



PROLEGÓMENOS

Derechos y Valores

Revista de la Facultad de Derecho				
Bogotá D. C. Colombia	Volumen XXI Número 41	Enero - Junio 2018	ISSN 0121-182X	Pg. 1-196



RECTOR
VICERRECTOR GENERAL
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO
VICERRECTORA ACADÉMICA
VICERRECTORA DE INVESTIGACIONES
VICERRECTOR CAMPUS NUEVA GRANADA
DECANA FACULTAD DE DERECHO
Sede Calle 100
DECANA FACULTAD DE DERECHO
Campus Nueva Granada

BG (r) Hugo Rodríguez Durán
MG (r) Jairo Alfonso Aponte Prieto
Capitán de Navío (r) Rafael Antonio Tovar Mondragón
Ing. Rosa Yaneth Méndez Marín
Ing. Hilda Marcela Iregui Guerrero
BG (r) Héctor Eduardo Peña Porras

Dra. Claudia Margarita Martínez Sanabria

Dra. Claudia Helena Forero Forero

PROLEGÓMENOS

Derechos y Valores

Revista de la Facultad de Derecho

DIRECTOR CENTRO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES
DIRECTORA CENTRO DE INVESTIGACIONES
CAMPUS NUEVA GRANADA
EDITOR DE LA REVISTA
COEDITOR DE LA REVISTA

Dr. Jesús Eduardo Sanabria Moyano

Dr. Robinson Sánchez Tamayo
Dr. Juan Carlos Villalba Cuéllar
Dr. Andrés González Serrano

ASISTENTE EDITORIAL
ASESOR EXPERTO COMITÉ EDITORIAL

Estudiante Carlos Mario Saldaña Mora
Dr. Juan María Cuevas

Revista indexada en el Índice Bibliográfico
Nacional IBN - Publindex Categoría B y en Scielo - Colombia

Revista indexada internacionalmente en la
Red de Revistas Científicas de América Latina,
el Caribe, España y Portugal, Redalyc

Revista indexada en las bases de datos de Ebsco y ProQuest
Fuente Académica

Revista indexada en CLASE C, Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades, UNAM y Latindex,
Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal.
Indexada en DOAJ, Directory of Open Access Journal.
Indexada en el Emerging Source Citation Index de Thomson Reuters.

PARA SUS CONTRIBUCIONES Y SUSCRIPCIONES DIRIGIRSE A: Universidad Militar Nueva Granada, Facultad de Derecho - Centro de Investigaciones - Carrera 11 N° 101-80 Bloque B Piso 1, Teléfono 650 0000 Ext. 1333. Correo electrónico: derechos.valores@unimilitar.edu.co. PARA REALIZAR CANJE INTERINSTITUCIONAL DIRIGIRSE A: Universidad Militar Nueva Granada, Biblioteca - Carrera 11 N° 101-80 Bloque D Piso 1, Teléfono 634 3200 Ext. 290-380. Correo electrónico: biblioteca@unimilitar.edu.co

COMITÉ EDITORIAL

José Germán Burgos Silva – Ph.D.
Universidad Nacional de Colombia.

Misael Tirado Acero – Ph.D.
Universidad Católica de Colombia.

José Francisco Báez Corona – Ph.D.
Universidad Veracruzana. México.

José Ramón Narváez H. – Ph.D.
Universidad Nacional Autónoma de México.

Andrés Botero Bernal – Ph.D.
Universidad Industrial de Santander. Colombia.

Mario Duran Migliardi - Ph.D.
Universidad de Atacama. Chile.

COMITÉ CIENTÍFICO

Guillem Colom – Ph.D.
Universidad de Sevilla. España.

Alfredo Ferrante - Ph.D.
Universidad Alberto Hurtado. Chile.

Germán Alfonso López Daza – Ph.D.
Universidad Surcolombiana. Colombia.

Diana Rocío Bernal Camargo – Ph.D.
Universidad del Rosario. Colombia.

José Antonio Savaris – Ph.D.
Universidade do Vale do Itajaí. Brasil.

Aude Denizot-Librerros – Ph.D.
Université de Cergy-Pontoise. Francia.

CORRECCIÓN DE TEXTOS

Viviana Zuluaga Zuluaga
vivi.zuluagaz@gmail.com

CARÁTULA

Título: Mercado ambulante
Autor: CARLOS SANTACRUZ
Técnica: acrílico sobre lienzo
Dimensión: 90 cms x 1 mt
Bogotá 2000

DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN

Editorial Kimpres S.A.S.
PBX: 413 6884
www.kimpres.com
Bogotá, D. C., Colombia

PERIODICIDAD

Semestral
Número de ejemplares
400

DEPÓSITO LEGAL

© **Derechos Reservados**

El contenido de los artículos es de exclusiva
responsabilidad de los autores.
Los textos pueden reproducirse total
o parcialmente citando la fuente.

ISSN 0121-182X
e-ISSN 1909-7727
Bogotá, Colombia

CONTENIDO

Volumen XXI No.41, Enero - Junio de 2018.

Editorial	9
Juan Carlos Villalba Cuéllar Andrés González Serrano	
La revuelta o malón del “Casique Agustín Curiñancu” a la luz de un memorial de 1765	11
<i>Eric Eduardo Palma</i>	
De la complejidad jurídica de los vertimientos	25
<i>Álvaro José Henao Mera</i> <i>Andrés Gómez Rey</i>	
Teorías feministas, abolicionismo y decolonialidad: teorías críticas que cuestionan la efectividad de los derechos de las mujeres	43
<i>Dora Cecilia Saldarriaga Grisales</i> <i>Martha Isabel Gómez Vélez</i>	
Alcance normativo del regimen de protección al consumidor de los servicios de salud	61
<i>Andrea Carolina Pérez Forero</i>	
Algunos problemas “públicos” de la contratación estatal en Colombia como componentes del enfoque de ciclo para la formulación de una política pública	79
<i>Jorge Eduardo Vásquez</i>	
La anticorrupción en Colombia, el agente encubierto y la función de inteligencia. Una relación inescindible de los órganos de control	99
<i>José Ricardo Hernández Gómez</i>	
Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y la negociación colectiva de los trabajadores no sindicalizados: caso colombiano	115
<i>Francisco Rafael Ostau de Lafont de León</i> <i>Leidy Angela Niño</i>	
El delito aduanero de contrabando: identificación de los elementos de su tipo penal en Colombia	131
<i>Juan José Peña Cuervo</i> <i>Luisa Fernanda Martínez Espinos</i> <i>Luis Alejandro Peña Cuervo</i>	
La unificación del derecho comercial internacional: nueva <i>lex mercatoria</i> como alternativa al derecho estatal	149
<i>Mabel Cándano Pérez</i>	
Análisis crítico del proyecto de ley de creación de las sociedades por acciones simplificadas	163
<i>Martín E. Abdala</i>	

CONTENT

Volume XX No. 40, July - December 2017.

Editorial	9
Juan Carlos Villalba Cuéllar <i>Andrés González Serrano</i>	
The riot or malón of the Chief Agustín Curiñancu under the light of a 1765 memo	11
<i>Eric Eduardo Palma G.</i>	
The law complexity of dumping	25
<i>Álvaro José Henao Mera</i> <i>Andrés Gómez-Rey</i>	
Feminist theories, abolitionism and decoloniality: critic theories questioning the women's rights effectiveness	43
<i>Dora Cecilia Saldarriaga Grisales</i> <i>Martha Isabel Gómez Vélez</i>	
Legal scope of the health services consumer protection regimen	61
<i>Andrea Carolina Pérez Forero</i>	
Some "public" problems of the state contracting in Colombia as components of the approach of cycle to a public policy formulation	79
<i>Jorge Eduardo Vásquez</i>	
Anti-corruption in Colombia: the undercover agent and the intelligence function	99
<i>José Ricardo Hernández Gómez</i>	
The International Labour Organization agreements and the non-unionized workers collective bargaining: the Colombian case	115
<i>Francisco Rafael Ostau de Lafont de León</i> <i>Leidy Ángela Niño Chavarro</i>	
The custom felony of smuggling: identifying its criminal elements in Colombia	131
<i>Juan José Peña Cuervo</i> <i>Luisa Fernanda Martínez Espinos</i> <i>Luis Alejandro Peña Cuervo</i>	
The unification of the international business law: the new <i>lex mercatoria</i> as a law alternative	149
<i>Mabel Cándano Pérez</i>	
Critic Analysis Over the Simplified Joint Stock Companies Creation Draft Bill	163
<i>Martín E. Abdala</i>	

CONTEÚDO

Volume XX No 40, Julho - Dezembro 2017.

