atraigan

y retengan a un porcentaje cada vez mayor de mujeres a la vida laboral y pública.

El análisis de género, o desde una perspectiva de género, puede ser aplicado en todos los ámbitos de la vida. A través de la perspectiva de género se hace un examen sistemático de las funciones, de las relaciones y de los procesos de mujeres y de hombres, que inicia con el estudio de las diferencias en el acceso al poder, a la riqueza, al trabajo, etc., entre unos y otras.

Mediante este proceso analítico se evalúa el impacto diferencial que tienen o pueden tener las políticas, los programas o la legislación, entre otros, en hombres y mujeres. Se compara cómo y por qué las mujeres y los hombres se ven afectados diferencialmente, en vez de presuponer que las consecuencias de una política, programa o legislación afectan de la misma manera a hombres y a mujeres.

Trabajar con una perspectiva de género significa analizar y comprender los diferentes roles y responsabilidades, relaciones, necesidades y visiones de hombres y mujeres (así como otras diferencias pertinentes, tales como las encontradas entre grupos étnicos, clases y edad). Significa también ir más allá del simple reconocimiento de las diferencias de género, dirigiéndose hacia relaciones más equitativas y solidarias entre hombres y mujeres.

La teoría de Rober Alexy en función a los derechos fundamentales:

El criterio de la tesis de Alexy, fue contundentemente innovadora y osada al construir una teoría de los derechos fundamentales, al grado de sustentar hipotéticamente como el mismo elucubrador lo indica en la parte introductoria de su obra ¹¹ que “la positivización de los derechos fundamentales, que rigen para todos los poderes del Estado. Constituye una apertura del sistema jurídico frente al sistema de la moral, apertura que es razonable y que puede ser llevada a cabo con medios racionales”.

11 AIEXY ROBERT. Teoría de los Derechos Fundamentales. Capítulo décimo. Los derechos fundamentales y el carácter del sistema jurídico

Alcances Jurisprudenciales:

Y en materia de derechos fundamentales constitucionales y humanos podemos relacionar Jurisprudencia Constitucional con los mismos alcances y contenidos así:

Sentencia C-251/97: Los derechos humanos forman una unidad, pues son interdependientes, integrales y universales, de suerte que no es admisible que se desconozcan unos derechos so pretexto de salvaguardar otros. Esta interdependencia y unidad de los derechos humanos tiene como fundamento la idea de proteger verdaderamente la dignidad humana

Reconocida hasta este punto de nuestras reflexiones, la vigencia de una teoría jurídica de los derechos fundamentales. Se vislumbra que pese a la claridad hipotética de los argumentos, la tesis de Robert Alexy, dejó intencionalmente abierta la puerta, al debate de una nueva problemática cuando en los apartes del final de su obra afirma que “La precisión de estos principios y la ponderación entre ellos conduce a los problemas de la justicia¹²”.

En el mismo sentido, del propio contenido del primer principio de Rawls, puede corroborarse los alcances humanísticos, que en pro de la dignificación del ser social, al cual debe orientarse el modelo estatal al indicar que “Cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertades para todos. Claros primordios de la naturaleza iusfundamentalista de un sistema político”.

INTERACCIÓN POLÍTICO ADMINISTRATIVO COMO UNA HERRAMIENTA A LA APLICACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Autores colombianos como Florentino Gonzalez, José Venegas, Cerbeleón entre otros trataron el tema de El Pensamiento Administrativo Público a Nivel Nacional y Territorial donde coinciden

12 ALEXY ROBERT. Teoría de los Derechos Fundamentales. Capítulo décimo. Los derechos fundamentales y el carácter del sistema jurídico

en que deben existir interacciones directas entre las unidades administrativas y las direcciones administrativas.

Al ejercicio de la política se le deben integrar compromisos administrativos en pro del cumplimiento de las políticas públicas en cualquiera de sus niveles, una norma debe darse cumplimiento en el más alto nivel de efectividad.

La problemática de género, la discriminación, la falta de oportunidades a una por el hecho de ser mujer o de preferir por una orientación sexual alejada a la hombría tradicional se configuran en una tarea importante para la administración pública, la cual debe de crear mecanismos creativos, innovadores y precisos que permita abrir campo y crear espacios de legitimidad del derecho

CONCLUSIÓN

Una aclaración que las personas que intentan interpretar la situación política y social del país deben de tener, es que existen grandes diferencias entre la Administración Pública, la Política Pública y el Accionar Público, aunque estas tres definiciones a lo largo de los últimos 100 años se ha tratado de ser diferenciadas y contextualizadas, lo pertinente es entender la interacción que tienen cada uno de ellos para así poder interpretarlos y analizarlos.

Se podría definir que la Administración Pública es la estructura como tal, la cual se correlaciona con las políticas públicas, que son las herramientas que utiliza la Administración Pública, y que a su vez se ejecutan por medio de un accionar Público; estos tres interactúan con el fin de dar solución a una problemática pública que a su vez es la reunión de un interés colectivo que no es mas que la suma de los intereses particulares de los miembros de una nación.

Para que exista una eficiencia en los mecanismos implementados en el Distrito de Cartagena en cuanto al tema de perspectiva de Género objeto de nuestro análisis, se debe de presentar una

interacción armoniosa y legítima de estas tres definiciones.

La política pública esta dada con unos principios de legitimidad bien enfocados y claros, es entonces la Administración Pública de turno debe de tomar un accionar coherente y pertinente para darle solución a esta problemática, y así garantizar un óptimo disfrute del derecho y un cumplimiento de esos tratados y objetivos a los cuales Colombia se hizo compromiso.

Agradecimientos:

Al Coordinador de Investigación Territorial (CIT) Doctor Jhon Erick Rhenals Turriago.

A la Doctora Lesbia Beleño Directora Territorial de la Escuela Superior de Administración Pública.

Al grupo de Investigación Despertando Conciencia y Promoviendo Derechos.

A la Red de Investigación Socio - Jurídica Reindhusca por extendernos la invitación a desarrollar y exponer esta ponencia.

A la universidad Libre y a su Directora de Investigación Zilat Romero por la invitación a publicar

A Dios por permitirme llevar a cabo con éxito los objetivos planteados en el proyecto de investigación y a todos los colaboradores.

BIBLIOGRAFÍA

1. Descripción fenomenológica del derecho subjetivo, Juan Parent, Bélgica
2. Guía sobre derechos humanos, Roxana Salazar, José Pablo Ramos, 2007
3. La perspectiva de género, una necesidad en la construcción de la ciudadanía. Algunas actividades en la formación del profesorado. Pilar Blanco Lozano. Facultad de Humanidades y Educación. Universidad de Burgos.
4. <http://www.cartagena.gov.co/>
5. Documento de políticas públicas de mujeres para la equidad de género: Cartageneras en pleno goce de sus derechos 2009-2010. Alcaldía Mayor de Cartagena.
6. Documento Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena, Austria del 14 al 25 de junio de 1993
7. Documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia Departamento Nacional de Planeación. "Metas Y Estrategias De Colombia Para El Logro De Los Objetivos De Desarrollo Del Milenio - 2015". Versión aprobada 14 de marzo de 2005.
8. Alexy ROBERT. Teoría de los Derechos Fundamentales. Capítulo decimo. Los derechos fundamentales y el carácter del sistema jurídico.
9. La fuerza expansiva de los derechos fundamentales en las relaciones privadas. Jimenes Gil William
10. Seyla Benhabib y Drucilla Cornel. Teoría feminista y teoría crítica Alfons el Magnánim, Valencia, 1990. Páginas 9-2.
11. Hannah Arent. CAP. Comprensión y Política "la Condición Humana"
12. Modulo Pensamiento Administrativo Público APT. ESAP
13. Revista académica de economía Observatorio de la Economía Latinoamericana

**DERECHO
ADMINISTRATIVO**

NECESIDAD DE UNA NUEVA VISIÓN EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: PANORAMA HISTÓRICO DE SUS INSTITUCIONES¹

Delia Bechara LLanos²

RESUMEN

El derecho administrativo nace con el fin de dirimir los conflictos que se susciten o se presenten entre el estado y los particulares, de analizar sus controversias y de determinar mecanismos de solución entre estos para un mejor funcionamiento del aparato jurisdiccional del estado y para un acceso ágil para todos los asociados. A través de los años el derecho administrativo ha traído consigo innumerables cambios algunos con mejor proyección que otros, analizando la importancia de un modelo organizativo en un estado, para que pueda nacer una sociedad en donde haya igualdad y equilibrio para todos los asociados, de aquí se desprenden las actuaciones de los asociados con el estado, estructurada en una organización política soberana y coercitiva formada por un conjunto de instituciones que funcionan en pro de regular la vida en sociedad entre particulares y estado, encarga de proteger y garantizar el respeto de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVES

Derecho administrativo, justicia contenciosa, técnicas de garantía, pronta decisión judicial.

ABSTRACT

Administrative Law was created in order to resolve conflicts that arise between the state and individuals; analyze their disputes and define settlement mechanisms between the two for better functioning of the state's judicial system as well as quick access for all members. Over the years administrative law has brought along an untold number of changes, some of better outreach than others, by assessing the importance of a state's organizational model that makes it possible for the birth of a society that offers equality and balance to all its members, since from it its members' actions with the state will stem, structured into a sovereign and coercive political organization formed by a set of institutions that work in favor of regulating life in a society of individuals in a state responsible for defending and guaranteeing the respect for fundamental rights.

KEY WORDS

Administrative law, contentious justice, assurance techniques, prompt court decision.

¹ Este corresponde el artículo científico del proyecto de investigación titulado: Análisis a la competencia de los nuevos juzgados administrativos y su incidencia en una pronta decisión judicial, como requisito académico para optar el título de Abogada.

² Egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Libre, Sede Cartagena, miembro investigador del grupo: Justicia Constitucional categoría "C" Colciencias, adscrito y avalado por el centro de investigaciones de la Unilibre Cartagena.

1. INTRODUCCIÓN

A través de los años el derecho administrativo ha traído consigo innumerables cambios algunos con mejor proyección que otros, analizando la importancia de un modelo organizativo en un estado para que pueda nacer una sociedad en donde haya igualdad y un equilibrio para todos los asociados³, de aquí se desprenden las actuaciones de los asociados con el estado, que este no es más que una organización política soberana y coercitiva formada por un conjunto de instituciones que funcionan en pro de regular la vida en sociedad, entre particulares y estado y se encarga de que a estos no se les vulneren sus derechos.

El derecho administrativo nace con este fin, de dirimir los conflictos que se susciten o se presenten entre el estado y los particulares⁴, de analizar sus controversias y de determinar mecanismos de solución entre estos para un mejor funcionamiento del aparato jurisdiccional del estado y para un acceso ágil para todos los asociados. En sus inicios la revolución francesa fue uno de los acontecimientos más importantes para el derecho administrativo, por la concepción de estado que se estaba imponiendo en esa época, además como el concepto de estado de derecho que era una de las causas por la que se dio la revolución, estos creían que un derecho coercitivo era importante para el estado, que este tuviera normas jurídicas que impusieran orden pero que fuera igual para todos tanto para los súbditos como los gobernantes, luego de esto y de terminada la revolución francesa, y del triunfo de esta los hombres de la revolución estaban temerosos, frente a los jueces por cuanto en la etapa anterior a la revolución, los administradores de justicia se habían convertido en un obstáculo para la aplicación de las leyes del rey, y con esto los jueces de la época posterior a la revolución, aplicarían las

3 Derechos del hombre y del ciudadano, esta define los derechos personales y colectivos del hombre y del ciudadano que se entienden como universales, validos en todo momento y ocasión al pertenecer a la naturaleza humana, y son la base de legitimidad de la nueva sociedad. octubre de 1789, Google.

4 Memorias Libardo Rodríguez, Explicación histórica del derecho administrativo, año 2005.

mismas estrategias cuando estos estuvieran en desacuerdo, entonces estos decidieron imponer que los jueces conocieran de los asuntos derivados a la administración pública, entonces aquí nos encontrábamos en una contradicción del pensamiento de estado de derecho.

Luego para buscarle una solución a esto los mismos hombres de la revolución idearon una nueva ley que impusiera nuevamente el mecanismo de estado de derecho, consistente en que todos los temas que tuvieran que ver con la administración de justicia debían ser conocidos por el juez competente para estos actos y es así que con esto crean el máximo órgano competente para conocer de asuntos de la administración, el consejo de estado o consejo del rey como le llamaban en esa época, otra parte importante de la historia del derecho administrativo fue el famoso fallo blanco, en 1873 el cual constituyó el nacimiento del derecho administrativo como tal, y termina con el fallo cadot⁵ en 1889 en donde el consejo de estado se consolidó como superior jerárquico de la jurisdicción contenciosa administrativa, luego nacen una serie de normas y reglas en donde se va organizando normativamente el derecho administrativo. En Colombia con el acto legislativo No 3 de 31 de octubre de 1910 sentó las bases de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, para ejercer control jurisdiccional del estado, después de creada la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se creó la ley que adoptó al código contencioso administrativo, ley 167 de 1941, para que esta regulara al consejo de estado.

Otras reformas importantes fueron la reforma administrativa de 1968, y una de las modificaciones más importantes en donde se reformó el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ley 1107 de 2006 y se introdujo el art 82 C.C.A en donde exponían que la jurisdicción de lo contencioso administrativo era la encargada de juzgar las controversias

5 Fallo cadot, expedido en 1889, por el detener cadot, en este fallo el mismo órgano judicial se autoconferió la competencia general en materia de litigios de la administración, a pesar de que la ley solo le confería una competencia especial, derecho administrativo y jurisdicción contenciosa administrativa, Cosimina Pellegrino

y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos entes del estado⁶.

Con la constitución de 1991 se da un giro, de cómo debía verse el estado de derecho con la connotación social, esta característica, implementa una serie de reconocimientos especiales a los ciudadanos. El estado constitucional democrático se solidifica sobre unos pilares de libertades, siendo estas individuales y colectivas, lo que está claro es que a la hora de tutelar estas libertades con ellas mismas se van consolidando garantías fundamentales, las cuales trazan los paradigmas de un estado creado bajo aristas de libertad, orden y justicia social.

2. DESARROLLO

2.1 NECESIDAD DE UNA NUEVA VISIÓN EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

La necesidad de una nueva visión en la jurisdicción contencioso administrativa, se da en primer lugar por el desbordante represamiento de sus despachos judiciales tanto en los tribunales administrativos como en el consejo de estado, el acceso a este se convirtió en toda una odisea. La mora judicial es grandísima, pues no encontramos congruencia en las decisiones o sentencias y el número de procesos que esta conoce.

Con esto nos vemos resueltos a analizar porque nuestros legisladores “conocedores del derecho y de la norma”, esperaron tanto tiempo para buscarle una solución a este problema, y esperaron que el problema se incrementara tanto que ya no hay un callejón de salida para este, pero además hay que hacerse una pregunta concreta y real ¿será que esta

modificación a lo contencioso administrativo si dará frutos, si servirán para sacar del caos a nuestra administración de justicia?, hay que hacer un análisis comparativo de todos esos decretos leyes expedidos para la descongestión judicial⁷, y las nuevas competencias que se le han impuesto a los juzgados administrativos como descongestión de las mismas. Pues como todos sabemos anteriormente solo existían dos importantes exponentes conocedores del tema de lo contencioso administrativo, que son los tribunales administrativos y el consejo de estado. Pero con esta serie de problemas que se han venido presentando atinentes a la congestión judicial y al difícil acceso a la administración de justicia y al aparato judicial del estado con énfasis en la justicia contenciosa administrativa, se creó con la ley 270 de 1996 lo que en nuestro procedimiento civil eran llamados los jueces del circuito, aquí en lo contencioso administrativo lo llamaron jueces administrativos, pero luego la ley 446 de 1998 les atribuyó la competencia para conocer de los asuntos administrativos, y solo entraron en operación el 1 de agosto de 2006 creando 257 jueces en todo el orden nacional. Luego se creó el acuerdo 3409 de 2006 que regula el traslado de expedientes de los tribunales administrativos por el flujo tan incrementado que tenían estos a los juzgados administrativos.