Editorial	9
<i>Juan Carlos Villalba Cuéllar</i> <i>Andrés González Serrano</i>	
A revolta ou multidão do Cacique Agustín Curiñancu à luz de um memorial de 1765	11
<i>Eric Eduardo Palma G.</i>	
Da complexidade jurídica dos vazamentos	25
<i>Álvaro José Henao Mera</i> <i>Andrés Gómez-Rey</i>	
Teorias feministas, abolicionismo e decolonialidade: teorias críticas que questionam a eficácia dos direitos das mulheres	43
<i>Dora Cecilia Saldarriaga Grisales</i> <i>Martha Isabel Gómez Vélez</i>	
Âmbito normativo do regime de proteção ao consumidor dos serviços de saúde	61
<i>Andrea Carolina Pérez Forero</i>	
Alguns problemas “públicos” da contratação estatal na Colômbia como componentes da abordagem do ciclo para a formulação de uma política pública	79
<i>Jorge Eduardo Vásquez</i>	
A anticorrupção na Colômbia, o agente disfarçado e a função de inteligência	99
<i>José Ricardo Hernández Gómez</i>	
Os acordos da Organização Internacional do Trabalho e a negociação coletiva dos trabalhadores não sindicalizados: caso colombiano	115
<i>Francisco Rafael Ostau de Lafont de León</i> <i>Leidy Ángela Niño Chavarro</i>	
O crime aduaneiro de contrabando: identificação dos elementos do seu tipo criminal na Colômbia	131
<i>Juan José Peña Cuervo</i> <i>Luisa Fernanda Martínez Espinos</i> <i>Luis Alejandro Peña Cuervo</i>	
A unificação do direito comercial internacional: nova lex mercatoria como alternativa ao direito estadual	149
<i>Mabel Cándano Pérez</i>	
Análise crítica do projeto da lei para a criação das empresas por ações simplificadas	163
<i>Martín E. Abdala</i>	

Editorial

EL REINADO DE LOS RANKINGS

Juan Carlos Villalba Cuéllar (Editor)

Andrés González Serrano (Coeditor)

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3326>

Hoy en día la medición de la calidad de la educación está altamente influenciada por los *rankings*, es decir, por los posicionamientos que ciertas empresas o entidades publican de las universidades en razón a diferentes criterios de medición, los cuales siempre varían. Los medios de comunicación están siempre atentos a volverlos noticia sin mayor análisis, tal como es propio de un mundo en que predomina la desinformación mediática inmediatista. Los ciudadanos y en especial los que estamos involucrados con la educación, los miramos con curiosidad, para buscar siempre en dónde estará o estarán las universidades con las que tenemos algún vínculo o filiación, para saber supuestamente cuáles son las mejores.

Sin embargo, este reinado de *rankings* deja un espacio a la reflexión y plantea una pregunta: ¿qué tan importantes deben los *rankings* para una institución educativa? Lo primero es cuestionarnos sobre si una facultad o universidad debe comenzar a gravitar alrededor de la clasificación que tenga en uno u otro *ranking*, y si allí deben estar encaminadas las prioridades de la educación. Lo segundo es el interrogante sobre si debe primar la valoración cuantitativa o cualitativa de la educación.

Ahora bien, lo que diga un *ranking* –estar en él o no y tener en cuenta la posición en el listado– no necesariamente refleja la calidad de una universidad o programa. La educación es un proceso integral, que involucra demasiados factores como para pretender que pueda ser medida completamente por estudios que siempre serán parciales.

No se puede olvidar tampoco que las universidades cuya oferta académica se centre en campos del saber ligados a las ciencias sociales, por razones obvias no aparecerán en puestos privilegiados de *rankings* que miden número de publicaciones en revistas científicas, hablando de ciencias duras, que es lo que generalmente se mide. Por esto, en las facultades de derecho y de ciencias sociales debe tomarse con cautela dichos *rankings* y fijarse primero que midan parámetros acordes a la realidad de su área del saber.

Con respecto al segundo interrogante se puede afirmar que los *rankings* pueden ayudar en lo cuantitativo, pero debe tenerse en cuenta que los diferentes *rankings* miden diversos factores, algunos se centran en aspectos netamente investigativos, tales como publicaciones de sus profesores en revistas “científicas”, premios nobel obtenidos, profesores con doctorado, patentes obtenidas, entre otros. Mientras que otros *rankings* pretenden tener en cuenta prestigio de los profesores, la empleabilidad de los egresados, la reputación de la universidad en medios especializados o medios laborales, o simplemente los resultados de unas pruebas estatales como sucede en Colombia con las pruebas SABER. De esta forma podemos darnos cuenta que los *rankings* no siempre miden lo mismo, y un *ranking* netamente cuantitativo puede estar dejando de lado factores importantes de la educación para medir su calidad. De la misma forma un *ranking* que sea netamente cualitativo no podría revelar si en cifras los resultados del proceso educativo son idóneos, es decir, que también mostraría resultados parciales. Tal vez por eso la mezcla entre lo cualitativo y lo cuantitativo es necesaria.

Infortunadamente los *rankings* logran distraer algunas discusiones que en contextos de sub-desarrollo como el colombiano deben tener verdadera relevancia, pues a veces pareciera sentirse un clamor mediático o social porque algunas de nuestras universidades aparezcan en esos *rankings* para regocijarnos patrióticamente de un logro. Más que el *ranking* debería preocuparnos la mejora en general de la cobertura y la calidad de la educación en nuestro país.

Así las cosas, un *ranking* debe leerse con reserva antes de sacar conclusiones ligeras y no podemos en las universidades y facultades de derecho volvernos esclavos de él, o permitir

que la educación se dirija solamente a mejorar indicadores, sin procesos serios que conduzcan a mejoras reales en la educación y formación humana de los estudiantes.

La misión de la actividad educadora va muchos más allá de aparecer en un *ranking*, aunque si la lógica impera, una universidad que esté haciendo bien la tarea de educar, con responsabilidad social y altos índices de calidad académica, debería aparecer en los *rankings*, y si no aparece dará igual, puesto que la conciencia y tranquilidad que lo fundamental se está cumpliendo a cabalidad es una realidad. El *ranking* siempre será secundario bajo esta perspectiva.

LA REVUELTA O MALÓN DEL “CACIQUE AGUSTÍN CURIÑANCU” A LA LUZ DE UN MEMORIAL DE 1765*

Eric Eduardo Palma G.**

*Fecha de recepción: 3 de mayo de 2017
Fecha de evaluación: 23 de agosto de 2017
Fecha de aprobación: 29 de agosto de 2017*

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3327>

Forma de citación: Palma, E. E. (2018). La revuelta o malón del “cacique Agustín Curiñancu” a la luz de un memorial de 1765. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 21, 41, 11-24. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3327>

RESUMEN

Se analiza en este trabajo el intento de reducir los indios chilenos a pueblos y la acción bélica del lonko Curiñancu (1766) como respuesta a dicha política. El artículo aporta nuevos antecedentes para la comprensión de dicho malón utilizando los Parlamentos hispano-indígenas y un memorial inédito escrito en 1765 y encontrado en el Archivo Histórico Nacional de Madrid (“Manifiesto que acredita las utilidades que se conseguirán en reducir los indios chilenos a vivir en población, los medios de conseguirlo y condiciones con que se ha de practicar”).

Palabras clave:

Malón de 1766, lonko Curiñancu, reducciones indígenas, civilización de indígenas, evangelización, historiografía jurídica indiana.

* El presente artículo se desarrolló en el contexto del proyecto “Fondo de apoyo a la investigación en docencia de pregrado”, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (Santiago de Chile, Chile).

** Abogado, magíster en Historia y doctor en Derecho. Profesor titular, cátedra de Historia del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (Santiago de Chile, Chile). Correo electrónico: epalmag@derecho.uchile.cl

THE RIOT OR MALÓN OF THE CHIEF AGUSTIN CURIÑANCU UNDER THE LIGHT OF A 1765 MEMO

SUMMARY

The attempt to slash Chilean Indians to towns and the warlike action of Lonko Curiñancu (1766) as an answer to that policy are analyzed in this paper. This article provides new antecedents to the Malón comprehension by using both the Hispanic-indigenous parliaments and an unprecedented memo written on 1765, which was found in the National Historic Archive of Madrid “Declaration that states the profits that would be gotten by slashing the Chilean indigenous to live in community, the means to reach it and the conditions to be practiced”.

Keywords:

Malón de 1766, lonko Curiñancu, indigenous reductions, indigenous civilization, evangelization, Indiana legal historiography.

A REVOLTA OU MULTIDÃO DO CACIQUE AGUSTÍN CURIÑANCU À LUZ DE UM MEMORIAL DE 1765

RESUMO

Neste trabalho é analisada a tentativa de reduzir os índios chilenos para povos e a ação de guerreira do lonko Curiñancu (1766) em resposta à referida política. O artigo fornece novos antecedentes para a compreensão da multidão usando os Parlamentos hispânico-indígenas e um memorial inédito escrito em 1765 e encontrado no Arquivo Histórico Nacional de Madrid (“Manifesto que acredita os lucros que serão alcançados na redução dos índios chilenos para viver em população, os meios de obtenção e as condições com que se tem que praticar”).

Palavras chave:

Multidão de 1766, lonko Curiñancu, reduções indígenas, civilização de indígenas, evangelização, historiografia jurídica indiana.

Introducción

El presente trabajo, recurriendo al método histórico-jurídico, analiza el intento de reducir los indios chilenos a pueblos y la acción bélica como respuesta a dicha acción del lonko Curiñancu (1766), consultando nuevas fuentes directas como son los Parlamentos celebrados entre la Corona y distintas parcialidades indígenas, y un memorial de 1765¹.

El memorial se conserva en Madrid en el Archivo Histórico Nacional, sección Estado, legajo número 2844, número 158, lugar donde se consultó con la denominación “Manifesto que acredita las utilidades que se conseguirán en reducir los indios chilenos a vivir en población, los medios de conseguirlo y condiciones con que se ha de practicar”².

¹ Los autores que han abordado esta acción armada, según veremos, no han recurrido a estas fuentes para el conocimiento y comprensión del fenómeno.

² El análisis del memorial permite algunas explicaciones en lo relativo a la sociedad y las instituciones jurídicas indianas en el Chile del siglo XVIII, la obra aborda importantes temas: evangelización y civilización, naturaleza humana, libertad y policía cristiana y política internacional:

Se trata de una fuente histórica no explorada ni utilizada hasta ahora por la historiografía nacional (jurídica y general), cuyo análisis permite enriquecer las explicaciones al uso sobre la propuesta de reducciones a pueblos de los indígenas chilenos y la respuesta armada del lonko Curiñancu ante tal intento, y que se complementa con los datos que los Parlamentos aportan respecto de esta materia.

En la primera parte del artículo exponemos una perspectiva sintética del fenómeno de la formación de pueblos de indios y del asentamiento indígena, procurando destacar los intereses de la Corona, de la Iglesia y de los vecinos españoles en la fundación de pueblos y el impacto de esta política en las formas tradicionales de asentamiento indígena. Seguidamente abordamos la cuestión en el Reino de Chile en el siglo XVIII, para dar noticia de un caso de resistencia indígena, cuyo protagonista principal fue el cacique Curiñancu, a la implementación de reducciones de indios. Revisamos la literatura histórica y antropológica que se ha ocupado del tema, complementando los análisis con dos fuentes históricas no empleadas hasta ahora (los Parlamentos hispano-indígenas del siglo XVIII y un memorial inédito de 1765 sobre reducciones). Todo lo cual permite profundizar en el conocimiento del fenómeno y presentar una nueva perspectiva sobre la resistencia armada del cacique Curiñancu y la responsabilidad de los jesuitas.

A. República de indios (pueblos de indios)

El fenómeno de la formación de pueblos de indios se vincula a la tesis de la teoría de los estatutos jurídicos propios, desarrollada por la Escuela Chilena de Historia del Derecho³, que propone

visita de potencias extranjeras a la zona de autonomía indígena, resistencia a la conquista, esclavitud indígena, protección real a las prerrogativas de los indios, límites territoriales y descripción de los indígenas.

En esta ocasión, nos centraremos principalmente en el aporte del memorial para el mejor conocimiento de la política de reducción a poblaciones, fenómeno que se identifica como causal del malón de Curiñancu de 1766.

³ Para el conocimiento de esta escuela, véase Dougnac (1994).

una explicación sobre la situación jurídica de los indígenas en el Imperio español. Dice al respecto el profesor Dougnac (1994, p. 314):

La sociedad indiana estará constituida por dos repúblicas: la de españoles y de indios, a las que se irá agregando paulatinamente un nivel intermedio –el de los mestizos, cada vez más numerosos– complicándose todavía con la llegada de los africanos en calidad de esclavos [...] en Indias será la diversidad étnico-cultural la que prime. La Corona, atenta a esta realidad de gentes disímiles en su cultura y etnia, dará regulación diversa a esos grupos diversos.

Analiza el autor la institución de los pueblos de indios, explicando que ellos surgieron pues

[...] se vio que el aislamiento en que vivían los naturales y su propensión a la dispersión impedían la prédica de la fe, razón por la cual se incentivó la reducción de los aborígenes a poblados (que por esto tomaron el nombre de reducciones) que permitiría, además, la aculturación del natural (Dougnac, 1994, p. 326).

Gussinyer i Alfonso (1994) afirma que las primeras experiencias de reducción a poblados tuvieron lugar en Las Antillas a propósito de la actuación de los Jerónimos.

Durston (1999) nos recuerda que Bartolomé de las Casas consiguió en 1542, que la Corona le permitiera el establecimiento en Guatemala de pueblos de indios separados de los españoles. Lo propio ocurrió en México por iniciativa del obispo de Michoacán, así como en otros sitios. También cabría considerar la experiencia jesuita en territorio de la provincia de Paraguay y la influencia de sus ideas en la formación de reducciones en el sur andino.

Todo lo cual redundó en la distinción entre república de españoles y república de indios (Levaggi, 2001), figura esta última de enorme utilidad en el proceso de evangelización y civilización de los

naturales, y cuyo éxito dependía de la aceptación por parte de los indios de la soberanía española. De hecho, esta distinción supone poblaciones y poblamientos de indios pacificados, es decir, los que aceptaron la soberanía del monarca y su sumisión, normalmente luego de la lectura del requerimiento.

Reducirlos a poblaciones implicaba en todo caso respecto de ciertos indígenas una modificación más o menos profunda de sus formas de asentamiento.

B. Del asentamiento indígena a los pueblos de indios

Conviene recordar que datos actuales indican que al menos desde el 10.000 a. C. se reconoce presencia humana en la zona araucana, y que desde el 8000 a. C. se pueden identificar cazadores-recolectores y cierta movilidad entre la costa occidental y la región andina oriental (Falabella, Uribe, Sanhueza, Aldunate e Hidalgo, 2016). En cuanto a su conformación como unidades de población se ha sostenido que:

El ritual funerario, reiterado comunitariamente sobre un mismo lugar elegido y creado, toma cuerpo en la participación de códigos simbólicos compartidos, los cuales se evidencian en la alfarería y seguramente en otros materiales y prácticas sociales [...] son elaborados para ser vistos por comunidades pequeñas y bien congregadas [...].