Pero hay que analizar otro factor importante se tiene entendido que luego de 2 meses de estar en curso esta ley, observábamos que los juzgados administrativos⁸ estaban atiborrados nuevamente de procesos, y como había sido muy rápido el cambio y su implementación, habían muchos que no podían manejarlo de la mejor forma posible, ¿entonces estarían nuestros legisladores incurriendo en el mismo error?

7 Memorias XXI congreso colombiano de derecho procesal, universidad libre jurisdicción contenciosa administrativa, Derecho fundamental de acceso a la justicia, Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, primera edición, agosto 2010.

8 Los nuevos juzgados administrativos fueron creados con la ley 1 de agosto de 2006, para descongestión judicial, acuerdo 3345 de 2006, María patricia puerta Echeverri, Manual del proceso ordinario contencioso administrativo, librería jurídica Sánchez, primera edición 2006.

Luego de esto se crearon decretos leyes muy importantes como ley 446 de 1998, solución a la congestión judicial, las medidas quedaron postergadas y apareció una nueva ley 954 de 2005, ley 1285 de 2009, se modificó la ley 270 de 1996 estatutaria de la administración, se modifica el art 35 de la ley 640 de 2001 relacionado con el requisito de procedibilidad de la conciliación para asuntos atinentes a la jurisdicción de lo civil, familia y lo contencioso administrativo, por último se creó la 1395 de 2010 en donde se hacen unas modificaciones en los procesos contencioso administrativo y el electoral,

Los artículos reformados 132 y 134 B C.C.A competencias de las acciones populares y las de cumplimiento que se interpongan contra entidades del nivel nacional y las competencias de los jueces administrativos en 1 instancia para agilización de procesos artículo 146 A decisiones en única, primera o segunda instancia proferidas por el tribunales , art 139 inciso adicionado por el art 59 de la ley 1395 de 2010 el demandante deberá aportar con la demanda todas las pruebas documentales que tenga en su poder y que pretenda hacer valer al proceso, artículo 173 C.C.A adicionado por el art. 62 de la ley 1395 de 2010 que dice: ejecutoriada la sentencia de 2 instancia para su cumplimiento la secretaria remitirá los oficios correspondientes, artículo transitorio nuevo 194 A del recurso extraordinario de súplica, los procesos que tengan conocimiento en estos asuntos, que están en trámite y pendientes de fallo en la sala plena de lo contencioso administrativo, pasaran a conocimiento de las salas especiales transitorias decretadas en ley 954 de 2005 , artículo nuevo 210 AC.C.A en el cual se establece que en segunda instancia no se tramitara incidente de regulación de honorarios, 207 C.C.A termino perentorio para el pago de gastos del proceso por parte del demandante.

Agilidad de procesos ordinarios en los que no se requiere practica de pruebas, artículo nuevo 211, 212 y 213 C.C.A, Y la ley 640 de 2001 se crea un inciso el cual dispone la obligación de la conciliación judicial en materia contenciosa

administrativa. Según lo expuesto, planteamos el siguiente problema de investigación: Determinar. Si con estos nuevos jueces administrativos se ha mejorado la situación en la mora judicial y ha servido de ayuda para un ágil y fácil acceso a la administración de justicia. En forma de pregunta sería; ¿Si la implementación de los nuevos juzgados administrativos del circuito, ha permitido un ágil acceso a la administración de justicia en materia contenciosa, llevando así a una pronta decisión judicial?

2.2 FINES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Hoy en día la jurisdicción contencioso administrativa muestra unos retos importantes, para la consecución de sus fines y estos son, una ágil y pronta decisión judicial, que no haga de esa justicia una herramienta obsoleta para garantizar los derechos de los administrados frente a la administración.

Es por eso que hemos analizado, si estas reformas que se le han implementado a nuestro derecho administrativo a través de los años, y de sus inicios, han traído frutos a esta justicia contenciosa administrativa, en la nueva implementación de competencias para un fácil y mejor acceso a la administración pública o se ha quedado estancada, y si todos estos decretos leyes que se han presentado no han sido eficaces, no han cumplido con los objetivos que se buscan, para una mejor vida en sociedad, y poder bríndale a todos los asociados un mejor instrumento para la protección de sus derechos y la no vulneración de los mismos.

En un estado social de derecho, el acceso a la administración de justicia se constituye como un derecho fundamental por excelencia, el cual debe ser respetado, para el cumplimiento de los postulados, libertades y garantías de la noción de estado. Hoy enfrentamos que los medios y vías dispuestos por el ordenamiento jurídico para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y sus incidencias en el alcance de la tutela judicial que ella ejerce sobre los asociados, ha sufrido cambios

y transformaciones sustanciales, para optimizar la cobertura integral de dicha jurisdicción. Esto se refleja en las limitaciones a los principios de economía, celeridad y eficiencia, derivados de la congestión judicial, y que en el imaginario colectivo presentan barreras que dificultan el acceso a la justicia.

Como respuesta a la desencadenante crisis institucional, presentamos el análisis de los fundamentos jurídicos, que invitan a una reflexión de los obstáculos que generan, no solo desde una perspectiva del aparato de justicia de sus formalismos y procedimientos estipulados en dicha orbita de factores, si no en otras facetas, que constituyen una visión más integral en el derecho contemporáneo, como con el orden económico, social y político. Analizar si estos problemas desencadenantes por una mora judicial elevada, pueden ser resueltos con miras a tener un mejor y ágil aparato jurisdiccional del estado, si sus problemas más neurálgicos que no se han podido solucionar, y que deberían ser solucionados para una mejor vida en sociedad y para no vulnerar ese derecho fundamental inalienable inserto en nuestra carta política, que es poder acceder a nuestro aparato judicial, y promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten, las autoridades de la republica están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus creencias y demás derechos y libertades y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

2.3 EL ESTADO ABSOLUTISTA POR EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL PODER PÚBLICO

El estado absoluto, se caracterizaba por ser un estado represivo, no existía igualdad jurídica, ni equidad social, no existía participación del pueblo, y la burguesía era el que lideraba este proceso.

HELLER decía *“la igualdad del estado absoluto*

no era otra cosa sino que los súbditos todos, sin distinción de clase o nacimiento, carecían de derechos políticos frente a la ley, porque la ley es igual para todos los súbditos”. Con la burguesía aparecieron nuevos sistemas de poder uno de estos era el capitalista, domino totalmente la política económica de ese estado, y dejo a un lado la dominación política independiente de los Estados Americanos, empieza a formarse una nueva y amplia institucionalización de estado, el llamado Estado liberal de derecho⁹, que constituía una nueva organización de la influencia occidental, en donde este traería consigo reformas al antiguo régimen absolutista.

Con esta nueva organización del estado liberal, trae consigo innumerables procesos revolucionarios, inicia este con la revolución Norteamericana de 1770 segunda mitad del siglo XIX, y revolución francesa 1789, finaliza en 1815 con la salida de NAPOLEON BONAPARTE del poder, otro periodo con relevancia jurídica fue la época llamada por los historiadores como la contrarrevolución o restauración monárquica, y por ultimo pero no menos importante que marcó la pauta de los inicios del estado liberal, fue el periodo llamado como el de la revolución liberal en los años comprendidos de 1820 a 1830.

Luego del cambio del Estado Absolutista o estado represivo, ha Estado liberal de derecho, en donde los derechos de las personas eran de mayor importancia, nace otra forma de organización del poder, en donde se buscaba que el poder ya no estuviera en cabeza de una sola persona que era llamada *“rey”* si no que estuviera a cargo de una colectividad que se encargara de brindar satisfacción a los intereses de todos los administrados, o de un conglomerado social llamado *“parlamento”*.

Esto empieza con la ruptura de los norteamericanos al Derecho común o *“common law”*¹⁰, pues estos sabían que no era el único

9 Estado liberal de derecho, es un sistema político propio de comienzos de la edad contemporánea, en la nueva formación económica social, llamada nuevo régimen o régimen liberal.

10 *“comon law”* significa derecho común, es un derecho escrito que no reconoce la ley como fuente primordial, es de tendencia anglosajona, donde la existencia de le-

Derecho, existía uno que proporcionaba más políticas y más derechos al ciudadano, el llamado Derecho natural O “*law of nature*”¹¹ esto nació de la Declaración de independencia hecha por TOMAS JEFFERSON, en 1776, con este surgieron los derechos inalienables que están inmersos en el ser humano y están ligados a este desde su concepción: Derecho a la vida, a la libertad, a la integridad personal, al buen nombre etc.

Con todos estos derechos naturales, inalienables al ser humano el estado debía velar por proteger estos presupuestos importantes para la satisfacción de todas las necesidades básicas de todo ser humano, y que a este no le sean vulnerados estos derechos absolutos. Con esto que empezaron a darse las separaciones entre los Estados y la independencia de cada una de ellas, se logró con la promulgación de la constitución política de los Estados Unidos de América de 1787 en donde estos se desligaron totalmente del predominio inglés, en donde se creó todo un cuerpo normativo, de las funciones, servidores etc. La revolución Norteamericana nos brindó una serie de subprincipios importantes en pro de un mejor entendimiento de lo que era la organización del poder, separación de poderes¹², Estado de derecho, Constitución escrita, Democracia y soberanía popular entre otros.

En la separación de poderes su principal exponente JOHN LOCKE, nos habla de la teoría racionalizadora del poder en donde separa totalmente la tiranía absolutista, en donde pone al Parlamento como Soberano y destierra del poder a la tiranía política.

2.4 REVOLUCIÓN FRANCESA Y EL INICIO AL ESTADO DE DERECHO

La revolución francesa tiene sus inicios en 1789, con la ascensión al poder de LUIS XIV, en donde

yes de derecho privado es mínima. Derecho anglosajón, Wikipedia 2007.

11 “*law of nature*” enfoque filosófico del derecho que postula la existencia de unos derechos universales inalienables al ser humano, fundados en la naturaleza humana.

12 Jaime Orlando santofimio, Tratado de derecho administrativo, 2 edición, 2002, pág. 217.

se enmarca la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Se decía que tanto la Revolución Francesa como la norteamericana, tenían muchas similitudes, en donde la influencia Americana se veía muy enmarcada, GARCIA DE ENTERRIA acepta esta tesis de la influencia Americana en los trabajos jurídicos de los revolucionarios franceses.

Los principios más importantes que generaron controversia en la revolución francesa fueron los conocidos como Soberanía nacional, en contraposición con la Soberanía absolutista, supremacía de la ley, principio de legalidad, idea de constitución y división de poderes.

La revolución Americana nos hablaba del principio de Soberanía popular y la Revolución Francesa de la soberanía nacional, el segundo ya no estaba en cabeza de una sola persona si no a cargo de un ente universal de la nación, este estaba encargado de escoger a su propio gobernante por ejemplo, al presidente de la república, este estaba encargado por igual de la colectividad social o el pueblo, y el primero nos habla acerca de que el poder estaba en manos del pueblo y para el pueblo, estos eran los encargados de escoger a sus gobernantes por el voto popular de las gentes, se podía observar aquí totalmente que existía un cambio en la división de los poderes, que ya no estaba en cabeza de una sola persona, si no traslado de la soberanía o del poder de un depositario a otro, este principio fue recogido por el art 3 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 “*El origen de toda soberanía reside esencialmente en la nación, ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella*”, acerca de Soberanía en 1793 en la misma declaración de los derechos del hombre “*la soberanía reside en el pueblo, ella es una e indivisible, imprescriptible, inalienable*” y en 1795 se adopta el criterio de pueblo o nación “*La soberanía reside esencialmente en la universalidad de ciudadanos, ningún individuo, ninguna reunión parcial de ciudadanos puede atribuirse soberanía*”.

Con la ley 16 del 24 de agosto de 1790, en esta se establece la independencia entre el ejecutivo y el judicial totalmente, en donde se restringían algunos derechos que tenían los jueces anteriormente en donde estos no podían inmiscuirse en los asuntos internos del poder ejecutivo, y si faltaban a esto incurrían en una conducta que les acarrearía sanciones, esto fue determinante para la influencia del régimen administrativo en la justicia administrativa continental. También sucede lo mismo del ejecutivo con el legislativo, en donde aquí la parte en disputa es la potestad reglamentaria.

El aporte francés en el derecho administrativo fue muy importante, en donde uno de los primeros focos de cambio como anteriormente expusimos fue la parte de la diferenciación entre justicia y administración en donde se creó el consejo de estado en el año 1800, y la sala de lo contencioso administrativo en 1806, el cual dicta que esta justicia era la encargada de dirimir los conflictos que se suscitaban entre la administración y los administrados, se crearon las acciones subjetivas para que defendieran las desigualdades sociales que se estaban presentando en ese momento.

2.5 DIVISIÓN DE PODERES

En la revolución francesa la división de poderes marca una nueva pauta en su organización, en donde se consolida el fortalecimiento del ejecutivo. A través de la administración, la revolución norteamericana escoge la tridivisión de poderes, en donde no se divide totalmente, si no que se utiliza como colaboración, una balanza en la ley de pesos y contrapesos, y además se trata de buscar con este nuevo sistema un equilibrio en el poder.

El estado existe para proteger la vida de los hombres en sociedad, entonces el hombre sacrifica una de sus libertades para la seguridad de todos, para que no le sean vulnerados sus derechos, inalienables del ser humano, como lo son la integridad, la vida, la libertad y la integridad personal, al momento de su formulación clásica, las funciones del estado para la protección de

todos los ciudadanos en la sociedad, eran las de dar las leyes, buscando un equilibrio y equidad entre ellos, y con la finalidad de resolver los conflictos, y administrar el aparato judicial del estado. Funciones que solo eran tomadas antiguamente por una sola persona, un régimen absolutista a la cual se le atribuía la práctica del despotismo.

MONTESQUIEU, ROUSSEAU, y LOCKE traen importantes teorías, la existencia de 3 poderes, el legislativo, ejecutivo y judicial (*Montesquieu y Rousseau*), LOCKE difiere que son 4 poderes, el legislativo y los demás deben estar subordinados por este, el ejecutivo, el federativo, y el judicial. Con esta nueva concepción se busca erradicar el despotismo y la tiranía.

MONTESQUIEU, la formula definitivamente en una de sus obras llamada *Del Espiritu de Las Leyes*, en el que se define a la vez el poder, como órgano y función, en donde existía una división de poderes en el estado, en el poder legislativo, ejecutivo y judicial, y se promueve que su titularidad se encargue respectivamente al parlamento o congreso, al gobierno y a los tribunales de justicia.

Existió otra parte importante, para la división de los poderes, era como un equilibrio para que no se ejerciera la extralimitación de poderes, y era la fórmula de controles y contrapesos, servía para prevenir que una de las ramas del poder se convirtiera en rama suprema.

Este término proviene del constitucionalismo anglosajón, el termino se refería como tal a varias reglas de procedimiento que permiten a una de las ramas, limitar a otras, mediante una figura llamada VETO, en donde el presidente de la república tiene sobre la legislación aprobada por el congreso, y de alterar o no la jurisdicción de los tribunales federales según su propia decisión, cada país debe emplear su propia ley de controles y contrapesos, y más en un régimen presidencial como el nuestro. Estos principios fueron adoptados por el liberalismo político, esto se presentó en el estado llamado el liberal,

donde se adoptaron las medidas de pesos y contrapesos y que a la vez configura el inicio del constitucionalismo moderno.

2.6 SISTEMA CONTINENTAL Y SISTEMA ANGLOSAJON

El sistema continental, es uno de los primeros en conformar un sistema administrativo como tal con una finalidad en las actividades de la administración, existencia de relaciones jurídicas, sujetos, actos, prerrogativas, control de legalidad, regímenes jurídicos, este sistema continental ha tenido mayor influencia en nuestro estado colombiano y su mayor influencia ha venido tanto del sistema español como el sistema francés¹³.