Desde el 800 d. C., se evidenciarían disímiles niveles de heterogeneidad en las estructuras sociales de las poblaciones alfareras tempranas. Las poblaciones de Cautín transitarían hacia comunidades más amplias con la consecuente existencia de una mayor diversidad de roles y estrategias de control y toma de decisiones en contextos de múltiples jerarquías (heterarquía). La expresión de las sociedades filiadas al complejo Pitrén en la zona lacustre tendría lugar entre poblaciones o comunidades más reducidas, con estrategias más conservadoras en sus prácticas econó-

micas [...] con una menor heterogeneidad social y consecuentemente con una mayor preeminencia de las dinámicas jerárquicas (Adán et al., 2016, pp. 425-426).

Existen antecedentes suficientes, como apuntan Adán et al. (2016), para argumentar que en el periodo inmediatamente anterior a la llegada de los españoles varias comunidades recurren a:

[...] estrategias apropiativas como productivas; maíces, ceramios, ranas, quinoas y una significativa explotación del recurso camélido [que] forman parte de la efectiva estrategia de subsistencia. Los conjuntos documentados en la Isla Mocha permiten plantear [que] aunque existe un aprovechamiento del mar es evidente un incremento de las actividades hortícolas y ganaderas (Adán et al., 2016, p. 430).

Los cronistas nos muestran que los españoles no estuvieron dispuestos a aceptar una distribución de la población indígena que implicara su presencia en zonas poco accesibles para su política civilizadora y evangelizadora:

En este valle de Arauco en 39 grados que viene a ser derechamente antípodos por dos costados de los manchegos de España y así rivalizan los indios en las fuerzas con los manchegos y el temple de la tierra es el mismo y los mantenimientos de mucha fortaleza. Toda la gente de indios que viven en estos valles que hemos dicho, y en los demás desde Chillán hasta la ciudad de Chiloé, que son 120 leguas, habitan en las montañas sin tener pueblo formado sino en sus chacaras y sementeras y esta es la causa porque es esta tierra tan difícil de conquistar [...] (Ocaña, 1995, p. 37).

Es así como en 1622 y 1690, se resolvió eximir de tributos a los indios que residieran en poblaciones en la frontera.

La cuestión central sostenida en el memorial de 1765, esto es, la fundación de pueblos de

indios o la reducción de los indios a poblaciones, parece responder a una antigua preocupación española (Jara y Pinto, 1981; Salvat, 1987; Vega, 1999). En efecto, ya en 1593 se manifestaba en un Parlamento la disminución de los indios como efecto dañino de irse a vivir a los montes (Zavala, 2015)⁴.

Como anota Contreras (2016) la historia de la población indígena de los pueblos de indios, muestra un abandono paulatino y la inserción de los pobladores como trabajadores libres en las estancias del valle central. Whipple Morán afirma (1998):

Para los indios de encomienda, estos cambios sobre los medios de producción significaron el masivo traslado de ellos desde sus pueblos a las estancias de sus encomenderos, debido a la necesidad de contar en forma permanente con la mano de obra en el lugar donde se realizaban las labores agrícola-ganaderas (p. 364).

La política de fundación de poblaciones fue particularmente relevante en Chile en la segunda mitad del siglo XVIII de la mano de la dinastía borbónica (Lorenzo, 2004). Casanova Guarda (1987) aborda dicha política en relación con la rebelión de 1766, para concluir que la idea de poblar, ya sea con villas de españoles o de indios, era de antigua data. Cabe considerar que ya en el Parlamento de Tapihue de 1738, se propuso congregarse a los indios para que vivieran en pueblos,

[...] como lo están los de la Mocha, San Christobal, Talcamavida, Santa Juana, Sante Fee, cuyo fruto ha sido que vivan como vasallos del Rey y ponerlos en lo que como legítimos vasallos de Vuestra Magestad deben observar y guardar, sacandolos de Ynfieles

esclavos del Demonio, a fieles hijos de Dios (Parlamento Tapihue, 1738, p. 237).

En dicho Parlamento de 1738 se proponía expresamente dejar de capitular con los indios por ser contrario al honor de las armas españolas y ser vasallos de la Corona, y como sustituto de lo que se juzgaba una errada práctica, “reducirlos a pueblos, y a que vivan en Política Christiana, como los de las reducciones amigas” (Parlamento Tapihue, 1738, p. 238). Se desprende con claridad de la declaración, el deseo de la autoridad política del Reino de Chile de aplicar las reducciones a parcialidades indígenas cuya sumisión era a lo menos dudosa e inestable.

Jorge Pinto (1986) en su estudio sobre la obra de Joseph de Salas relativa a la visita de Espiñeyra, asegura que la fórmula de reducciones fue defendida por los sacerdotes jesuitas en oposición a los franciscanos, quienes eran partidarios de la fundación de escuelas donde se educara a los hijos de los caciques. Idea que desarrolla Goicovich (2007). Rosati Aguerre (1996) y Svriz (2011) dan cuenta de la experiencia jesuita en el río Uruguay en relación con la comunidad de los guenoas, parte de cuya población fue “reducida”, lo que permitió contar con líderes indígenas que atrajeran a los demás “infieles” para la suscripción de un tratado de paz en 1732.

Una idea semejante apareció a propósito del problema chichimeca (1596), en que se sugirió que se formaran poblados con indios para que los rebeldes constataran las ventajas del asentamiento y convivencia con los españoles (De la Torre, 1992).

C. La reducción de indios a pueblos y el malón de Curiñancu de 1766

La literatura (Villalobos, 1995) entiende la acción bélica del lonko Curiñancu como una respuesta violenta de los indígenas a la propuesta de reducciones. Tal movimiento bélico se describe como levantamiento general de 1766 y una reacción a la política de fundaciones. Pinto (1986) señala respecto de esta revuelta:

⁴ Para el texto de los Parlamentos que se citan aquí se usa esta edición de Zavala, por lo que en adelante cada vez que se recurra a un Parlamento solo se citará el nombre del Parlamento y la página respectiva de la obra. Se ha respetado la ortografía original de los textos históricos citados.

Los orígenes de esta estuvieron en la proposición que hicieron los jesuitas al gobernador Guill y Gonzaga de reunir a los mapuches en pueblos. Los padres de la Compañía pensaban, muy ingenuamente, que bastaba aquello para evangelizar y civilizar a los infieles [...] pusieron manos a la obra, fundando una serie de pueblos que de tales tenía apenas el nombre (p. 31).

Una versión semejante se encuentra en Correa y Mella (2009):

No obstante todos los esfuerzos desplegados, el 25 de diciembre de 1766 se produce un importante levantamiento indígena, conocido como el Malón de Curiñanco, en el que se abalanzan en forma simultánea un gran número de mapuche sobre las villas levantadas o en construcción, quemando las casas y destruyendo las iglesias de las misiones, y fruto de lo cual los habitantes de los pueblos destruidos, como de las haciendas, hubieron de ponerse a salvo arrancando al norte del Bio Bio.

Hablamos de una rebelión generalizada, si bien limitada en el tiempo, y que llegó a su fin en la medida que la intención de fundar pueblos quedó sólo en eso, en intención.

Para León (1990) el proyecto de fundar poblaciones:

[...] no era nuevo y se insertaba adecuadamente en la política fundacional auspiciada por la Corona Borbona. De acuerdo a esta política se debía agrupar a la población rural para facilitar la colección de tributos, fiscalizar las transacciones comerciales, regularizar el proceso de formación de la propiedad territorial y “racionalizar” la vida cotidiana del campesinado [...].

Hace responsable a los jesuitas de la iniciativa de las reducciones:

Aprovechando el recuerdo de la notable ocasión en que las ambiciones fundacio-

nales desatadas por los jesuitas y el ejército de la frontera llevó a un serio quiebre de las relaciones fronterizas, los jefes llanistas manifestaron una vez más su descontento con el desempeño del antiguo maestro de campo Salvador Cabrito (León, 1996).

Zavala Cepeda (2008) quien realiza un análisis en profundidad del conflicto y cubre también los sucesos bélicos de 1769, llega a la conclusión que involucró a indígenas rebeldes con españoles e indígenas amigos de los españoles, representados por los caciques gobernadores, que facilitaron la fundación de pueblos, línea explicativa que estudia León en 1990.

La explicación sobre la responsabilidad de los jesuitas en los sucesos y la calificación de su propuesta como irreflexiva, están muy difundidas. Así Bonilla (1988) apunta que:

Guill y Gonzaga convocó a un Parlamento en Nacimiento el 8 de diciembre de 1764, para proponer a los naturales, aconsejado por un grupo de jesuitas jóvenes que desconocían la idiosincrasia mapuche, construir pueblos en que estos deberían vivir definitivamente, favoreciendo de esta manera la evangelización (pp. 195-196).

Lo propio sustenta Ferrando Keun (2012) aunque con una variante, pues agrega que la propuesta contaba con el beneplácito del rey. Dice al respecto, que el gobernador:

[...] inspirado por los misioneros jesuitas más jóvenes, se convenció que una buena solución para la pacificación, conquista y dominación de Arauco, era lo que proponían y que, además, coincidía con la opinión del Rey. Consistía esta innovación en obligar a los mapuches a vivir en poblados o agrupaciones, donde la acción misionera y evangélica podía ser constante, continuada y en ningún caso esporádica (p. 325).

Por su parte Casanova (1987) señala que existían dos perspectivas en el seno de los jesuitas, siendo los jóvenes los partidarios de las reducciones.

D. La propuesta de reducciones de 1765

Ninguna de estas explicaciones se construye recurriendo al manuscrito de 1765. No se ha acudido al Memorial para explicar la iniciativa, contribución que esta publicación espera realizar. Pinto (1988) recuerda que en 1752 el jesuita Joaquín de Villarreal sostuvo la conveniencia de estas fundaciones de pueblos, lo que se reiteró en 1758:

Las ideas de Villarreal convencieron a los jesuitas que era conveniente ampliar la fundación de poblados al territorio de los mapuches, seguros de que era el mejor camino para lograr la conversión de los infieles y la pacificación de la frontera [...] Los jefes del ejército se inclinaron por los jesuitas, pues con ellos se justificaban. El proyecto inicial del padre Villarreal sugería, incluso, fundar los primeros pueblos entre los mapuches, bajo la protección de las tropas de la frontera. La fundación de pueblos convenía, pues, a unos y a otros⁵ (Pinto, 1988, pp. 32 y 43).

Cabe recordar que según lo establecido por Alcamán (1997) en este año el lonko Huarán de los llanos de río Bueno ofreció al gobernador de Valdivia, a cambio de apoyo militar contra las incursiones de los juncos, facilitar la formación de poblaciones y aceptar misioneros entre ellos.

En fecha mucho más cercana, 1765, el autor del manuscrito “Manifiesto que acredita las utilidades que se conseguirán en reducir los indios chilenos a vivir en población, los medios de conseguirlo y condiciones con que se ha de practicar” procuró demostrar las “muchas utilidades que se consiguieran, reduciéndose los indios chilenos a vivir juntos en villas”⁶.

⁵ El trabajo de Villarreal “Informe hecho al Rey nuestro Señor don Fernando el VI por Joaquín de Villarreal, sobre contener y reducir a la debida obediencia a los indios del Reino de Chile” tiene su versión en línea en <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-68735.html>

⁶ El autor del memorial utiliza como términos sinónimos ciudades, villas, lugares, misiones y pueblos.

El autor realizó un contrapunto entre civilización y barbarie, arguyendo que aquellos que viven dispersos por campos y selvas “más parecen bestias, que hombres” y que las naciones que huyen de la sociedad son “las más bárbaras, impolíticas inhumanas”.

No dudó en poner a los “árabes” como ejemplo de nación bárbara, impolítica e inhumana, no por razón de religión, sino por no vivir en ciudades o villas: “todas las naciones en que resplandece la luz de la razón aun siendo de diversa religión [...] han convenido en vivir en ciudades villas y lugares”.

Del texto se desprende que la ciudad trae consigo un arreglo de la convivencia, entendido como el modo más racional de constituir la vida: la organización citadina permite a la autoridad implementar sus decisiones; disminuye el costo de ejecución de las mismas; favorece un fluido contacto entre el capital y el trabajo; facilita la administración del tiempo de las personas en función de los intereses reales; ampara a los indios de los malos tratos de los españoles; posibilita la convivencia entre indios y un número acotado e ideal de sacerdotes, garantizando un uso eficiente de los recursos de la Corona y del tiempo dedicado a la formación moral y religiosa de los indígenas; y asegura el acceso a la mano de obra.

La propuesta busca enfrentar los problemas que se suscitaban en un reino en que los indios “viven dispersos por centenares de leguas” y por ende sin control español. Del análisis del manuscrito surgen los antecedentes que hacían razonable la propuesta a ojos de las autoridades españolas y los religiosos:

1. “La mayor facilidad que tuvieran los misioneros de civilizar y reducir a la fe, y buenas costumbres a los Indios”, implicará generar con pocos sacerdotes abundantes frutos.
2. La adopción de la fe por los indios los transformará en aliados de los españoles, como lo demuestran los guaraníes.

3. La alianza con los indios hará dificultosa la penetración inglesa por la “diversidad de sectas y religión”:

No ignoran los Indios de Chile que los ingleses sean herejes, y los misioneros con aquellas mismas luces, con que los persuaden que abracen la fe católica les infunden horror a toda herejía, y a los que la profesan. Si de esto se juntase, que viviendo en Pueblos, bajo las suaves leyes de nuestros monarcas libres de toda esclavitud y opresión gozasen de todos aquellos bienes que trae consigo la sociedad y estuviesen ciertos de que habrían de ser amparados, y protegidos en la posesión de sus haciendas y bienes por el Rey de España contra todos sus enemigos, no menos que los españoles, no se puede dudar que unirían sus fuerzas con las de los españoles contra los ingleses, a quienes miraran como enemigos de su patria, de su religión y de su Rey [...].

[Y para ello] el medio más fácil y más eficaz es el de reducir los indios a que vivan juntos en villas, con lo cual se evitaría aquel peligro, y se pusiera el Reyno en estado de seguridad, contra todos los esfuerzos de los ingleses.

4. El ahorro al erario de las dos terceras partes del dinero con que se mantiene a los misioneros y el empleo de esos recursos en llevar la palabra a los indios del Estrecho de Magallanes.
5. El menor desgaste en salud de los misioneros porque ya no necesitarán seguir a los indios a través de montes y selvas para darles adoctrinamiento.
6. El cambio de sus hábitos para hacerse más productivos:

Estando ya reducidos a la fe y vida civil en villas y lugares no vivieran con aquella desidia e inacción con que ahora pasan la vida, sino que se aplicaran al cultivo de sus tierras y al ejercicio de artes mecánicas y así con el de-

curso del tiempo tendrían con que mantener a sus curas [...] –se aumentará– el número de gente empleada en cultivo de las tierras, trabajos de minas y otras manufacturas.

7. Viviendo en villas se podría ampliar la percepción de impuestos en favor de la Corona, que recibiría los tributos de entre

[...] veinte a treinta mil indios de armas en solo el terreno que se incluye entre el río Bío Bío y río Bueno, quedando como queda hasta el Estrecho de Magallanes dos tantos más de terreno poseído enteramente de indios bárbaros, sin incluir en esto las muchas islas que están cerca de la costa hasta el mismo Estrecho.

8. La reducción a villas permitiría a los pueblos (como ocurría, dice el autor, con los indios guaraníes y chiquitos) espantar la esclavitud y la opresión que “pudieren temer por parte de los españoles” y servir de ejemplo para los demás que verían la tranquilidad con que se goza de comodidades y bienes.
9. De lo cual se derivaría “un aumento de los indios muy considerable”.

10. La fe provoca en los indios un alejamiento de la poligamia. Esta práctica, dice el memorialista, incide en la baja población de indios porque las mujeres menos favorecidas

[...] para desahogar sus celos y sentimientos se suspenden y ahorcan con grandísima facilidad valiéndose para esto de aquella misma faja con que se ciñen, siendo estos así cuantos menos indios nacerán de los que nacieran si dejada la poligamia se quitase la ocasión de los suicidios.