Uno de los problemas de mayor relevancia jurídica que trajo consigo la revolución francesa se trata acerca de los conflictos de competencias, atinente a lo privado y lo publico en donde había que identificar lo que esta y lo que no estaba sujeto a la justicia ordinaria y a lo contencioso administrativo, en este punto la doctrina francesa ha identificado varias etapas importantes para analizar los conflictos de competencias que se presentaban en Francia, el mayor exponentes de estas doctrina fue RAMBAUD propone 4 etapas: El periodo de la incompetencia del juez ordinario; el periodo de la jurisdicción de lo contencioso administrativo; periodo de la instauración del sistema administrador juez; Periodo de la jurisdicción jerarquizada de derecho común¹⁴.

En la primera parte del **Periodo de incompetencia del juez ordinario:** hay un rompimiento entre la jurisdicción ordinaria y la administración pública, se fortaleció un artículo de la ley de 1790 en donde se decía “se prohíbe terminantemente a los tribunales conocer de los actos administrativos, cualquiera que fuese su especie, bajo sanción” por ende y ya notoriamente la falta de un juez especial, hizo que la misma administración se le encargara la

tarea de juzgar los litigios que se susciten entre la administración y los administrados.

El segundo Periodo de la instauración del sistema administrador juez: Luego de la abolición de la competencia del juez para conocer de los conflictos de la administración, nace este segundo periodo en octubre de 1790 también llamado como justicia retenida por ser la misma administración la encargada de dirimir los conflictos y de ser juez y parte, aparecieron los consejos de prefectura, y el consejo de estado, en donde el segundo, la cabeza de este era el ejecutivo, en el primero se crearon los consejos de prefectura que fueron impetrados en el plano departamental, en 1806 se crean unas comisiones especializadas para brindarle una ayuda al consejo de estado y empezó el funcionamiento de las comisiones especializadas en lo contencioso administrativo, estos consejos de prefectura a su vez se convirtieron en jueces sustitutos ordinarios, que se encargaban de juzgar la legalidad de los actos de la administración, y pretensiones subjetivas o patrimoniales de los reclamantes.

Periodo de la autonomía de la jurisdicción contenciosa administrativa: El periodo del administrador juez duro tres cuartas partes del siglo, hasta que se cambiara la justicia retenida por la justicia plena, con este nuevo periodo nace una nueva figura de juez, el llamado juez de derecho común, se inició con la ley del 24 de mayo de 1872, se establece el consejo de estado y empieza una nueva delegación en donde se le entregan otras funciones a otros órganos del estado, y se empieza a crear totalmente un modelo jurisdiccional de estado en donde surge totalmente la justicia delegada, o delegación de funciones a otros órganos del estado, y se presenta su consolidación con el famoso fallo cadot del 13 de diciembre de 1889, en donde se habló del desconocimiento que tenían los ministros para que siguieran ejerciendo como jueces de primera instancia, este fallo cadot fue un punto muy importante en esta justicia delegada pues se suprimió un solo poder jurisdiccional para un solo órgano del estado en ese caso en especial los ministros, y se amplió la actividad

13 Jaime Orlando santofimio, tratado de derecho administrativo, 2 edición 2002, pág. 245.

14 Jaime Orlando santofimio, tratado de derecho administrativo, 2 edición, 2002, pág. 230

jurisdiccional en donde el poder de juzgamiento quedaba enmarcado por parte de la jurisdicción especializada, la encargada de los conflictos entre los administrados y la administración, la jurisdicción contenciosa administrativa.

Otro periodo de mucha relevancia jurídica fue **el Periodo de la jurisdicción jerarquizada de derecho común:** El Consejo de Estado es un tribunal de derecho común, en donde toda la carga administrativa estaba a cargo de este, y los consejos de prefectura, en la del segundo su competencia estaba un poco reducida, y la del Consejo de Estado estaba totalmente acaparado, se produce entonces una congestión judicial y se decide eliminar a los consejos de prefecturas en el año 1953, se cumplió el marco de competencias en la región (Dcto ley del 3 de sept de 1953), se crean 5 interregionales de apelación que sustituyen al Consejo de Estado en las apelaciones contra las decisiones de los tribunales administrativos, el mayor aporte del derecho francés son los llamados recursos objetivos y subjetivos en donde el fin de estos era preservar esos derechos subjetivos vulnerados y desconocidos por la administración, preservar la legalidad de los actos administrativos y se funda en la especial concepción francesa de la separación de poderes.

2.7 SISTEMA ESPAÑOL

Existían dos fuertes concepciones, la de los AUSTRIAS que organizaban el poder público por los llamados consejos tanto asuntos administrativos como contenciosos, y los BORBONES concepción francesa, tareas seccionales del poder público, las reformas borbónicas crearon los cargos públicos, o cargos estamentales y se crean servidores para el cumplimiento y ejecución de las políticas propias del estado absolutista, otro sistema que se crea es la llamada burocracia comisional o de comisión por medio de nombramientos en donde sus funcionarios son de inspección y vigilancia, la Monarquía absoluta española, conocida como absolutismo ilustrado, se crearon las entidades de policía, no existía en esta parte una separación de poderes con esto

nace el real decreto (Dcto 2 de abril de 1717) la novísima recopilación, y se incluyó a la policía en la administración civil del estado y empieza a crearse un proceso de separación de poderes de las funciones gubernativas y judiciales.

La independencia del Estado pelagra con la llegada de NAPOLEON BONAPARTE al poder, se imponen las ideas liberales de la división de poderes, los principios de legalidad, los Derechos fundamentales, nace con estos ideales en el año de 1810 la revolución Gaditana en donde se unieron las cortes de Cádiz, para una reorganización del estado (Docto 1 del 24 de sept de 1810), y simplemente un régimen de división de poderes, el decreto indicaba *“No conviniendo que quedan reunidos el poder legislativo, el ejecutivo y judicial declararon las cortes generales y extraordinarias que se reservan el ejercicio del poder legislativo en su extensión. Las cortes generales y extraordinarias declaran que las personas en quien delegaren el poder ejecutivo en ausencia de nuestro legítimo rey el sr. Don FERNANDO VII, quedan responsables a la nación por el tiempo de su administración con arreglo a las leyes. Las cortes generales y extraordinarias habilitan a los individuos que componían el consejo de regencia para que bajo esta misma denominación internamente y hasta q las cortes elijan el gobierno que más convengan, ejerzan el poder ejecutivo, el consejo de regencia, para usar la habilitación declarada anteriormente reconocerá soberanía nacional de las cortes y justa obediencia a las leyes y decretos que de ellas emanen”*¹⁵.

Luego de esto nace la revolución liberal esto constituyo en el ámbito político, jurídico y constitucional, para un cambio radical de modelo de estado, en esta nueva revolución se dejaba un lado el régimen absolutista que esta tenía, y el régimen burocrático, empezó a ser de importancia los derechos de las personas y se dejaban los privilegios a un lado, FERNANDO VII regresa al poder, el deseado como todos lo llamaban y así se impondría nuevamente la normalidad al tan ajetreado régimen que había tenido que sobrevivir España, se creó un

¹⁵ Jaime Orlando santofimio, Tratado de derecho administrativo. 2 edición pág. 253.

manifiesto el cual fue llamado el manifiesto de los persas en donde se pedía que anularan todos los decretos impuestos por la corte de Cádiz y no aceptar la constitución, y que las leyes estén por encima de los reyes, luego nace el trienio constitucional que data de 1820 a 1823 en donde operaba totalmente el liberalismo, se hizo la composición de las cortes comenzaron nuevamente sus sesiones y deliberación el 9 de julio de 1820, la crisis del gobierno en 1822 hizo que se hiciera una modificación al ejecutivo, la tradición liberal duro 10 años y luego de la muerte de ENRIQUE VII, queda el poder político en manos de MARIA CRISTINA DE NAPOLES y vuelve totalmente la postura liberal, FRANCISCO MARTINEZ DE LA ROSA promulgo el estatuto real en abril de 1834 permitió la puesta en marcha de algunas instituciones, en 1845 nace el liberalismo doctrinario, para que los textos jurídicos que fueron impetrados por la postura liberal quedaran impresos totalmente y sirvieran de peso jurídico en la organización del poder. Luego vino la organización del estado liberal, se reorganizo el aparato jurisdiccional y se configuro el tribunal supremo.

3. INCIDENCIAS REFORMISTAS EN EL SISTEMA COLOMBIANO

Nace un sistema de relación de poder llamado el federalismo, este resulta de un movimiento de varios estados independientes, en los que se encuentran los Estados Unidos de América y el Canadá, luego surge la existencia de los estados federales, cada uno de estos estados, posee su propia constitución, esto se presentó más que todo en la época de la nueva granada y sus provincias integrantes desde 1821 hasta 1914 estos poseían su propia administración y legislación autónoma, con este sistema nace la constitución de los estados unidos de Colombia en el año de 1863 fue el primer nombre que obtuvo nuestra constitución, nace la delegación de competencias a cada uno de los estados federados pues este sistema estaba constituido primeramente por estados, cada uno independiente como expusimos anteriormente, su propia soberanía y sus propias reglas y leyes,

que estos llamaban “soberanía fiscal” imponían una serie de impuestos a las gentes, para que estos pagaran por cada tierra q tuvieran, eran especies de terratenientes¹⁶. Otros aspecto importante es la forma de organización de la capital federal, la tendencia era q no fueran gobernadas por quienes en ellas habitaban si no por los poderes centrales, se crean el congreso de la nación y se nombró un presidente de la república en el año 1861 en lo que seria los Estados Unidos de Colombia, cuando Bogotá ostento el título de “distrito capital”.

Luego surgieron los procesos independentistas en donde cada uno de estos estados se unieron con el fin de preservar los derechos naturales y los derechos del hombre y del ciudadano, surgió el reino de la nueva granada, su periodo fue desde 1821 hasta 1914 en donde entra en vigencia la ley judicialista donde la administración acudia como sujeto ordinario ante los jueces de la república, hasta la entrada en vigencia del decreto 528 de 1964 que introdujo importantes modificaciones al régimen de competencias de la jurisdicción contenciosa administrativa, este periodo fue considerado como la implantación tardía del sistema francés de la dualidad de jurisdicción en donde era mucho más conveniente el control judicial de la administración a cargo de órganos especializados diferentes a la justicia ordinaria.

El periodo de la independencia es un periodo de formación institucional en donde se intenta un sin número de fórmulas para regir las nacientes repúblicas independientes. La constitución de Cundinamarca de 1877 estableció un sistema global mediante el cual el senado es el primer tribunal de la provincia, podía esta conocer de todos aquellos asuntos en los cuales cualquiera de los poderes con sus actos, vulnerara las normas constitucionales, esta debía reformar su providencia después del tercer día de notificada, TUNJA estableció un sistema mixto en donde todos los asuntos contenciosos de la administración se conocían en 1 instancia, por los gobernadores y en segunda, por los tribunales ordinarios, el órgano judicial era el gobernador y el legislativo era el senado. CARTAGENA,

¹⁶ Jaime Vidal Perdomo, Derecho administrativo, décima edición , 1994., pág. 28

atribuía el control objetivo al senado y el subjetivo a los jueces ordinarios conocía los asuntos en 1 instancia, asuntos referentes a hacienda y gobierno.

También se presentaron 3 periodos importantes: PERIODO JUDICIALISTA (1821-1914) La institucionalización de la república en 1821 que finaliza en 1914 con el funcionamiento definitivo de la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo, los jueces civiles juzgaban las contenciones de la administración pública

PERIODO MIXTO: Se le atribuía al consejo de estado el carácter de tribunal supremo de lo contencioso administrativo y a la corte suprema de justicia como tribunal supremo de la justicia ordinaria, le reconocían a la jurisdicción ordinaria el pleno ejercicio de control jurisdiccional de la administración. Este fue un primer intento de trasplante de las instituciones francesas de la dualidad jurídica de la justicia ordinaria y la justicia especializada.

PERIODO MIXTO CON PREPONDERANCIA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA: A partir de 1964 con la asunción de la competencia en materias contractuales del estado y de responsabilidad extracontractual la jurisdicción contenciosa administrativa se fortalece pero no se consolida como única por eso el C.P.C tiene establecidas reglas específicas para los eventos en los cuales las partes involucradas es la administración pública.

3.1 REFORMAS DE LA CONSTITUCIÓN DEL 91

Esta constitución, fue una de las constituciones con mayor relevancia para nuestro proceso organizativo y marca una pauta en nuestro proceso, social político y democrático. Esta constitución también llamada “la constitución de los derechos” con la constitución del 86 que implemento la descentralización administrativa, esta constitución traía consigo impresa los derechos fundamentales, igualdad y equidad

para todos, y todos los derechos económicos y sociales propios de un estado de derecho, entonces crea unos mecanismos eficaces para que estos derechos no se vean vulnerados y sean respetados a cabalidad¹⁷, las acciones, que funcionan como salvaguarda a todos los derechos inherentes al ser humano, las acciones de cumplimiento, las de grupo y las populares fueron algunas de ellas.

En 1990 se convoca una Asamblea nacional constituyente que se crea con el fin de que esas disputas políticas incesantes, acabaran y dejaran de esparcir más y más sangre por no existir multiculturalidad de pensamientos si no, dos partidos tradicionalistas como era el conservatismo, y el liberalismo, y no se tenían en cuenta otras organizaciones que no se tenían en cuenta, entonces con esto no se estaba aceptando la tesis de que fuéramos un Estado de derecho, porque un estado como este debe brindar las mínimas garantías para que los derechos del ciudadano fueran respetados. Con todos estos problemas y los enfrentamientos que se estaban presentando por parte de estas disputas, unos estudiantes plantearon una forma de representación nacional, ante el gobierno para que estos fueran escuchados, formaron un movimiento para que se incluyera la séptima papeleta, pidiéndole al ejecutivo que conformara una Asamblea nacional constituyente, esto prospero, y trajo consigo reformas importantes, como el cese al fuego, y a la violencia. Se instituye la democracia participativa, y se sustituye la democracia representativa, se prohíbe la extradición de nacionales colombianos fue derogado en 1997 por la reforma constitucional.

Se crearon nuevas entidades territoriales, como los distritos y los territorios indígenas, las provincias y las regiones, se instituye la acción de tutela como mecanismo de defensa de todos los administrados para que se les respeten sus derechos fundamentales, a partir del artículo 8 de la declaración de los Derechos humanos en 1948, se involucraron también los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en

¹⁷ Wikipedia, historia de la constitución política de 1991.

el ejercicio de competencias asignadas por la ley, el principio de coordinación es una regla de actuación estatal, se designaron como nuevos departamentos Arauca, Casanare, putumayo, el archipiélago de san Andrés, providencia y santa catalina, y las comisarías de vichada, amazonas, Guaviare, Guainía, Vaupés y vichada¹⁸, los departamentos tienen su propia autonomía territorial. Se conservan como autoridades municipales y distritales el alcalde, el concejo, el contralor y el personero, el tesorero deja de ser designado por los concejos y hace parte de la alcaldía.

Por otro lado, dispone que son las ramas del poder público tres: la legislativa, la ejecutiva y la judicial, cada una con diferencias palpables, el congreso de la república le corresponde hacer las leyes, reformar la constitución y ejercer el control político, lo integran el senado y la cámara de representantes. A la rama judicial la corte constitucional, la corte suprema de justicia, el consejo de estado, el consejo superior de la judicatura, la fiscalía general de la nación, los tribunales administrativos y jueces administrativos les corresponde esta rama. Existen organismos de control que a su vez tienen funciones de vigilancia y son la contraloría general de la república, la procuraduría general de la nación, y las autoridades electorales.