11. También ayudaría a asegurar que la intervención de potencias extranjeras en las costas del sur de Chile (inglesas y otras potencias europeas dice el autor) no se constituya en una amenaza para el mantenimiento del virreinato del Perú y del mismo México bajo dominio español.

12. Si se llegasen a perder dichos virreinos se produciría además un significativo daño económico, pues el mismo Reino de Chile, señala, es rico en minas de plata, oro y azogue, en madera, en azufre y salitre, en animales y cereales. Parte de esa riqueza no se puede explotar, pues está en poder de los indios que controlan el territorio.

13. La formación de villas y ciudades, dice el autor anónimo, hace más fácil la conquista de un pueblo como ha quedado demostrado en la conquista de Perú y de México. Ello porque:

[...] si vivieran juntos en villas era preciso que tuvieran en ellas bienes muebles, y raíces, arboledas y sementeras, para defenderlas no bastaba su caballería, como está claro; pues aun las ciudades más fuertes y muradas no se pueden defender con sola caballería, sin armas de fuego; pudieran evitar en su ruina con la fuga; pero no pudieran evitar la pérdida de todos los bienes que tuvieran en las villas, y así el amor de estos, y el temor de perderlos los contuviera en la debida sujeción.

El memorial afirma que en 1765 los indios “con juramentos han prometido que se reducirán a vivir juntos en pueblos”. Y propone entonces un conjunto de acciones para llevar a cabo la fundación de “pueblos de indios”:

- a) que se vendan 4 títulos de Castilla para reunir fondos para las fundaciones;
- b) que cada pueblo quede bajo protección de un oidor de la Real Audiencia;
- c) que los caciques sean gobernadores perpetuos en sus respectivos pueblos y se elijan de entre los indios alcaldes cadañeros;
- d) que los españoles no puedan sacar indios de los pueblos para su servicio y sea cargo en el juicio de residencia si jueces y corregidores no ordenan su restitución al pueblo respectivo;

e) que se les entreguen tierras a los pobladores y a los caciques en triplicado para que provean a su condición;

f) que no gobiernen inmediatamente los españoles estos pueblos y tampoco comercien, ni permanezcan más de tres días entre ellos;

g) que para facilitar el comercio y evitar sus graves inconvenientes cuando los indios venden sus productos, se hagan cuatro ferias en el año en distintas zonas⁷;

h) que los precios sean supervisados por las autoridades indígenas y españolas, así como los bienes que reciben los indios;

i) que los indios honren la paz celebrada con el Marqués de Baidés en 1640⁸ y colaboren con los españoles contra sus enemigos, debiendo entregarse para ello a los pueblos un terreno donde pasten los caballos;

j) que al toqui general se le dé sueldo perpetuo;

k) que el Rey de España les prometa defenderlos ante ataques de sus enemigos;

l) que no se funden pueblos de indios en las costas para que los españoles puedan instalar fortificaciones; y finalmente, que se observen las reglas velando por ello el Obispo de Concepción y los curas quienes pueden preguntar si ha habido violaciones, y si el Gobernador no ha hecho la denuncia pertinente, hacer ellos la denuncia a la Corte.

⁷ Ya en el Parlamento de Negrete de 1726 hubo reglas al respecto, elevando la aplicación de las buenas prácticas en el comercio a asunto de interés público, por el efecto negativo que provocaban en los indígenas los abusos de los españoles, mestizos, mulatos e incluso negros que comerciaban ilegalmente con ellos.

⁸ La fecha puede entenderse porque los preparativos empezaron en octubre de 1640 y la reunión de vecinos españoles se convocó para el 15 de diciembre del mismo año. Iniciándose el Parlamento el 6 de enero de 1641 (véase Szászdi y Palma, 1998).

La fórmula de implementación pone de relieve que el memorialista tiene una cierta desconfianza del buen comportamiento y la buena fe de los vecinos. El artículo de Alcamán (1997) destaca el interés que los mapuches pudieron tener en el éxito de esta política en la medida que se ejecutara lo propuesto en las letras c), e), g), h), j) y k) de la cita anterior. Todo lo cual vendría a impactar en el mantenimiento y proyección de ciertos caciques (lonkos) y sus comunidades, amenazados por enemigos indígenas aledaños y por las dificultades socioeconómicas por las que atravesaban.

El Parlamento de Nacimiento de 1764, según el relato de Antonio Guill y Gonzaga, se refiere a las “diligencias practicadas en el importante asunto de reducir a Pueblos por ahora, y después al Christianismo” a los “Yndios barbaros habitantes de los Llanos que median entre esta Ciudad y, Valdivia” (Parlamento de Nacimiento, 1764, p. 273) a quienes se les propuso por primer artículo del Parlamento:

[...] el de reducirse a Pueblos en el Paraxe que quisiesen, y en el numero de familias que tuviesen por combeniente para cada uno, esforzándoles razones de utilidad, que les resultarían de vivir como Racionales, con seguridad en sus Casas, Familias, Haciendas, y Muebles, libres de las Guerras, con que unos a otros se destruían, respecto a que Vuestra Magestad mandaba se les conservase sus tierras y derechos [...] y que si para mas felicidad suia quiciesen Misioneros, y Capitanes Españoles de conducta para que los governasen, se los mandaria dar luego (Parlamento de Nacimiento, 1764, p. 276).

Los caciques que concurrieron al Parlamento no aceptaron de buenas a primeras la idea del asentamiento:

[...] para prueba de la verdad con que procedían reservavan el dar respuesta absoluta sobre la reduccion a Pueblos (a que todos los presentes estaban prompts) hasta que tratándolo con los demas que no habían

asistido, prestasen su consetimiento, y no ofreciese motivo de duda, a cuiio fin me pidieron que asistiesen a sus juntas particulares algunos Capitanes españoles de confianza [...] quedandose muchos de los primeros Gobernadores y Caciques que lo solicitaron para tratar conmigo sobre el asunto, y los medios que discurrian para consecución del fin de reducirse a Pueblos (Parlamento de Nacimiento, 1764, p. 276).

Guill y Gonzaga da noticia a la Corona de que de las juntas particulares resultó que los caciques y gobernadores de Angol, Nigninco, Minas, Lucan, Cullin, Repocura y Maquegua estaban prontos a reducirse a pueblos en cumplimiento del Parlamento “pidiendo algunos Capitanes Españoles que les he dado desde luego para que los gobiernen” (Parlamento de Nacimiento, 1764, p. 276). Sin embargo, hubo resistencia en la junta de Angol:

[...] tubo el atrevimiento el Cacique don Agustín Curiñancu y su Capitanejo Ygnacio [...] de oponerse a la Reduccion a Pueblos diciendo que ni en esto ni en otra cosa habían de obedecer al Capitan General, y conciderando que semejante exemplar pudiera acarrear fatales consecuencias y desvaratar de un todo lo hasta aquí conseguido, me pareció haber llegado el caso de usar en medio de ellos de la Soberana Authoridad de Vuestra Majestad, y despues de bien reflexionado, embié con la preocupación correspondientes a traer presos a estos dos sediciosos (Parlamento de Nacimiento, 1764, p. 276).

Así se hizo y se les engrilló y condenó a uno a muerte y al otro a destierro perpetuo en la isla de Juan Fernández, para luego perdonarlos. Lo que motivó, según relato español, que se comprometieran con la política de reducciones.

Lo narrado por Guill y Gonzaga corresponde a sucesos acontecidos entre los meses de diciembre de 1764 y febrero de 1765 (la representación está fechada el 1 de marzo de 1765). El alzamiento

de Curiñancu tuvo lugar a fines de diciembre de 1766.

Conviene precisar que lo ejecutado por los españoles fue visto también por los indios como un intento de refundar poblados hispanos:

Cabrero fue enviado a repoblar Angol, Francisco Ribera a fundar Mininco y Joaquín Burloa a Huequén [...] lo que equivalía a una invasión disimulada de Araucanía. El 25 de diciembre los llaneros, al mando del “toqui” Curiñancu, atacaron las diversas obras en construcción y las incendiaron. Así rompieron la paz iniciada en 1725 (Bonilla, 1998, p. 196).