El presidente es la máxima autoridad administrativa, y se le confiere la ejecución de las leyes, promulgar leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento, también cumple con nombrar funcionarios, debe nombrar a los ministros y directores de los departamentos municipales, nombrar a los presidentes, de los establecimientos públicos nacionales.

3.2 NUEVO CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Con la ley 1437 de 2011 de enero 18 se implementaron nuevas modificaciones a lo contencioso administrativo¹⁹, el derecho

¹⁸ Jaime Vidal Perdomo, Derecho administrativo, décima edición, pág.95.

¹⁹ Ley 1437 de 2011, Nuevo código contencioso administrativo.

de petición podrá ejercitarse de manera oral y haciendo uso de las tecnologías de la información y la comunicación, y se ejerce no solo a las entidades públicas, si no ante organizaciones privadas que ejerzan funciones administrativas, se implementara el expediente judicial electrónico para que todas las personas puedan tener un mejor acceso a los procesos sin tener dificultades de no ser atendidos como se merecen y de una atención nula. Otro aspecto importante es el fortalecimiento de los poderes del juez, con un régimen de medidas cautelares para que esos derechos que están sometidos a controversia sean protegidos a cabalidad.

Se crea un plan especial de descongestión judicial de lo contencioso administrativo que se ejecutara en un plazo máximo de 4 años, con esto debe llevarse hasta su culminación todos los procesos promovidos antes de la entrada en vigencia de esta ley, se contrataran jueces y magistrados de descongestión se trasladarán los procesos a los tribunales menos congestionados, y se agruparan por temas.

Otro cambio determinantes es que se le introduce un sistema procesal mixto, que integran todos los sistemas que hemos tenido hasta el momento, escrito, oral y por audiencia sin duda para hacer que los procesos tengan más agilidad en su funcionamiento y se cumplan los principios procesales anteriormente expuestos.

Se dará un gran paso con esta implementación del tiempo de duración de las demandas, se espera tener un tiempo promedio de 3 años, para resolver un conflicto en la jurisdicción contenciosa administrativa, que no es secreto para nadie que es una de las jurisdicciones en donde sus procesos tardan más tiempo de lo normal, se aspira con este nuevo código contencioso administrativo la agilización de procesos en tiempo record.

Y por último y no menos importante la obligación que tendrá la administración, publica de aplicar de manera uniforme, la jurisprudencia a factores, que tengan los mismos supuestos facticos y jurídicos, esto quiere decir que cuando existan

sentencias de unificación jurisprudencial, las autoridades, deben reconocer el mismo derecho a quienes se encuentren en situación idéntica, y soliciten la extensión de los efectos de dicha jurisprudencia. Esto será una valiosa herramienta tanto para los servidores públicos como para todos los ciudadanos, que busca evitar desgastes litigiosos y a la congestión judicial.

4. CONCLUSIONES

En un estado social de derecho, el acceso a la administración de justicia se constituye como un derecho fundamental por excelencia, el cual debe ser respetado, para el cumplimiento de los postulados, libertades y garantías de la noción de estado. Hoy enfrentamos que los medios y vías dispuestos por el ordenamiento jurídico para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y sus incidencias en el alcance de la tutela judicial que ella ejerce sobre los asociados, ha sufrido cambios y transformaciones sustanciales, para optimizar la cobertura integral de dicha jurisdicción. Esto se refleja en las limitaciones a los principios de economía, celeridad y eficiencia, derivados de la congestión judicial, y que en el imaginario colectivo presentan barreras que dificultan el acceso a la justicia.

Como respuesta a la desencadenante crisis institucional, presentamos el análisis de los fundamentos jurídicos, que invitan a una reflexión de los obstáculos que generan, no solo desde una perspectiva del aparato de justicia de sus formalismos y procedimientos estipulados en dicha órbita de factores, si no en otras facetas, que constituyen una visión más integral en el derecho contemporáneo, como con el orden económico, social y político. Analizar si estos problemas desencadenantes por una mora judicial elevada, pueden ser resueltos con miras a tener un mejor y ágil aparato jurisdiccional del estado, si sus problemas más neurálgicos que no se han podido solucionar, y que deberían ser solucionados para una mejor vida en sociedad y para no vulnerar ese derecho fundamental inalienable inserto en nuestra carta política, que es poder acceder a nuestro aparato judicial, y promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten, las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus creencias y demás derechos y libertades y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

1. Puerta, María Patricia. *Manual del proceso ordinario contencioso administrativo*, Medellín, primera edición librería jurídica Sánchez 2006.
2. Memorias XXI congreso colombiano de derecho procesal, universidad libre parte de jurisdicción contenciosa administrativa, *Derecho fundamental de acceso a la justicia*, Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, primera edición agosto 2010.
3. Ley 1437, *Nuevo código contencioso administrativo, código de procedimiento administrativo, y de lo contencioso administrativo*, primera Edición 2011, Editorial Unión Ltda. Bogotá.
4. Jaime Azula Camacho, *Manual de Derecho Procesal*, Tomo I teoría general del proceso, séptima edición, editorial Temis, Bogotá, año 2000.
5. Hernán Fabio López Blanco, *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*, Tomo I, parte general, sexta edición, Editorial ABC. Bogotá, año 2003.
6. Vidal, Jaime, *Derecho administrativo*, décima edición. Editorial Temis, Bogotá, 1994
7. Santofimio, Orlando Jaime, *Tratado de derecho administrativo*, enero 2002, Universidad Externado de Colombia, 2 edición.

DERECHO PROBATORIO E INSTITUCIONES PROCESALES

VALOR PROBATORIO E INCIDENCIA, A NIVEL INTERNACIONAL DE LOS COMPUTADORES DE RAÚL REYES

Evelyn Marcela Galván Lora¹

RESUMEN

Raúl Reyes, murió a causa de una operación militar colombiana, en cercanía de Santa Rosa de Sucumbios, población ecuatoriana que limita con el departamento colombiano del Putumayo, el 1 de marzo de 2008. El ataque comenzó a las 00:25. El campamento de Raúl Reyes se encontraba en Ecuador a unos 1.800 metros de la frontera con Colombia. La operación militar colombiana, llamada Fénix, contó con la participación de la Policía, el Ejército y la Fuerza Aérea Colombiana. ²Según el ministro de defensa colombiano su localización fue posible gracias a un informante a quien le fue pagada una millonaria recompensa, aunque inicialmente la prensa afirmó que Reyes había sido localizado gracias al uso de un teléfono satelital entre sus pertenencias estaban una argolla de matrimonio, y un reloj Rolex, que más tarde se estableció que se trataba de una imitación sin valor, y que facilitó la identificación del cadáver.

PALABRAS CLAVES

Valor probatorio, incidencia internacional, hechos relevantes, papel de la corte constitucional, cooperación militar.

ABSTRACT

Raul Reyes died on March 1st 2008 as a result of a Colombian military operation near Santa Rosa de Sucumbios, an Ecuadorian town bordering the Colombian department of Putumayo. The strike took place at 00:25. Raul Reyes' jungle camp was set up in Ecuadorian soil about 1.800 meters from the border with Colombia. The Colombian military operation, called Fenix (Phoenix), was supported by the Police, the Army and the Colombian Air Force. The Colombian minister of defense stated that Reyes was tracked out thanks to an informant who was paid a hefty reward although, at first, the media claimed that Reyes had been spotted via a satellite phone. Among his personal belongings, there were a wedding band and a Rolex watch (it later turned out to be fake) that made it possible to identify the dead body.

KEY WORDS

Probative value, international incidence, relevant facts, role of the constitutional court. military cooperation.

¹ Estudiante de quinto año de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de La Universidad Libre, Seccional Barranquilla. e-mail: evelinhadassah@hotmail.com, Miembro del semillero INCOM, Grupo de investigación en Derecho Comercial categoría "A" Colciencias, líder del Grupo, SandraVilla.

² www.elpais.com, revista internacional.

1. INTRODUCCIÓN

Según informó el Ministro de Defensa de Colombia, durante el ingreso de helicópteros colombianos a la zona de los hechos se encontraron con el fuego enemigo desde el campamento de las FARC, como consecuencia murió el soldado profesional Carlos Hernández León, en que se descubrió poco después que la verdadera causa de su muerte fue un accidente provocado por la caída de un árbol, las autoridades colombianas estiman que un total de 17 guerrilleros murieron durante la operación. Las autoridades Ecuatorianas estimaron, al revisar los cadáveres de 15 guerrilleros y la escena de los hechos, vieron que estos vestían pijamas cuando su campamento fue bombardeado por Colombia utilizando “tecnología de punta”, registrándose como resultado lo que calificaron de masacre y no un enfrentamiento o “persecución en caliente”; también encontraron a 3 mujeres heridas en el campamento. El informe ecuatoriano, sin embargo, presenta presuntas inconsistencias al informar que el campamento de las FARC era temporal cuando las imágenes televisadas presentaban una estructura bien organizada con amplias cocinas y dormitorios. Entre los cuales Reyes fue el primer miembro del secretariado de las FARC abatido por las Fuerzas Militares y se constituye en el mayor éxito militar de esa organización, pues otras operaciones similares terminaron con las vidas de los jefes Tomas Medina Caracas (Negro Acacio) en el Vichada y Martin Caballero, en el sur de Bolívar.

También otros jefes de las FARC de alto rango que han sido capturados son Juvenal Ricardo Palmera “Simón Trinidad” (condenado a 60 años de prisión por el gobierno EE. UU. Acusado de narcotráfico) y “Martin Sombra, ambos miembros del estado mayor de esa organización. Posteriormente Iván Ríos fue asesinado por uno de sus subalternos para cobrar la recompensa, su líder Manuel Marulanda o “Tirofijo” murió en medio de una serie de bombarderos por un infarto según las FARC y Jorge Briceño alias el Mono Jojoy, quien murió en la operación Sodoma. El cadáver de Reyes ha sido reclamado por una mujer que dice ser su esposa, un abogado

y una secta llamada Iglesia Jesuiana, que afirma que Reyes era uno de sus seguidores

2. DESARROLLO

2.1 OPERACIÓN FÉNIX



La Operación Fénix, también llamado bombardeo de Angostura fue un ataque de la Fuerza Aérea de Colombia, con la posterior incursión de helicópteros, personal policial y militar, realizado en una zona selvática denominada Angostura en las cercanías de la población Santa Rosa de Yanamaru, en la provincia ecuatoriana de Sucumbios, el día 1 de marzo de 2008, causando la muerte de 22 guerrilleros, incluyendo el segundo comandante en rango del grupo terrorista armado Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), quienes se encontraban en una campamento terrorista. El ataque produjo una crisis diplomática regional

por la violación colombiana de la soberanía territorial ecuatoriana y por la presencia ilegal de las FARC en Ecuador, grupo considerado terrorista en Colombia y sospechosos de ser auspiciados por miembros del gobierno del presidente Rafael Correa³.

2.2 REACCIONES

El 2 de marzo de 2008, la Agencia de Noticias reporto que las FARC hicieron público un comunicado en el que sostiene que la “sangre derramada, el legado y la memoria de su dirigente” engrandecen su causa, y afirma que se debe insistir en la búsqueda de un “canje humanitario”. También se anuncia que los “organismos de dirección” de las FARC enviaron un “pronunciamiento oficial” sobre la muerte de Raúl Reyes en los próximos días⁴.

Según reporte de la AFP, la revista Resistencia, órgano de las FARC, había negado en un principio que Raúl Reyes y los guerrilleros que acompañaban hicieron presencia en Ecuador⁵. El 4 de marzo de 2008, se conoció un comunicado del Secretario de las FARC con la fecha del 2 de marzo, donde afirman que Raúl Reyes “cayo cumpliendo la misión de concretar a través del Presidente Chávez, una entrevista con el Presidente Sarkozy” con el fin de que “se avanzara en encontrar soluciones a la situación de Ingrid Betancourt y al objeto del intercambio humanitario”.

Acusan al gobierno de Álvaro Uribe de “deformar las circunstancias” de la muerte de Reyes, tensionar las relaciones de su gobierno de su gobierno con otros países, “golpear” gravemente la posibilidad de un intercambio humanitario y “anular” la salida política al conflicto con lo que calificaron de “régimen paramilitarizado y promunicipios de Florida y Pradera Y se anuncia que Raúl Reyes sería reemplazado por Joaquín Gómez como miembro dentro de su estructura directa.

3 www.youtube.com/watch?v=M8srWwpR96c

4 www.elcolombiano.com

5 afpnoticias.blogspot.com

2.3 REACCIONES DEL GOBIERNO ECUATORIANO

Tras la muerte de Reyes, el presidente ecuatoriano Rafael Correa declaró que le presidente Colombia le había informado de la situación y dijo que enviaría a sus fuerzas militares a investigar los hechos ocurridos en la zona fronteriza.

Posteriormente, Correa declaró que Colombia había incursionado ilegalmente en territorio ecuatoriano para bombardear al campamento de Reyes, lo cual rechazó afirmando que “aquí nadie puede entrar a nuestro territorio y menos aún armado, por más que sean fuerzas irregulares según Correa, los guerrilleros muertos fueron bombardeados y “masacrados” utilizando “tecnología de punta” mientras dormían en su campamento, probablemente con ayuda de alguna “potencia extranjera”, y el ejército colombiano ingresó a Ecuador únicamente para recuperar el cadáver de Reyes, abandonando los demás⁶.

Correa concluyó que “el presidente Uribe estuvo mal informado o descaradamente le mintió al presidente de Ecuador, pero el gobierno ecuatoriano no va a permitir más ultrajes del gobierno colombiano y vamos a ir hasta las últimas consecuencias para que se aclare este escandaloso hecho de una agresión a nuestro territorio y a nuestra patria”

El gobierno de Ecuador retiró a su embajador en Bogotá y envió una nota de protesta, en la cual se pide a Colombia que explique el “indebido proceder de sus fuerzas militares”, reiterando que “ninguna fuerza militar regular o irregular puede actuar en el territorio de Ecuador que, con arreglo a su derecho a la legítima defensa ya la seguridad, repelerá, capturará y someterá a la justicia a quienes ingresen armados al territorio o se establezcan para desarrollar actividades al margen de la ley”. En la nota se concluye que “el Estado ecuatoriano ha colaborado con autoridades colombianas en acciones apegadas a las leyes de los dos países y a los derechos

6 www.elcolombiano.com

humanos. Lamentablemente esa cooperación bilateral no se verificó en torno los hechos descritos, que por tanto significan la vulneración de la integridad territorial y el ordenamiento legal de Ecuador.

En la noche del 2 de marzo de 2008, el presidente Correa anunció públicamente la expulsión del embajador colombiano en Quito y solicitó la convocatoria inmediata de los Consejos permanentes de la OEA y de la CAN, además de ordenar la movilización de tropas ecuatorianas a la frontera norte. Al mismo tiempo, Correa exigió al gobierno colombiano “compromisos firmados de respeto a Ecuador” y no solamente disculpas formales.

Después de las declaraciones de rechazo a la incursión militar por parte del presidente ecuatoriano, la cancillería colombiana anunció que respondería a la nota de protesta, anticipando que “Colombia no violó soberanía sino que actuó de acuerdo con el principio de legítima defensa los terroristas, entre ellos Raúl Reyes, han tenido la costumbre de asesinar en Colombia e invadir el territorio de los países vecinos para refugiarse. Muchas veces Colombia ha padecido estas situaciones que estamos obligados a evitar en defensa de nuestros ciudadanos”

En la noche del 2 de marzo de 2008, la cancillería colombiana emitió un comunicado en el cual le presenta al gobierno del Ecuador “excusas por la acción que se vio obligado a adelantaren la zona de frontera”. Para el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, las tropas colombianas ingresaron a territorio ecuatoriano “para registrar el sitio desde donde recibieron disparos y al cual atacaron”, recuperando posteriormente el cadáver de Raúl Reyes y otro guerrillero al igual que documentación y tres computadores.

La cancillería afirmó que Raúl Reyes “dirigía desde hace muchos años operaciones criminales en el sur de nuestro país y clandestinamente, desde territorio ecuatoriano sin el consentimiento de ese gobierno”, agregando que Colombia “nunca había tenido la pretensión o la disposición de irrespetar o vulnerar la soberanía o integridad

del Ecuador”, y expresó su voluntad de “avanzar en el desarrollo de mecanismos de cooperación en la lucha contra el terrorismo”. El gobierno colombiano anunció que está dispuesto a “indemnizar a los ciudadanos ecuatorianos que hubieren podido resultar afectados en los hechos antes descritos” (esto tomado de www.lahora.com. Periódico ecuatoriano).

2.4 COMPUTADORES DE RAUL REYES

Los Computadores de Raúl Reyes se refiere a los del guerrillero de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) Raúl Reyes encontrados luego del desarrollo de la Operación Fénix por parte de las Fuerzas Militares de Colombia en territorio ecuatoriano. Esta exitosa operación logró la muerte de Luis Edgar Devia (Alias “Raúl Reyes”) y de varios otros terroristas. Devia era buscado por la justicia por ser uno de los responsables de la expansión de la actividad narcotraficante de las FARC así como también de la muerte de cientos de personas (civiles y militares) que interferían en esa actividad. La incursión en territorio ecuatoriano desató las crisis diplomática de Colombia con Ecuador y Venezuela 2008.

Según el gobierno colombiano, los computadores fueron extraídos de la zona, y detallan información histórica relacionada a las actividades del grupo guerrillero, incluyendo información que relaciona a las FARC con el gobierno venezolano de Hugo Chávez y el gobierno ecuatoriano de Rafael Correa, además de una extensa red de cooperantes en varios países latinoamericanos.

Los gobiernos de los presidentes Chávez y Correa han negado categóricamente la veracidad de estos computadores y han acusado al ex presidente de Colombia Álvaro Uribe Vélez de querer provocar un conflicto bélico. También, han alegado que Uribe pretendió tapar el escándalo interno de la parapolítica que vincula a círculos cercanos del gobierno colombiano con paramilitares de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC). El gobierno de Colombia envió los computadores a la Policía Internacional

(INTERPOL) para que se demostrara la veracidad de estos, la INTERPOL asignó a tres técnicos expertos en computadores de Corea del Sur, Singapur y Australia para analizar el contenido.

La información revelada se relaciona con una supuesta estrategia militar y política entre los gobiernos de Correa y Chávez con la FARC que incluían reuniones clandestinas, compra de misiles a Libia, la estrategia para desprestigiar al gobierno de Álvaro Uribe y el pago en petróleo y dólares por la liberación de los secuestrados. Los computadores tenían 37.872 documentos de texto, 452 hojas de cálculo, 210.888 imágenes, 10.537 archivos multimedia que pesaban 610 GB de información.

2.5 CONTENIDO DE COMPUTADORES

• VIKTOR BOUT

Además de desatar la crisis diplomática entre Colombia y Venezuela-Ecuador, la información encontrada en los computadores reveló el nexo con las FARC de un traficante de armas llamada ViktorBout y ayudó a su posterior localización y captura Tailandia el jueves 6 de marzo de 2008. Bout, también llamado el mercader de la muerte es acusado de suministrar armas a las FARC, además de otros grupos terroristas. Este traficante de armas es requerido por la justicia de Estados Unidos, Rusia, Tailandia y Colombia.

• CALETA EN COSTA RICA

Con información tomada del computador de Raúl Reyes, las autoridades colombianas informaron a las autoridades costarricenses de la existencia de un dinero pertenecientes a Raúl Reyes y alias Rodrigo Granda. El monto del dinero encontrado fue de 480.000 US camuflados y que serían enviados a Colombia a petición de estos. El dinero fue dado a una pareja costarricense; Francisco Gutierrez Cruz y Mery Prado Rojas quienes fueron desde 1997 o 1998 guardados en su casa la caja fuerte por solicitud directa de Granda, pero alegaron no saber el contenido real de la caja fuerte.

• URANIO EMPOBRECIDO:

El gobierno colombiano halló en la vereda Pasquilla de la comuna 20 de Bogotá unos 30 kilos de Uranio empobrecido, localizado tras revisar información de los ordenadores del guerrillero Raúl Reyes. Según el ex general de las Fuerzas Militares de Colombia, las FARC al parecer pretendían crear una “bomba sucia”. El ex vicepresidente Francisco Santos denunció esto ante la conferencia de desarme de la ONU que se llevó a cabo en Europa. El 19 de marzo de 2008, las FARC emitieron un comunicado en el que desmentían dicha información, ya que no tenían los medios para procesar dicho material.

• MASACRE EN APURE, VENEZUELA:

Otra supuesta revelación del portátil de Raúl Reyes es que la FARC mató a seis soldados venezolanos en territorio de Venezuela y Hugo Chávez se había puesto de acuerdo con la guerrilla y responsabilizar a los paramilitares del suceso.

Entre otros, como podemos mencionar, se encontraron documentos que prueban vínculos con narcotraficantes, con la ETA, con Piedad Córdoba y grupos extremistas mapuches y de la izquierda chilena (Mayor información: computadoresderaulreyes.blogspot.com).

2.6 HECHOS DE PRENSA

Colombia y el mundo recibieron el 1 de marzo de 2008 la noticia del resultado de la operación “Fénix”, en la cual, por un bombardeo, resultó abatido el jefe de las FARC Raúl Reyes. En el campamento bombardeado se encontraron computadores portátiles donde había información valiosa que probaba la relación de políticos, periodistas y ex congresistas con las FARC (Tomado de la revista Semana).

Los computadores tomados durante la operación sirvieron como prueba para abrir investigación contra funcionarios de altos cargos en Colombia, incluso contra los presidentes de los vecinos países de Venezuela y Ecuador.

Tres años después de realizada la mencionada operación la Corte Suprema de Justicia se pronuncia al respecto de la validez de dichas pruebas. En un fallo, que no ha sido publicado, la Corte dice que los computadores captados del campamento de Reyes no constituyen prueba y se refiere específicamente al caso del ex congresista del Polo Democrático Alternativo Wilson Borja ya que establece que los 45 archivos donde fue encontrado su nombre no provenían de correos electrónico o de alguna otra vía de internet, por lo tanto no se tenía la certeza de que realmente el señor Borja los hubiese enviado o recibido.

La Corte asegura además que las pruebas son ilícitas debido a que el procedimiento utilizado para captarlas fue en su totalidad contrario a la ley y a convenios firmados entre Colombia y Ecuador; entre otros motivos porque se violó la soberanía del vecino país, debió haberse solicitado un permiso en Ecuador para llevar a cabo la operación, pero para nadie es secreto que si ese permiso hubiese sido solicitado la operación no hubiese tenido el mismo resultado, ya que está probado la relación existente entre el vecino país y las FARC; las pruebas no fueron obtenidas por personal de la policía judicial; los computadores se tomaron de entre los escombros del campamento.

De tenerse en cuenta este fallo para todos los casos investigados muchas de las sanciones impuestas como las de la ex senadora Piedad Córdoba, deberán ser revocadas. Fue demostrado por organismos internacionales QUE ESTAS PRUEBAS SON REALES, Luego de que los militares obtuvieran las pruebas, estas fueron entregadas a la Interpol, la cual demostró que los computadores en ningún momento fueron manipulados. Además, se discute el argumento de la Corte de que las pruebas no fueron recogidas por personal autorizado legalmente para hacerlo ya que fueron tomadas por policías y agentes del DAS y ellos las entregaron a la policía internacional.

La Procuraduría General de la Nación manifestó su desacuerdo con el fallo de la corte, pero no se pronunció formalmente con el fin de no provocar una discusión.

La Corte definitivamente no tomó en cuenta el verdadero significado que tiene esas pruebas para muchos hechos investigados en el país ya que aunque el fallo solo aplica para el caso de Borja los argumentos pueden ser utilizados por otros investigados para que el resultado de su investigación también sea una sentencia inhibitoria. La información que contiene las pruebas encontradas en los computadores es de magna importancia y puede servir para hechos futuros (Información tomada del periódico colombiano El Tiempo. Página web www.eltiempo.com)

Otro punto discutible y que puede hacerse más importante es aquel que tarta que las pruebas no hayan sido tomadas de manera totalmente legal, pero, sin embargo, dejan claramente en evidencia los nexos que tienen personas que cubren puestos de altas dignidades con grupos internacionalmente reconocidos como delincuenciales y terroristas.

2.7 ARGUMENTOS DE LA CORTE

1. La corte afirma que esos documentos no fueron recolectados por parte de la policía judicial sino por militares, violándose así la cadena de custodia.
2. Las autoridades no actuaron en territorio colombiano, pasando por encima de la constitución.
3. Los formatos en los que fueron encontrados los documentos no hacen referencia a correos electrónicos puesto que no fueron encontrados en un navegador o red de transmisión de datos sino que se encontraron en documentos de Word.
4. Por ser documentos de Word fueron considerados documentos estáticos y por tanto no aseguraban la relación origen –destino para ser de esta manera tenidos en cuenta para investigar a los supuestos involucrados.
5. La corte dice también que el día de mañana es decir en tiempos futuros podrían aparecer diferentes pruebas las cuales no tendrían relación con un computador y estas podrían inculpar a más personas y establecer que mantiene vínculos con las FARC u otras

- organizaciones delictivas.
6. Aseguro también José Gregorio Hernández Galindo ex presidente de la corte constitucional: “ya no se podrá sindicarse sobre la base de esas pruebas ni al gobierno del presidente Chávez ni al gobierno del presidente ecuatoriano Rafael Correa, de mantener algún contacto con la guerrilla”.
 7. Asegura la corte que gracias a los golpes que se le han dado a las guerrillas ha sido posible dar el dictamen acerca de diferentes materiales probatorios.

LA CORTE ACLARA:

El presidente de la Corte Suprema Camilo Tarquino aclaró que la razón de desestimar esas pruebas se circunscribe a ciertos casos determinados.

- La Corte Suprema Colombiana negó el valor probatorio de los archivos contenidos en computadores incautados al ex jefe de las FARC Raúl Reyes en 2008 en Ecuador, que implican a diversos políticos con ese grupo guerrillero.

Ante lo anterior se puede decir:

Las pruebas son nulas e ilegales, por haber sido recogidas sin autorización ni participación de las autoridades de ese país (Ecuador)” (Información tomada del periódico colombiano El Tiempo. Página web www.eltiempo.com), dijo el presidente de la corte, Camilo Tarquino. La decisión de la Corte se produjo a propósito del caso del ex parlamentario izquierdista Wilson Borja, quien fue acusado de mantener vínculos con la guerrilla Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC, comunistas) en base a archivos encontrados en esos computadores.

Los computadores de Reyes fueron incautados por las fuerzas militares de Colombia en el campamento de éste en Ecuador, después que se presentará un bombardeo el cual dejó al jefe guerrillero y a otras 22 personas muertas. Después de todo lo anterior se presentó la ruptura por parte de Ecuador y deterioro las relaciones de nuestro país con Venezuela.

Por tanto este fallo produce efectos de aplicación inmediata frente a aquellas investigaciones o juicios en curso, contra personas que han sido acusadas arbitrariamente de pertenecer o colaborar con las FARC esta decisión hace tambalear diferentes procesos legales que usaban este material como “pruebas”, entre ellos el de los ex congresistas colombianos Piedad Córdoba y Wilson Borja, el miembro del partido comunista chileno Manuel Olate, y el periodista Joaquín Pérez Becerra, así como los ataques contra los presidentes Rafael Correa y Hugo Chávez.

La corte señala que toda esa información obtenida gracias a los computadores de Raúl Reyes fueron obtenidos de una manera ilícita además que la recuperación del recurso informático no contó con la debida cadena de custodia y carece de validez, agrega la sentencia.

No obstante a ello los computadores contienen información relacionadas con cada una de las actividades de este grupo guerrillero liderado por uno de los más grandes terroristas, buscado en nuestro país, además estos contenían información que relacionaban gobierno venezolano de Hugo Chávez y al gobierno ecuatoriano de Rafael Corea con la FARC.

El gobierno de Chávez y Correa han negado categóricamente la veracidad contenida en estos computadores, acusando así al presidente Álvaro Uribe Vélez de querer provocar un conflicto bélico.

Debido a las imputaciones por el gobierno colombiano estos decidieron enviar los computadores a la policía internacional (interpol) con el fin de esclarecer la veracidad de estos, así fue como la interpol asignó a 3 técnicos capacitados en computadores de Corea del sur, Singapur y Australia para analizar el contenido.

La información revelada se relaciona con una supuesta estrategia militar y política entre los gobiernos de Correa y Chávez con la FARC que incluían reuniones clandestinas, compras de

misiles a libia, la estrategia para desprestigiar al gobierno de Álvaro Uribe y el pago de petróleo y dólares por la liberación de los secuestrados, los computadores incautados tenían 37.872 documentos de textos, 452 hojas de calculo ,210.888 imágenes, 10.537 archivos multimedia, que pasaban 610 gigabytes de información.

Según el informe presentado por Ronald k, Noble, secretario general de la interpol, la información de los computadores no habría sido manipulada a mayo de 2008 por las autoridades colombianas.

Entre 1 de marzo y el 3 de marzo, fecha en la que el computador también estuvo en manos de las autoridades colombianas antes de ser entregados a técnicos de la dirección de investigación criminal e interpol (DIJIN) en dicho país, el acceso de los datos no se ajusto a los protocolos internacionales para el manejo de este tipo de pruebas.

El investigador del grupo antiterrorista de la DIJIN Ronald Hayden Coy Ortiz, posteriormente acepto ante un juez colombiano especializado y en audiencia publica, que se rompió la cadena de custodia en los computadores de Raúl Reyes, es decir en un determinado tiempo los computadores estuvieron expuestos a posibles manipulaciones por lo tanto cualquier información que se pretenda tomar como prueba para un caso judicial, no pueden tomarse como evidencias, porque no existen las certificaciones necesarias de la cadena de custodia, las cuales certifiquen que no se produjera manipulaciones al computador incautada.

La sala penal de la corte suprema de justicia determino que el contenido del computador del abatido guerrillero de las FARC, alias” Raúl Reyes” incautado en la operación fénix en ecuador no es valido.

El alto tribunal preciso en su decisión que los militares no pueden ejercer funciones de policia judicial y mucho menos en el exterior.

Con este argumento la corte archivo la inves-

tigación al ex congresista Wilson Borja vinculado dentro del proceso de la “FARC- política”

La corte señala que el computador no es prueba, ya que los elementos recaudados por los militares colombianos luego del bombardeo, no tienen validez pues estos integrantes de la fuerza pública no tenían autorización para hacerlo.

El alto tribunal, asegura que el fallo se refiere a la falta de pruebas e invalidez del computador de Raúl Reyes para comprometer específicamente a Wilson Borja con la “FARC- política”.

El presidente de la corte suprema de justicia, Camilo Humberto Tarquino Gallego, dijo que el pronunciamiento del tribunal fue netamente jurídico y no político, ya que nunca se analizo la legalidad o ilegalidad de la operación militar en lo que se logro la incautación del computador de Raúl Reyes. “la corte e refirió únicamente al caso del señor Wilson Borja fue un análisis netamente jurídico y respeto solidariamente la operación militar” explico tarquino.

El presidente del alto tribunal sostuvo que cada investigación en la que se trate de los computadores de “Raúl Reyes” o relacionados con la FARC debe ser analizado individualmente porque cada investigación es distinta.

El magistrado comento en el fallo se destaca el convenio internacional entre Colombia y ecuador que luego se convirtió en la ley de la república en 1999, el cual fue analizado por la corte y se encontró que “en la operación fénix” que no hubo policia judicial del ecuador, lo que fue fundamento para que no se deriva valor en este caso al computador de Raúl Reyes.