Así las cosas, cabe concluir que la propuesta de reducciones contaba con el aval del gobernador; con el interés de ciertas parcialidades indígenas en la medida en que reconocía su autoridad y les garantizaba el comercio, ingresos permanentes y otras ventajas; así como con el respaldo del autor del manuscrito, que presumiblemente representaba los intereses de los sacerdotes. Sin embargo, el error del gobernador de apresar a Curiñancu, quien presentó, entre los convocados, una posición minoritaria de resistencia, desencadenó un alzamiento que echó por tierra una política que tuvo un inicio prometedor en tanto que fue aceptada a discusión por algunos líderes indígenas.

Años más tarde, en 1771 en el Parlamento de Negrete, la Corona debió declarar que no era su intención “alterar el modo en que han vivido y viven los Yndios poseyendo cada uno sus Tierras con independencia de otros sin precisarlos a que se reúnan, y congreguen en Pueblos por los inconvenientes que repetidas veces me han representado”. Recoge el relato la intervención del cacique Ygnacio Lebihueque del Butalmapu de la Cordillera quien indica como causa del levantamiento la conducta de

[...] quatro españoles que lo fueron Don Salvador Cabrero, siendo Maestre de Campo General de esta frontera, Juan Rey Comisario

de Naciones, Martín Soto Lengua General, y del Capitán de Amigo Carlos Garzes que todos juntos concurren a violentarlos para la formación de Pueblos (Parlamento de Negrete, 1771, p. 289).

Narración que se volvió a oír en el Parlamento de Santiago de 1772, en que se señala por el mismo Lebihueque que fue el maestre de Campo General Salvador Cabrero quien levantó la tierra por apresar al cacique Curiñancu:

[...] haverlos querido precisar a ponerlos a pueblos en sus mismas tierras de cuyos insultos recibieron el agravio de pegarles fuego sus casas, como así mismo de haver sido el principal Instrumento, para hallarse oy día todos pereciendo de necesidades con pérdidas de todas sus Haciendas, Manteniéndose con yerbas de el Campo, y con los Perros de sus casas, estos son los agravios que manifiestan (Parlamento de Santiago, 1772, p. 301).

En el Parlamento de Tapihue de 1774 varios “caciques gobernadores” precisaron que el cumplimiento de las capitulaciones presentadas por el Capitán General, no comprendía la fundación de pueblos

[...] porque todos comprendían que estos no les era útiles, y no les parecía conveniente condescender a su establecimiento; y habiendoseles respondido que de ninguna suerte se parava en tal fundación, que el Rey absolutamente no necesitava de [sus] tierras, ni quería mas que la quietud, y conveniencia de ellos, y [que] le fuese fieles Basallos (Parlamento de Tapihue, 1774, p. 327).

En dicho Parlamento de 1774 se capituló que se nombrarán “Alcaldes o jueces de sus reducciones [...] recaiendo los nombramientos en indios nobles: de los de mejor opinion capacidad y juicio” (Parlamento de Tapihue, 1774, p. 321) y que fuera de cargo de la Corona la educación de los hijos de los caciques en la escuela fundada para esos efectos.

En 1784 en el Parlamento de Lonquilmo se acordó la celebración de cuatro ferias en los meses de octubre, noviembre, febrero y abril. Y se reconoció la colaboración indígena, en particular las parcialidades de Arauco, en la guerra contra los ingleses (“Moro-guincas”) (Parlamento de Lonquilmo, 1784).

La preocupación respecto de la presencia inglesa en el sur de Chile estaba absolutamente fundada, como demuestra María Urbina a propósito de la fallida fortificación de Chiloé:

La coyuntura de 1749 puso en el mapa imperial a una isla del archipiélago de los Chonos porque ponía en riesgo las riquezas del virreinato de Lima, que era lo que en definitiva se quería resguardar. La Patagonia Occidental pasó a ser un territorio con significado estratégico y geopolítico desde esa coyuntura y durante la segunda mitad del siglo XVIII, a pesar de que esto no se tradujo en una ocupación española. Esta atención a Chiloé era algo inédito para una provincia pobre y lejana. Órdenes peninsulares que dispusieran una expedición a Chiloé, y que se enviara un barco de guerra con este propósito, no se habían visto desde que en 1675 –y también fue inusual–, pasara a Chiloé un navío de guerra desde Perú, bien provisto y con oficialidad de alto rango, para buscar un posible establecimiento inglés entre el golfo de Penas y el estrecho de Magallanes (Urbina, 2014).

Conclusiones

El análisis conjunto del manuscrito inédito “Manifiesto que acredita las utilidades que se conseguirán en reducir los indios chilenos a vivir en población, los medios de conseguirlo y condiciones con que se ha de practicar”, y de los Parlamentos de 1593, 1726, 1738, 1764, 1771, 1772, 1774 y 1784, permite ampliar la comprensión de la propuesta de reducciones y de las causas del levantamiento de 1766: (i) si se tiene a la vista el memorial no cabe calificar la propuesta como irresponsable, o fundada

en el desconocimiento de la realidad. El texto prueba que hubo una reflexión sobre la temática y que se estimó conveniente a los intereses de la Corona y de los religiosos, y en menor medida de los vecinos involucrados en el comercio con los indios; (ii) la propuesta resultaba también de interés para ciertas comunidades indígenas, en razón de las guerras internas y la precaria situación económica de algunas parcialidades. Favorecía el fortalecimiento del poder de los dirigentes (caciques o lonkos) de las parcialidades indígenas aliadas de los españoles, y ella suscitó cierto interés como se desprende del hecho que no la rechazaran de entrada; y (iii) no cabe señalar como elemento determinante de la revuelta de 1766 a la “juvenil e irresponsable propuesta jesuita de reducciones”, sino al errado tratamiento por parte del gobernador de la conducta negativa del cacique Curiñancu. El hecho de la prisión y la amenaza de muerte del cacique y su aliado, fue la chispa del levantamiento.

Los datos aportados por los Parlamentos de 1764, 1771, 1772, 1774 y 1784 indican que el afán de implementar la política de reducción a poblaciones implicó una amenaza concreta en 1764 a la integridad física y la libertad del lonko Curiñancu, cuestión en la que no se había reparado hasta ahora. Hecho que puede estar en la base de su accionar bélico de 1766. Ello implica reflexionar acerca del impacto de una decisión política tan severa en la eficacia de la propuesta de reducciones, y por lo mismo, ampliar la explicación acerca de su fracaso.

La propuesta jesuita debe comprenderse mediatizada por la política gubernamental que estimó el uso de la fuerza como conducente a garantizar la eficacia de la misma. Los hechos posteriores mostraron que el arresto y amenaza a la integridad física y la libertad de Curiñancu terminó favoreciendo la causa indígena, sin que ello impidiera a la vez implementar alguna de las propuestas que se tuvieron a la vista a propósito de la justificación de la política de reducciones.

Cabe considerar también, que las fuentes históricas empleadas aportan antecedentes para

enriquecer la explicación de la Escuela Chilena de Historia del Derecho respecto de los pueblos de indios y el caso particular de los indios rebeldes del Reino de Chile.