El magistrado dijo que la corte suprema no responderá ninguna de las observaciones que vinieron haciendo ex presidentes, políticos yhasta el propio presidente de la república, quien se ha pronunciado a favor y en contra del fallo de la corte suprema de justicia.

En el fallo en el que se archivo la investigación contra Wilson Borja, la corte advierte que frente

a los correos de los computadores de Raúl Reyes se desconoce si lo fueron o no, porque fueron encontrados en archivos de texto.

En la sentencia, la corte suprema afirma que “las fuerzas armadas ejercieron poderes de policia judicial que no tenían” y afirman que hubo desatención” la corporación judicial”.

“las fuerzas armadas colombianas dentro del marco de la operación fénix ejercieron poderes de policia judicial que no tenían, registrando lugares y recogiendo elementos materiales de conocimiento que luego ingresaron al país, dejando unos productos de evidencia, lo que significo desatención a la cooperación judicial, pasando por algo que las pruebas provenientes del exterior no son ajenas al principio de legalidad y con el a un debido proceso.

Afirma el fallo que por eso, como el territorio del estado colombiano demarca la medida y limite de sus autoridades por principio de competencia, sus agente, que a menos que tenga anuencia del otro estado y sigan las reglas dispuestas por los tratado convenios internacionales no pueden producir pruebas legales, validas o legitimas mas allá de las fronteras nacionales.

“la practica y producción de pruebas en el exterior también atiende a un debido proceso, nose puede recoger de manera informal, de tacto sino siguiendo un método legal, en el que esta involucrado no solo el derecho nacional sino también el de los estados concernidos” señala la sentencia.

El presidente de la corte suprema de justicia, camilo tarquino aclaro, que las decisiones del fallo del alto tribunal, en el que se decretaba la nulidad de los correos del abatido jefe guerrillero alias “Raúl Reyes” solamente afecta el proceso que se adelantaba contra al ex congresista Wilson Borja, por sus presuntos nexos con este grupo armado.

El magistrado precisó que la decisión se baso en el marco jurídico señalando que dicho material probatorio fue recuperado en territorio

ecuatoriano por autoridades colombianas quienes no respetaron los convenios que se tenían con ese país frente a este tipo de acciones. En la sentencia, la corte suprema afirma que las fuerza armadas ejercieron poderes de policia judicial que no tenían y afirma que hubo “desatención a la cooperación judicial”, “las fuerzas armadas colombianas dentro del marco de la operación fénix, ejercieron poderes de policia que no tenían, registrando lugares y recogiendo elementos materiales de conocimiento que luego ingresaron al país, dejando unos reductos de evidencias, lo que significo desatención a la cooperación judicial, pasando por alto que las pruebas provenientes del exterior no son Atenas al principio de legalidad y con el de un debido proceso” afirma la corte en la sentencia.

La decisión que toma la Corte Suprema de Justicia (CSJ) Colombia de invalidar el materia hallado en los computadores del abatido líder de las FARC Raúl Reyes restara valor probatorio para todos los casos abiertos sobre la base de esos materiales incautados en 2008.

Por lo tanto, a partir de ahora, las investigaciones en la llamada “FARC política” tendrá que ser revisados y hasta anulados y todos la demandas interpuestas dentro y fuera de Colombia con esas evidencias pierden valor, entre ellos las presentadas contra al presidente venezolano Hugo Chávez.

Todo ese gran material sirvió para abrir procesos contra 15 personas incluidos periodistas, activistas de derechos humanos congresistas y ex congresistas como la senadora del partido liberal Piedad Córdoba que a finales del año pasado fue inhabilitada por 18 años para el ejercicio de cargos públicos por el procurador general Alejandro Ordoñez.

La procuraduría informo que impugnará la decisión de la corte suprema en el caso de Borja y presentara un recurso de reposición a la decisión de no validar las pruebas halladas en el computador de Reyes.

2.8 CONVENIO DE COOPERACIÓN JUDICIAL Y ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

Como consecuencia de todos los hechos sostenidos por cada un de las partes, tendremos en observancia las ley y convenios pactados, para así poder realizar una apreciación basada en las normas internacional, en este caso tenemos las siguiente normativas:

Ley Aprobatoria N ° 519 del 4 de agosto de 1999

Visto el texto del “Convenio de Cooperación Judicial y Asistencia Mutua en Materia Penal entre la República de Colombia y la República del Ecuador” (www.oas.org), suscrito en Santa Fe de Bogotá, D. C., 18 de diciembre 1996.

El Convenio de Cooperación Judicial y Asistencia Mutua en Materia Penal entre la República de Colombia y la República del Ecuador.

Los Gobiernos de la República de Colombia y de la República del Ecuador, en adelante denominadas “las Partes”. Teniendo en cuenta los lazos de amistad y de cooperación que los unen; conscientes del incremento de la actividad delictiva, convienen en prestarse la más amplia cooperación, de conformidad con el procedimiento que se describe a continuación; inspirados en el deseo de intensificar la asistencia legal y la cooperación mutua en asuntos criminales; reconociendo que la lucha contra el crimen requiere de la acción conjunta de los Estados; deseosos de adelantar una acción conjunta para la prevención, control y represión del crimen en todas sus manifestaciones, a través de la coordinación de acciones y la implementación de programas concretos, y en la activación de mecanismos tradicionales para asistencia legal y judicial, y observando las normas constitucionales, legales y administrativas de sus Estados, así como el respeto por los principios de la ley internacional, especialmente aquellos relacionados con

la soberanía, integridad territorial y no intervención;

ACUERDO

Que es su artículo 1o. tenemos las definiciones para los efectos del Acuerdo:

- a) “Carta rogatoria, exhorto o solicitud de asistencia judicial” se entenderán como sinónimos;
- b) “Decomiso”: significa la privación con carácter definitivo de algún bien, sólo por decisión de un tribunal o de otra autoridad judicial competente, de conformidad con la legislación de cada Parte,
- c) “Instrumentos del delito”: significa cualquier bien utilizado o destinado a ser utilizado para la comisión de cualquier delito;
- d) “Producto del Delito”: Significa bienes de cualquier índole, derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;
- e) “Bienes”: significa los activos, de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre dichos activos, y
- f) “Embargo preventivo, secuestro, incautación de bienes u otras medidas cautelares de carácter real”: significan la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o movilizar bienes, así como la custodia y el control temporal de bienes por mandamiento expedido por un tribunal o autoridad judicial competente.

En su artículo 2o. esta el ámbito de aplicación. En cual se conforma de:

1. Las Partes se obligan a prestarse asistencia recíproca, de conformidad con las disposiciones del presente Convenio y de sus respectivos ordenamientos jurídicos, en la realización de investigaciones y de procedimientos judiciales.
2. Este instrumento no deberá interpretarse contrariamente a otras obligaciones de las Partes

derivadas de otros Tratados, ni impedirá que las Partes se presten asistencia de conformidad con otros Tratados o Acuerdos.

3. Este Acuerdo no se aplicará a:

- a) La detención de personas con el fin de que sean extraditadas, ni a las solicitudes de extradición,
- b) La transferencia de personas condenadas con el objeto de que cumplan sentencia penal en su país de origen, aspecto que está regulado por otro Convenio;
- c) La asistencia a particulares o terceros Estados.

4: Este Acuerdo no facultará a las Partes para ejecutar, en el territorio del Estado donde se realizan las diligencias, funciones reservadas exclusivamente a las autoridades de dicho Estado de conformidad con su legislación interna.

El artículo 3o. indica la doble incriminación.

1. La asistencia se prestará aun cuando el hecho por el cual se procede en la Parte Requirente no sea considerado como delito por la ley de la Parte Requerida.

2. No obstante, para la ejecución de las inspecciones, registros domiciliados, y allanamientos la asistencia se prestará solamente si la legislación de la Parte Requerida prevé como delito el hecho por el cual se procede en la Parte Requirente.

En el artículo 4o. relata el alcance de la asistencia.

1. Las Partes se comprometen a prestarse la más amplia cooperación judicial en forma recíproca, en las diferentes etapas de los procedimientos judiciales en materia penal. Dicha asistencia comprenderá, entre otras:

- a) Localización e identificación de personas y bienes,
- b) Notificación de actos judiciales;
- c) Remisión de documentos e informaciones

judiciales;

- d) Ejecución de registros domiciliarios e inspecciones judiciales;
- e) Recepción de testimonios;
- f) Citación y traslación voluntaria de personas para los efectos del presente Convenio, en calidad de testigos o peritos;
- g) Traslación voluntaria de personas detenidas con el fin exclusivo de rendir testimonio en el territorio de la Parte Requirente,
- h) Embargo preventivo, secuestro, incautación u otras medidas cautelares de carácter real y decomiso de bienes;
- i) Cualquier otra forma de asistencia, siempre que la legislación de la Parte Requerida lo permita.

2. Los funcionarios de la Parte Requirente conforme a la autorización de las Autoridades Competentes de la Parte Requerida, podrán presenciar la práctica de las actuaciones solicitadas siempre que ello no contravenga lo dispuesto en su legislación interna. Para este efecto, las Partes facilitarán el ingreso en el territorio de la Parte Requerida de las Autoridades Competentes.

3. Las Partes podrán celebrar acuerdos complementarios que permitan agilizar la asistencia prevista en este artículo.

El artículo 5o. está las limitaciones en el alcance de la asistencia.

1. La Parte Requirente no usará ninguna información o prueba obtenida mediante este Convenio para fines distintos a los declarados en la solicitud de asistencia judicial, sin previa autorización de la Parte Requerida.

2. En casos excepcionales, si la Parte Requirente necesitare divulgar y utilizar, total o parcialmente, la información o prueba para propósitos diferentes a los especificados, solicitará la autorización correspondiente a la Parte Requerida la que a su juicio podrá acceder o negar, total o parcialmente lo solicitado, según su legislación interna.

En el artículo 6o. autoridades centrales.

1. Cada una de las Partes designará una Autoridad Central encargada de presentar, recibir y/o tramitar las solicitudes que correspondan en el ámbito de este Convenio. Para este fin, dichas Autoridades se comunicarán directamente con el objeto de analizar, decidir y/o conceder lo solicitado, si no contraviene la legislación interna.

2. Son Autoridades Centrales para la República de Colombia: La Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Justicia y del Derecho; y, la Autoridad Central para la República del Ecuador es la Corte Suprema de Justicia.

3. Cuando el Ecuador formule solicitud a la República de Colombia se dirigirá a la Fiscalía General de la Nación, organismo que conferirá la asistencia solicitada con eficacia probatoria acorde con su régimen jurídico-constitucional; cuando Colombia formule solicitud a la República del Ecuador lo hará a través de la Fiscalía General de la Nación o el Ministerio de Justicia y del Derecho.

En el artículo 7o. reglamenta la ley aplicable.

1. Las solicitudes serán cumplidas de conformidad con la legislación de la Parte Requerida.

2. La Parte Requerida prestará la asistencia judicial de acuerdo con las formas y procedimientos especiales indicados en la solicitud de la Parte Requirente, salvo cuando éstas sean incompatibles con su ley interna.

En el artículo 8o. menciona un principio de confidencialidad. Las Partes Requerida y Requirente mantendrán bajo reserva la solicitud y el otorgamiento de la asistencia judicial, salvo que su levantamiento sea necesario para ejecutar el requerimiento, siempre de conformidad con su legislación interna y con la autorización de la otra Parte.

En el artículo 9o. se enmarcan las solicitudes de asistencia judicial.

1. La solicitud de asistencia judicial deberá formularse por escrito y contendrá al menos la

siguiente información:

- a) Nombre de la autoridad competente que tiene a su cargo la investigación o el procedimiento judicial;
- b) Propósito de la solicitud y descripción de la asistencia solicitada;
- c) Descripción de los hechos que constituyen el delito objeto de la investigación adjuntándose o transcribiéndose, en cuanto a los delitos, el texto de las disposiciones legales pertinentes;
- d) Fundamentos de hecho y de derecho de cualquier procedimiento especial que la Parte Requirente desea que se practique;
- e) Término dentro del cual por la naturaleza de lo solicitado, la Parte Requirente desea que la solicitud sea cumplida;
- f) Identidad, nacionalidad, residencia o domicilio de la persona que deberá ser citada o notificada para los fines de auxilios judiciales previstos en este Convenio.

2. Sólo bajo circunstancias de urgencia, las solicitudes podrán hacerse a través de una transmisión por fax o cualquier otro medio electrónico, sin perjuicio de su confirmación por escrito a la mayor brevedad posible.

En su artículo 10. Están los motivos condicionantes.

1. Si la Autoridad Competente de la Parte Requerida, determina que la ejecución de una solicitud habrá de obstaculizar alguna investigación o procedimiento penal que se esté realizando en dicho Estado, podrá aplazar o condicionar su cumplimiento, total o parcialmente, señalando expresamente los motivos o causas para ello.

2. La Autoridad de la Parte Requerida pondrá en conocimiento de la Autoridad de la Parte Requirente lo expuesto en el numeral anterior, a fin que ésta acepte la asistencia condicionada, en cuyo caso tendrá que someterse a las condiciones establecidas.

En el artículo 20. Tenemos la exención de legalización. Los documentos previstos en

el presente Acuerdo, suscritos y transmitidos por las Autoridades Centrales de cada Estado, estarán exentos de toda legalización consular o formalidad análoga.

En este convenio estuvo Camilo Reyes R. por el Gobierno de la República de Colombia y Galo Leoro F. por el Gobierno de la República del Ecuador

2.9 CONVENIO DE COOPERACIÓN JUDICIAL

En el artículo 1o. de dicho convenio se aprobó la Cooperación Judicial y Asistencia Mutua en Materia Penal, entre la República de Colombia y la República del Ecuador, suscrito en Santa Fe de Bogotá, D. C., el dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

En el artículo 2o. se estableció que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. de la Ley 7a. de 1944 el “Convenio de Cooperación Judicial y Asistencia Mutua en Materia Penal, entre la República de Colombia y la República del Ecuador”, suscrito en Santa Fe de Bogotá, D. C., el dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa y seis (1996), que por el artículo 1o. de esta ley se aprueba, obligará al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto del mismo. Esta ley rige a partir de la fecha de su publicación.

3. CONCLUSIONES

La Corte Suprema de Justicia, en su fallo reciente sobre el caso del ex congresista Wilson Borja, se aparto de la realidad material de los hechos, para darle trascendencia al contenido de los portátiles hallados en el campamento de Raúl Reyes.

Si bien es cierto que se exige rigurosamente el cumplimiento de la cadena de custodia, también lo es que las circunstancias como ocurrieron los hechos, en ningún sentido puede someterse el análisis probatorio, a un mero formalismo, especialmente en cuanto a la participación de la INTERPOL, pues sea cual fuere la naturaleza de los documentos y la forma

como fueron extendidos, se aplica las reglas de la sana crítica, ya que un documento, como el testimonio o la confesión es el resultado de una actividad humana, así como lo sostiene el maestro Devis Echandía, citando a Carnelutti: *es decir; documento es toda cosa que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera; puede ser declarativo-representativo*⁷. De manera que se trata de una prueba que posee una declaración, así no haya llegado a su destino, pero para ello se debe apreciar la prueba indiciaria, puesto que son portátiles obtenidos dentro de un campamento de guerrilleros, estando de por medio hechos que por su índole se consideran notorios y, por tanto, están exentos de prueba. Existe la sospecha de una relación entre las FARC y el gobierno que preside Rafael Correa, ya que para nadie fue un secreto de la ocupación de las fronteras colombo-ecuatorianas. Sin embargo, a la luz de las normas del derecho internación deben aplicarse los tratados y convenios, para la participación adecuada de las autoridades de ambos países, pero las condiciones que se dieron hacen compleja la situación fáctica y jurídica, máxime de los medios de prueba que inciden en una relación internacional como son los indicios que tienen un valor probatorio frente a la prueba documental contenida en tales portátiles, lo cual dificulta en extremo la aplicación de los principios de legalidad y de formalismo riguroso como lo exige la honorable Corte, en el fallo antes aludido.

En este orden de ideas, podemos apreciar lo hechos palpable y evidentes que han sido resultado de los seguimientos fundamentados en el contenido de los portátiles de Raúl Reyes, tal y como los son “la Caleta de Costa Rica”, la captura de VIKTOR BOUT, en URANIO EMPOBRECIDO encontrado en la comuna 20 de Bogotá, entre otros mencionados anteriormente, esto nos indica la veracidad de los documentos hallados, y la importancia que esto tiene para la seguridad nacional e internacional, además de la lucha contra el narcotráfico y el terrorismo, lo cual si bien en acogida y obtiene buenos resultados, porque no fundamentarnos allí para

⁷ DEVIS, Echandía, pruebas judiciales, ABC, Bogotá, 1953. 371-372

ayudar a la lucha contra la corrupción que tan es necesaria y respaldada por nuestro actual gobernante Juan Manuel Santos, así observamos que estando dentro de un país comprometido con la seguridad nacional, en defensa y garantía de los derechos humanos, en cumplimiento de nuestro artículo 2 de la Constitución Política, tenemos que si no se toma los contenidos de esos ordenadores, con la importancia que tiene no solo para un juzgamiento sino también para nuestro país, y la comunidad internacional.

Teniendo en cuenta nuestra postura y analizando el fallo de la Corte sobre el caso del ex congresista, podemos decir que, no se aplicaron

las reglas de la sana crítica probatoria cuyos postulados son básicos para el estudio, análisis y apreciación de las pruebas en conjunto, desde luego, atendiendo las disposiciones de la lógica y del buen raciocinio, claro está por la magnitud y complejidad de los hechos y pruebas resultantes de la Operación Fénix.

La Corte desconoce en su fallo la libre apreciación de las pruebas, los hechos notorios que están exentos de las mismas pruebas, y fundamentalmente la prueba indiciaria, limitando la capacidad demostrativa de una prueba documental como es la obtenida en los portátiles, debido a la rigurosidad impuesta.

BIBLIOGRAFÍA

1. DAVIS, Echandia, *Pruebas judiciales*. ABC. Bogotá, 1963.
2. LOPREZ BLACO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tomo II. 1993.
3. PARRA QUIJANO, Jairo. *Tratado de prueba judicial*, El Testimonio. Tomo I. Librería del Profesional. Bogotá, 1982.
4. RICHI, Francisco. *Tratado de las pruebas*. Tomo II, La España Moderna, Madrid.
5. FLORIAM, Eugenio. *De las Pruebas Penales*. Tomo II, Temis. Bogotá, 1968.
6. ROCHA, Antonio. *De la prueba en Derecho*. Lener. Bogotá, 1967.
7. RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. *Curso de Derecho Probatorio*. Compendio 4°. Librería del Profesional. Bogotá, 1983.

TEORÍA CONTABLE Y FINANCIERA

EL COOPERATIVISMO EN COLOMBIA: APUNTES SOBRE SUS CARACTERÍSTICAS Y GESTIÓN FINANCIERA, SU IMPACTO EN LA ECONOMÍA NACIONAL Y LOS PUNTOS CRÍTICOS A LOS CUALES SE ENFRENTA.¹

Jaime Carvajal - Lucia Gaines

“Trabajar en equipo no es una virtud, es una elección consciente y voluntaria que surge construyendo lazos de confianza basados en la vulnerabilidad humana que muestran los integrantes del equipo, ante sus errores, temores, y dificultades”. Patrick Lencioni.

RESUMEN

El cooperativismo es hoy uno de los fenómenos que caracteriza particularmente el escenario económico colombiano y en razón su creciente importancia, resulta trascendental para los profesionales contables tanto en acto como en potencia (en términos aristotélicos), vislumbrar alguna características comunes a las entidades que conforman el sector en mención, así como algunos apuntes sobre su gestión financiera, el impacto socioeconómico de las actividades por estas desarrolladas y alguno de los puntos críticos a los cuales dichas organizaciones se enfrentan. Lo anterior, no solo a manera de información al respecto sino como un referente que abra un tema de discusión en torno a un accionar que ha adquirido marcada trascendencia en el interactuar socioeconómico de las comunidades colombinas.

PALABRAS CLAVES

Cooperativismo, solidaridad, impacto social y económico, comunidades, integración socioeconómica.

ABSTRACT

Cooperativism is nowadays one of the phenomena that characterize particularly the Colombian economic arena hence its increasing importance turns out to be momentous for the accounting professionals in both act and potency (Aristotle's terms) to perceive certain common features from the entities that comprise the sector in question and some notes on their financial management, the socioeconomic impact of these entities' developed activities and some critical points dealt with by such organizations.

The above shows not only relevant information but rather a benchmark that opens an issue of discussion around actions that have gained strong significance in the socioeconomic interaction of the Colombian communities.

KEYWORDS

Cooperativism, solidarity, social and economic impact, communities, socioeconomic integration.

¹ Estudiantes del Programa de Administración de Empresas de la Universidad Libre, Sede Cartagena.

1. INTRODUCCIÓN

El escenario económico colombiano ha descrito abiertamente y durante muchos años el dominio del capitalismo y la primacía del interés particular sobre el interés general en una sociedad marcada significativamente por la desigualdad y por problemáticas que van desde las carencias estrictamente económicas de las grandes mayorías, hasta la insatisfacción de necesidades de formación, de capacitación, de producción e incluso, de organización, de las comunidades.

A pesar de los esfuerzos y políticas propuestas y emprendidas por el Estado durante muchos años para mitigar la pobreza, generar empleo, equilibrar el mercado nacional y contribuir a la superación de los principales menesteres de los colombianos; los resultados no son satisfactorios en razón a la concreción de fenómenos como el subempleo o empleo informal y a la manifestación de agravantes situaciones como la prestación de los servicios de salud y educación con limitaciones y sacrificio de calidad justificadas con el aumento de la cobertura. Ambos aspectos referencia las consecuencias de una gestión social gubernamental con “paños de agua tibia” o “a medias”.

Así las cosas, en un intento por mejorar el engranaje de la economía nacional partiendo principalmente de la necesidad productiva y de ocupación y/o empleo de los colectivos sociales vulnerables y en aras de contribuir con iniciativas no gubernamentales a la solución de las mismas, ha tomado un gran auge y ha jugado un papel trascendental en el reciente escenario económico colombiano, el Cooperativismo. Este último constituye en la actualidad un importante renglón de la economía de la nación, tanto por la cifra que representa en el ámbito empresarial como por la razón de ser de su existencia y los fines que en coherencia con esta misma persigue.

Aunque sus orígenes se remontan a muchos años atrás, hoy por hoy las cooperativas se perciben como uno de los principales motores que promueven la integración e interacción

socioeconómica de las comunidades en pro del bienestar común. De hecho, de las 30.000 entidades sin ánimo de lucro registradas al año 2009 en la Cámara de Comercio y/o en la DIAN, aproximadamente 7.000 correspondían al cooperativismo (Monclou, J., 2009). Es entonces este último un sector que merece especial atención considerando su continuo crecimiento y al interesante rol que desempeña como agente promotor de desarrollo en la dinámica nacional.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto y aludiendo a su creciente importancia, resulta trascendental para los profesionales contables tanto en acto como en potencia (en términos aristotélicos), vislumbrar alguna características comunes a las entidades que conforman el sector en mención, así como algunos apuntes sobre su gestión financiera, el impacto socioeconómico de las actividades por estas desarrolladas y alguno de los puntos críticos a los cuales dichas organizaciones se enfrentan. Lo anterior, no solo a manera de información al respecto sino como un referente que abra un tema de discusión en torno a un fenómeno que, como ya se ha dicho, ha adquirido marcada trascendencia en el interactuar socioeconómico de las comunidades.

2. GENERALIDADES DEL SECTOR COOPERATIVO EN COLOMBIA

Una definición más allá de los términos legales, mucho más general pero al mismo tiempo dicente socialmente, referencia por Cooperativa una asociación independiente de personas que se han organizado de forma voluntaria para enfrentar las necesidades y expectativas económicas, sociales y culturales que tienen en común. No obstante, la Ley 79 de 1988; noma que describe todo lo pertinente al sector cooperativo, en su Artículo 4 define una Cooperativa como “la empresa asociativa sin ánimo de lucro, en la cual los trabajadores o los usuarios, según el caso, son simultáneamente los aportantes y los gestores de la empresa, creada con el objeto de producir o distribuir conjunta y eficientemente bienes o servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”.

Ahora bien, de acuerdo al contenido de la ley ya citada, resulta importante aclarar que se presume que una empresa asociativa no tiene ánimo de lucro, cuando establece la irrepartibilidad de las reservas sociales y en caso de liquidación, la del remanente patrimonial; si, además, destina sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social, al crecimiento de sus reservas y fondos, y si reintegra a sus asociados parte de los mismos en proporción al uso de los servicios o a la participación en el trabajo de la empresa.

En lo que respecta a las características del tipo de entidades motivo de interés en el presente artículo, estas se establecen de forma precisa en el artículo 5 de la declaración de voluntad soberana antes mencionada. En efecto, dichas características son:

1. Que tanto el ingreso de los asociados como su retiro sean voluntarios.
2. Que el número de asociados sea variable e ilimitado.
3. Que funcione de conformidad con el principio de la participación democrática.
4. Que realice de modo permanente actividades de educación cooperativa.
5. Que se integre económica y socialmente al sector cooperativo.
6. Que garantice la igualdad de derechos y obligaciones de sus asociados sin consideración a sus aportes.
7. Que su patrimonio sea variable e ilimitado; no obstante, los estatutos establecerán un monto mínimo de aportes sociales no reducibles durante la existencia de la cooperativa.
8. Que establezca la irrepartibilidad de las reservas sociales y en caso de liquidación, la del remanente.
9. Que tenga una duración indefinida en los estatutos.
10. Que se promueva la integración con otras organizaciones de carácter popular que tengan por fin promover el desarrollo integral del hombre.

En cuanto a la clasificación o a los tipos de cooperativa, la legislación hasta el momento

aludida (Ley 79 de 1988) generaliza, en su Artículo 61, tres grandes grupos en atención a las actividades que tales organizaciones desarrollan; así se tienen: Especializadas, Multiactivas e Integrales. Las primeras son las que se organizan para atender una necesidad específica, asociada a una sola rama de actividad económica, social o cultural y, de acuerdo con la norma, no pueden ofrecer servicios diferentes a los establecidos en su objeto social, mediante la suscripción de convenios con otras entidades cooperativas. Las segundas, corresponden a aquellas que se organizan para atender varias necesidades, mediante concurrencia de servicios en una sola entidad jurídica. Por su parte las terceras, referencian las que en desarrollo de su objeto social, realizan dos o más actividades conexas y complementarias entre sí, de producción, distribución, consumo y prestación de servicios.

Considerando lo que hasta ahora se ha descrito, son prácticamente obvias las diferencias entre las entidades del sector motivo de estudio y las sociedades comerciales; sin embargo, no sobra anotar tácitamente algunas de dichas diferencias. En primer lugar, las Cooperativas forman parte de las asociaciones de economía solidaria, en la medida en que correspondan a lo expresado el Artículo 6 de la Ley 454 de 1998, haciendo énfasis principalmente en su carácter no lucrativo y en la prioridad de sus asociados de brindarse ayuda mutua; por el contrario, las sociedades comerciales son empresas lucrativas, en su mayoría de capital privado, que persiguen la obtención de ganancias y el aumento del capital de los socios. Justamente en este sentido, en las empresas capitalistas se habla de *“utilidad del ejercicio”* y estas son “repartidas” entre los socios; mientras que en las Cooperativas, como en todas las entidades sin ánimo de lucro, se habla de *“excedentes”* y estos son reinvertidos para beneficio común de todos los asociados.

De otro lado, las Cooperativas otorgan préstamos a los asociados que lo requieran y casi siempre con bajas tasas de interés, considerando para ello, lo establecido en los estatutos de la entidad; en las empresas comerciales por

lo general se conceden préstamos a quienes normalmente poseen un volumen determinado de recursos, a tasas de interés altas, y exigiendo además que el solicitante tenga bienes que respalden el cumplimiento de su obligación. *Las Cooperativas, Tipos y Diferencias con las Sociedades Mercantiles*, (s.f.).

Entre otras diferencias de las ya esbozadas, se tiene además el tratamiento tributario. Al respecto se debe tener en cuenta, como ya se ha mencionado, que las Cooperativas hacen parte de las entidades sin ánimo de lucro y por ende, son contribuyentes del régimen tributario especial, dado el cumplimiento del conjunto de condiciones especificadas para que estas entidades ostente un lugar en dicho régimen, en el Artículo 19 del Decreto 624 de 1989 o Estatuto Tributario Nacional y los Decretos 4400 del 30 de Diciembre de 2004 y 640 del 09 de Marzo de 2005 que lo modifican.

Tal como lo expresa la normas, el objeto social de este tipo de organizaciones debe corresponder a tópicos específicos; entiéndase, Salud, Deporte, Educación Formal, Cultura, Investigación Científica, y Tecnológica, Cuidado y Protección Ambiental y Desarrollo Económico; todo ello en el marco de un ideal, de un deber ser, de bienestar común a la comunidades.

Otra particularidad que caracteriza tributaria y fiscalmente el tipo de entidades motivo de estudio, la constituye la determinación del beneficio neto o excedente - la utilidad en entidades lucrativas - y la obligatoriedad de reinversión de los mismos en proyectos que generen un gran impacto social y contribuyan a la construcción de mejores condiciones de vida para las grandes mayorías, un tanto excluidas y hasta olvidadas por las políticas de intervención económica y social del estado.

Así las cosas, la reinversión concreta de los excedentes aludida en el párrafo anterior, de acuerdo con los estatutos y las regulaciones propias del sector y en concordancia con la “explotación” del objeto social de estas entidades, podría hablarse de la exención del

impuesto de renta y complementarios para estas mismas, aclarando, pleno cumplimiento de los requisitos para ello establecidos.

Citar el cooperativismo como fuerza económica nacional supone comprender la complejidad de este sector, evaluar sus falencias, identificar sus opciones de mejora y propiciar aportes sobre estas en pro del desarrollo sostenible de un gran número de entes económicos significativamente importantes en las dinámicas de las comunidades.

3. GESTIÓN FINANCIERA DE LAS COOPERATIVAS E IMPACTO DEL DESARROLLO DE SUS ACTIVIDADES EN LA ECONOMÍA NACIONAL: ALGUNAS CONSIDERACIONES.

El accionar de las Cooperativas y la gestión financiera de sus recursos responden no solo a un conjunto de lineamientos legales establecidos para ello, sino a un agregado de valores y principios identificados abiertamente con la filosofía de la búsqueda de bienestar social común, de la democracia y la participación y abanderadas en pro de la educación, capacitación y organización de las comunidades y, efectivamente, aludiendo al término “solidaridad”, priman los valores de la ayuda, la responsabilidad, la equidad y la transparencia.

De acuerdo con lo que reza el Artículo 36 de la Ley 79 de 1988, la administración de las cooperativas está a cargo de la asamblea general, del consejo de administración y del gerente; instancias que en conjunto, coordinación y trabajo mancomunado, deben orientar el que hacer de este tipo de entidades en función de que, al igual que otras organizaciones sin ánimo de lucro, se genere el mayor impacto social posible con el más eficiente uso que pueda darse a los recursos con los cuales se cuenta para tales fines.

De este funcionar precisamente se deriva el hecho de que las cooperativas experimenten ciertas necesidades en lo que respecta a la carencia de herramientas acertadas para relacionar y evaluar

la información financiera y estrictamente económica en un contexto con variables e indicadores sociales. Estas limitaciones son casi que comunes a las entidades sin fines lucrativos y acerca de estas (las limitaciones), son poco concretas las iniciativas que hasta el momento se han liderado, por ejemplo, desde la academia en pro de la eficiencia y pertinencia de la información que estas organizaciones requieren.

Por otra parte, asuntos meramente tributarios limitan el accionar de las directivas de las entidades motivo de interés en cuanto al manejo y disposición de los recursos de las mismas pues tales asuntos otorgan cierta “rigidez financiera” a estas organizaciones (Vargas, A., 1995); reprimiendo de una u otra forma su crecimiento; es el caso, por ejemplo, de la destinación del beneficio neto o excedente según la legislación cooperativa vigente. En efecto, el Beneficio Neto debe destinarse como mínimo en un 50%, tres componentes: los fondos de educación, de solidaridad y de reserva para protección de aportes; en su orden, veinte, diez y veinte por ciento.

Si bien lo anterior responde a lo por regla establecido, podría citarse que ello no propicia un manejo eficiente del gasto; es decir, considerando lo expuesto por (García 2009), de los fondos como el de educación podrían obtenerse beneficios si, garantizada y efectuada la inversión en dicha materia, se descartara el mantener como ociosos dichos recursos evaluando la posibilidad de obtener de estos ciertos rendimientos pues, independientemente de las implicaciones tributarias del caso, la dinámica económica de la entidad se oxigenaría, siempre y cuando ello no represente el riesgo de incumplir con la inversión debida para este aspecto, costumbre ya identificada como debilidad del sector precisamente por ausencia de cumplimiento al respecto. En todo caso, de obtener cualquier rendimiento en torno a lo expresado, la opción de materializar impactos sociales cada vez mayores podría darse.

Desde otra perspectiva, otra de las problemáticas

que supone la gestión financiera de las cooperativas en razón a sus limitaciones en esta índole, referencia la “rotación lenta a los cambios” (García, A., s.f.) lo que dificulta el contemplar y hacer frente oportunamente a los riesgos.

No obstante las situaciones planteadas, es claro que hasta el momento en general el sector cooperativo ha logrado sortearlas para mantenerse competitivo en los mercados en cuales incursiona, evitando que las mismas se conviertan en barreras de negociación y que perjudique el que hacer organizacional en conjunto o que impidan el cumplimiento de los objetivos trazados. En atención a esta capacidad de supervivencia, de respuesta y adaptabilidad y a la cuota de innovación y de contribución, interacción e intervención socioeconómica, el impacto de la dinámica de estas entidades crece y se mantiene; correspondiendo cabalmente a la definición que de cooperativismo se cita en el Artículo 2 de la Ley 79 de 1988: “sistema eficaz para contribuir al desarrollo económico, al fortalecimiento de la democracia, a la equitativa distribución de la propiedad y del ingreso, a la racionalización de todas las actividades económicas y a la regulación de tarifas, tasas, costos y precios en favor de la comunidad y en especial de las clases populares”.

El accionar de las Cooperativas en Colombia ha dejado, dentro de sus bondades, un apoyo significativo a la generación de empleo, a la capacitación y formación de las comunidades para su organización productiva, la enseñanza de lo que representa el trabajo en equipo y la noción de la estrategia a la que en cierto modo se le debe apostar para contribuir con la construcción de un escenario económico-social saludable y sostenible que sea garante de la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos tomando como punto de partida el potencial de estos mismos como motores o precursores de desarrollo.

Promover la cultura cooperativa, con impulsos sinceros de superación y lucha, puede constituirse en una herramienta para propiciar mayor equilibrio en la sociedad.

4. PUNTOS CRITICOS DEL COOPERATIVISMO. ASPECTOS POR RECONSIDERAR.

Si bien podría decirse que el sector cooperativo se ha abierto paso y ha revolucionado las practicas económicas actuales, no puede desconocerse que se enfrenta a un gran monstruo, a un fenómeno que ha reinado durante mucho tiempo en gran parte del mundo y que, tras la globalización y la apertura económica, se “reproduce” y se impone sobre otras prácticas propias de economías locales. Tal como lo referencia (Fajardo 2003), se trata de hacer frente al capitalismo, depredadora competencia pues “la búsqueda de la máxima eficiencia, la reducción de costos y de precios, la calidad, la productividad, la incorporación de nuevas tecnologías, la profesionalización, etc., constituyen todos ellos temas primordiales para el mundo exterior, el mundo capitalista y se caracterizan por la prevalencia de lo económico sobre lo social”.

Continuando con lo que expresa el autor en mención, y muy aplicable al caso Colombiano, las condiciones violentas de algunas comunidades dificulta la creación y el funcionar de entidades cooperativas y, de no impedir su existencia, delimita significativamente su rol en las mismas. Por otra parte, y referenciando seguidamente al mismo autor, ciertas prácticas administrativas desviadas de los principios y de las filosofías éticas del sector cooperativo, atentan contra el buen desempeño de estas entidades y minan la confianza que la sociedad ha depositado sobre las mismas; tal es el caso de algunas cooperativas de trabajo asociado y su reciente y polémica problemática en torno al manejo de compensaciones o “sumas de dinero que recibe el asociado, pactadas como tales, por la ejecución de su actividad material o inmaterial, las cuales no constituyen salario” (Artículo 25 Decreto 2588 de 26/12/06), como mecanismo para la evasión de responsabilidades laborales con los asociados. Es este un tema de interés primordial en atención al gran numero de cooperativas de este tipo que funcionan en el país y el riesgo latente que en función de ello, puede materializar un conducta común que

atenta contra el derecho al trabajo remunerado y que, como ya se dijo, desvirtúa totalmente el objetivo y la misión de estas organizaciones.

Ahora bien, en cuanto al funcionamiento interno de las cooperativas, expone (Fajardo 2003), la existencia de falencias internas de las mismas; citando entre estas la falta de identidad cooperativa en algunos asociados que impide la concreción de un ambiente completamente solidario acorde con las filosofías de accionar propias a estas organizaciones. De igual forma, el autor mencionado alude a la temática educativa como un factor a reconsiderar en atención al incumplimiento de los programas que con ello se relacionan; sumándole a ello el desconocimiento que en torno a esta clase asociativa predomina en las instituciones de educación superior del país; los que a su vez se traduce en poca retroalimentación con el entorno en un accionar que permita coordinar recursos intelectuales en favor de las necesidades que derivan del ejercicio de la actividad cooperativa; es decir, se dificulta el aporte de soluciones a las situaciones problemáticas que enfrenta el sector, por parte de quienes se forman en las universidades tanto públicas como privadas del país.

Por último, y en lo que respecta a la gestión y administración de las cooperativas, (Fajardo 2003) cita:

(...) las Cooperativas deben estar en capacidad de construir sus propios modelos de planeación, de gestión coherentes con la naturaleza democrática y solidaria de la empresa y pertinentes al desarrollo de las comunidades. Es necesario superar la aparente contradicción entre cooperativismo y éxito económico. Las cooperativas tienen el derecho y la obligación social de ser exitosas pero también tienen el imperativo categórico de ser organizaciones auténticamente democráticas.

CONCLUSIONES

1. El cooperativismo “no es una alternativa, sino que, por el contrario, es la estructura

de una sociedad que promueve el desarrollo humano, y precisamente es sobre ese sentido solidario y cooperativo, que se tiene una expectativa para la solución de los problemas globales”¹⁰.

2. En atención a la creciente importancia que ha conquistado las organizaciones en el escenario económico nacional, es apremiante liderar iniciativas para fortalecer la gestión en el desarrollo de sus actividades en función de su sustentabilidad y aludiendo al equilibrio que supone su ejercicio en las fuerzas sociales del país.
 3. Creyendo en el potencial organizativo de estas entidades se debe promover y apoyar concretamente su iniciativa de manera que se afronte satisfactoriamente los riesgos y amenazas que representan el flujo de capitales privados en la economía nacional; día a día estas organizaciones sin ánimo de lucro se desenvuelven y sobreviven a un depredador con nombre y poder propios: Capitalismo.
 4. Trayendo a colación lo expuesto en el presente artículo sobre las problemáticas que afronta el sector descrito, los profesionales de las ciencias económicas y sociales están llamados a participar evaluando este fenómeno con la minuciosidad del caso en aras de realizar aportes significativos al accionar de las mismas. Al respecto (Fajardo 2003) precisa:
- Las organizaciones cooperativas, los organismos auxiliares del cooperativismo, el estado y las instituciones de educación superior tienen el desafío de lograr establecer procesos pedagógicos cooperativos capaces de generar y mantener el cooperativismo como sector socioeconómico exitoso del país (...) La educación cooperativa es el punto de partida para construir las condiciones elementales para el desarrollo cooperativo: confianza, adhesión social, capacidad operativa y credibilidad. La naturaleza del desarrollo cooperativo requiere nuevos liderazgos técnica y socialmente capaces de asumir las nuevas condiciones del desarrollo cooperativo.
5. En concordancia con lo citado en el numeral inmediatamente anterior, el escenario de discusión está abierto y los aportes apremian; en efecto, los profesionales de la contaduría pública al igual que quienes se preparan para serlo, deben pronunciarse al respecto, tomar partido y emprender acciones desde una interacción academia-ejercicio profesional en aras de respaldar la labor que desempeñan las cooperativas como “oxigenantes de las premuras socio-económicas nacionales”, en el marco de la legalidad y de la identificación con las filosofías que de antaño, se asocian a estas entidades. Contadores públicos en acto y en potencia; su accionar al respecto es esencial.

BIBLIOGRAFÍA

1. *Colombia: la esencia del cooperativismo, ejemplo de compromiso social.* (s.f.). Recuperado el 25 de Marzo de 2011, de <http://www.aciamericas.coop/Colombia-la-esencia-del>
2. Decreto 2588 - 2006 (2006). *Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado.* Bogotá, Colombia. Ministerio de la Protección Social.
3. Fajardo. A. (2003). *PRESENCIA DEL COOPERATIVISMO EN COLOMBIA.* UniRcoop, 1 (2), 134 137.
4. García. C. (s.f.). *Estudio del régimen económico y de la contabilidad de la empresa cooperativa en relación con la Ley 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas.* Recuperado el 29 de Marzo de 2011 en http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/id/2119820.html
5. *Las Cooperativas, Tipos y Diferencias con las Sociedades Mercantiles,* (s.f.). Recuperado el 29 de Marzo de 2011, de <http://blasapiguncuevas.blogcindario.com/2008/07/00644-las-cooperativas-tipos-y-diferencias-con-las-sociedades-mercantiles.html>
6. Lencioni. P. (s.f.) en VICTOR, R. (2010). *PUERTO MANAGERS BLOG-GREAT VALUE.* Recuperado el 29 de MARZO de 2011, de <http://andresubierna.com/trabajo-en-equipo-vulnerabilidad-2/>
7. Ley 79 – 1988. (1989). *Por la cual se actualiza la legislación cooperativa.* Bogotá, Colombia. Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria.
8. Ley 454 – 1998. (1998). *Por la cual se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria.* Bogotá, Colombia. Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria.
9. Monclou Pedraza, J. (Ed.). (2009). *Nuevo Manual Régimen Tributario Especial Para el Sector Solidario y Entidades sin Ánimo de Lucro.* Bogotá: Grupo Editorial Nueva Legislación Ltda.
10. (Vargas. A. 1995). *La entidad cooperativa y la cooperativa como empresa, luces y sombras.* Recuperado el 29 de Marzo de 2011 en <http://www.neticoop.org.uy/article249.html>

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES PARA LAS PUBLICACIONES DE LA PRÓXIMA EDICIÓN DE LA **REVISTA SABER, CIENCIA Y LIBERTAD, EN GERMINACIÓN** DE LA UNIVERSIDAD LIBRE – SEDE CARTAGENA

Parámetros para la elaboración de los artículos

REQUISITOS TÉCNICOS

La revista Saber, Ciencia y Libertad en germinación, es una publicación anual del Centro de Investigaciones de la Universidad Libre, Sede Cartagena, que tiene como objetivo difundir la producción investigativa de los estudiantes adscritos a los semilleros de investigación de la universidad, así como de los demás semilleros miembros de la comunidad académica. Se concentra en publicar artículos de investigación, de reflexión y revisión, de acuerdo con las características definidas por Colciencias.

Los artículos que se reciben deben ser inéditos y originales. Serán enviados desde el correo del director de grupo de investigación, quien asume el cumplimiento de los requisitos del reglamento de publicaciones de la revista. Debe enviarse el documento en versión definitiva, en idioma español y en archivo Word al correo: zilath.romero@unilibrectg.edu.co

Especificaciones Tipográficas

FUENTE: Times New Roman
TÍTULOS: Mayúsculas, Negrita, Centrado.
CUERPO DEL TEXTO: 12 Puntos.
NOTAS DE PIE DE PÁGINA: 8 Puntos.

Referencias Bibliográficas

Las referencias deberán enumerarse consecutivamente siguiendo el orden en que se mencionan por primera vez en el texto (Sistema de orden de mención Citación – ordersystem), identifíquelas mediante numeral arábigo, colocando en la parte final de la página, en el espacio de referencias.

Al referenciar revistas científicas cítelas por su nombre completo (no abreviado). Absténgase de utilizar resúmenes como referencias.

Las referencias de artículos aceptados pero aún en trámite de publicación deberán designarse como “en prensa” o “próximamente a ser publicados”; los autores obtendrán autorización por escrito para citar tales artículos y comprobar que han sido aceptados para publicación, de acuerdo con las normas de derecho de autor.

Citas y Pies de Página

Especial atención debe prestarse a las citas, pies de página y referencias bibliográficas, las cuales deben ser precisas y completas.

Ejemplos de Citas Bibliográficas

Libro:

BETANCOURT REY, Miguel (1996). Derecho Privado, Categorías Básicas. Editado por la Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho. Ciencias Políticas y Sociales. Santa Fe de Bogotá, D.C., Colombia. Primera Edición. 117.

Artículo de Revista:

HOFFMAN, Scout L. (1989) “A Practical Guide to Transactional Project Finance: Basic Concepts, Risk Identification and Contractual Considerations”. En: The Business Layer. November. (45 Bus.Law.181)

Sentencia Judicial:

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de casación civil. Sentencia del 27 de septiembre de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo García Sarmiento. (Sentencia Número S – 134), pág. 8. Copia tomada directamente de la corporación. [Tomada de colección de jurisprudencia... de fecha...]

Leyes:

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS –ONU- Centro de Derechos Humanos. Recopilación de instrumentos internacionales. New York: Naciones Unidas, 1988. p.20
CONGRESO DE LA REPÚBLICA. LEY 182 DE 1995 “ Por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a este, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueve la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestructuran entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones”. En: Diario oficial No.2341. Bogotá: Imprenta Nacional. 1995.

Compilaciones:

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR. Derecho de familia y de menores: Compilación normativa. Bogotá: ICBF, 1989.p.5

Bibliografía:

Se recomienda listar la bibliografía empleada en forma completa, al final del correspondiente escrito, incluyendo los siguientes datos: el título, la edición, lugar de publicación, la empresa o casa editorial, el año de publicación, número de volúmenes, número total de páginas del libro, y el nombre de la colección o su abreviatura.

Ejemplos de Bibliografías

Libro

BERENSON, Bernard. Estética e historia en las artes visuales. Trad. Por Luís Cardoza y Aragón. México. Fondo de Cultura Económica, 1956.264 páginas. (Colección Breviarios, núm.115).

Material Electrónico

Existen actualmente publicaciones por Internet, cuando el texto hace parte de una biblioteca virtual de una institución legalmente constituida. Ejemplo:<http://www.adm.org.mx/biblioteca/req.html>

Para Saber, ciencia y libertad, en germinación, Revista de semilleros de investigación, es muy satisfactorio constituirse como espacio de divulgación de los trabajos académicos de estudiantes investigadores universitarios, por ello le invita a vincularse a la misma.