Referencias

- Adán, L., Mera, R., Navarro, X., Campbell, R., Quiroz, D. & Sánchez, M. (2016). Historia prehispanica en la región Centro-sur de Chile: cazadores-recolectores holocénicos y comunidades alfareras (10.000 años a. C. a 1.550 años d. C). En: F. Falabella, M. Uribe, L. Sanhueza, C. Aldunate & J. Hidalgo (eds.). *Prehistoria en Chile. Desde sus primeros habitantes hasta los Incas* (pp. 401-442). Santiago de Chile: Editorial Universitaria / Sociedad Chilena de Arqueología.
- Alcamán, E. (1997). Los mapuche-huilliche del futahuillimapu septentrional: guerra colonial, guerras internas y alianzas políticas (1750-1792). *Revista de Historia Indígena*, 2, 29-75.
- Bonilla, T. (1988). La "gran guerra" mapuche 1541-1883. *Análisis crítico histórico. Historia militar de Araucanía*. Santiago de Chile: Instituto Geográfico Militar.
- Casanova, H. (1987). *Las rebeliones araucanas del siglo XVIII. Mitos y realidad*. Temuco: Universidad de la Frontera, Serie Quinto Centenario.
- Contreras, H. (2016). Migraciones locales y asentamiento indígena en las estancias españolas de Chile central, 1580-1650. *Revista Historia*, 49(I), 87-110.
- Correa, M. & Mella, E. (2009). *El territorio mapuche de Malleco: las razones del Illkun*. Temuco: Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas. Disponible en: http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0273_LAS_RAZONES_DEL_INKULL.pdf
- De la Sala, J. (1986). *Visita General de la Concepción y su obispado por fray Pedro Ángel de Espiñeyra, su meritísimo prelado 1765-1769*. Chillán: Instituto Profesional de Chillán.
- De la Torre, J. (1992). El pensamiento novohispano ante el descubrimiento y la conquista, opinión de las órdenes monásticas con relación a la guerra chichimeca. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 15, 265-273.
- Dougnac, A. (1994). *Manual de historia del derecho indiano*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Durston, A. (1999). El proceso reduccional en el sur andino: confrontación y síntesis de sistemas espaciales. *Revista de Historia Indígena*, 4, 75-101.
- Falabella, F., Uribe, M., Sanhueza, L., Aldunate, C. & Hidalgo, J. (eds.). (2016). *Prehistoria en Chile. Desde sus primeros habitantes hasta los Incas*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria / Sociedad Chilena de Arqueología.
- Ferrando, R. (1986). *Y así nació La Frontera... Conquista, guerra, ocupación, pacificación 1550-1900* (2ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Antártica.
- Goicovich, F. (2007). Entre la conquista y la consolidación fronteriza: dispositivos de poder hispánico en los bosques meridionales del reino de Chile durante la etapa de transición (1598-1683). *Revista Historia*, 40(II), 311-332.
- Gussinyer i Alfonso, J. (1994). Congregación indígena y pueblos de indios en las Antillas, 1500-1525. *Boletín Americanista*, 44, 73-109.
- Jara, A. & Pinto, S. (1981). Fuentes para la historia del trabajo en el Reino de Chile. Legislación. Tercera parte. Continuación. *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 8, 131-210.
- León, L. (1990). El malón de Curiñamcu. El surgimiento de un cacique araucano (1764-1767). *Proposiciones*, 19, 18-43.
- León, L. (1995). Conflictos de poder y guerras tribales en Araucanía y las pampas: la

- batalla de Tromen (1774). *Revista Historia*, 29, 185-233.
- Levaggi, A. (2001). República de indios y república de españoles en los Reinos de Indias. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXIII, 419-428.
- Lorenzo, S. (2004). *Fuentes para la historia urbana en el Reino de Chile. Régimen legal de la fundación de ciudades en Chile durante el siglo XVIII*. Santiago de Chile: Academia Chilena de la Historia.
- Ocaña, D. (1995). *Viaje a Chile: relación del viaje a Chile, año de 1600, contenida en la crónica de viaje intitulada “A través de la América del Sur”*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- Pereira, E. (1995). *Relación del viaje de fray Diego de Ocaña por el Nuevo Mundo 1599-1605*. Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- Rosati, H. (1995). El imperio español y sus fronteras: mapuches y chichimecas en la segunda mitad del siglo XVI. *Revista Historia*, 29, 591-404.
- Solano, F. (1990). *Ciudades hispanoamericanas y pueblos de indios*. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Svriz, P. (2011). Disputas a orillas del río Uruguay. Guerra y paz con los minuanes en el siglo XVIII. *Gazeta de Antropología*, 27(2). Disponible en: http://www.ugr.es/~pwlac/G27_37PedroMiguelOmar_Svriz_Wucherer.html
- Szászdi, I. & Palma, E. (1998). El parlamento hispano-araucano de 1641: naturaleza jurídica de un pacto internacional. En: G. Pinard & A. Merchán (eds.). *Libro homenaje in memoriam Carlos Díaz Rementería* (pp. 699-711). Huelva: Universidad de Huelva.
- Urbina, M. (2014). El frustrado fuerte de Tenquehuen en el archipiélago de los chonos, 1750: dimensión chilota de un conflicto hispano-británico. *Revista Historia*, 47(I), 133-155.
- Vega, A. (1999). Asentamiento y territorialidad indígena en el partido del Maule en el siglo XVI. *Revista Historia*, 32, 685-708.
- Villalobos, S. (1995). *Vida fronteriza en la Araucanía. El mito de la guerra de Arauco*. Santiago de Chile: Andrés Bello.
- Whipple, P. (1998). Encomienda e indios de estancia durante la segunda mitad del siglo XVII. Melipilla 1660-1681. *Revista Historia*, 31, 349-382.
- Zavala, J. (2011). *Los mapuches del siglo XVIII. Dinámica interétnica y estrategias de resistencia*. Temuco: Universidad Católica de Temuco.
- Zavala, J. (ed.). (2015). *Los parlamentos hispano-mapuches, 1593-1803: textos fundamentales*. Temuco: Universidad Católica de Temuco.
- Zavala, J. & Dillehay, T. (2010). El “Estado de Arauco” frente a la conquista española: estructuración sociopolítica y ritual de los araucano-mapuches en los valles nahuelbutanos durante los siglos XVI y XVII. *Chungará, Revista de Antropología Chilena*, 42(2), 433-450.

DE LA COMPLEJIDAD JURÍDICA DE LOS VERTIMIENTOS*

Álvaro José Henao Mera**
Andrés Gómez-Rey***

Fecha de recepción: 20 de febrero de 2017
Fecha de evaluación: 6 de junio de 2017
Fecha de aprobación: 26 de octubre de 2017

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3328>

Forma de citación: Henao, A. J. & Gómez-Rey, A. (2018). De la complejidad jurídica de los vertimientos. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 21, 41, 25-41. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3328>

RESUMEN

El presente artículo de reflexión analiza el modo como el Gobierno nacional en su afán de proteger los recursos naturales renovables, ha creado de manera desarticulada algunas reglas en relación con los vertimientos, generando en consecuencia, una inestabilidad en la jerarquía normativa y un desorden interpretativo en la forma de aplicar dichas normas por parte de las autoridades ambientales. Se tratarán entonces dos temas particulares: la necesidad de contar o no con permiso de vertimientos cuando estos son realizados a los sistemas de alcantarillado, y las transiciones que sobre la norma de calidad de vertimientos (parámetros y valores límite máximos permisibles) se han desencadenado desde el 2010 hasta la fecha; a través de un estudio metodológico desde la dogmática jurídica.

Palabras clave:

Vertimientos, ambiental, permiso, parámetros y valores, máximos permisibles, transición normativa.

* El presente escrito es producto del proyecto de investigación “La participación administrativa ambiental en los procedimientos para el otorgamiento de licencias ambientales”, adelantado por la línea de investigación en Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario, cuyo objetivo general es realizar una evaluación al ejercicio de los procesos para el otorgamiento de autorizaciones ambientales en Colombia y de esta forma, establecer resultados que señalen los vacíos que se han presentado en su implementación.

** Abogado y magíster en Derecho de la Universidad Icesi (Cali, Colombia), en la actualidad se desempeña como director general de la firma Manglar Abogados, dedicada a temas ambientales. Ha sido abogado de la Oficina Jurídica del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y profesor de cátedra en el área de Ordenamiento Territorial y Áreas Protegidas de la especialización en Derecho Ambiental de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá, Colombia). Igualmente, ha sido docente de la Universidad Icesi y abogado de Parques Nacionales Naturales de Colombia. Correo electrónico: alvaro.henao@correo.icesi.edu.co

*** Abogado de la Universidad de La Sabana (Chía, Colombia), especialista en Derecho Ambiental y magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá, Colombia). Profesor de cátedra de pregrado y posgrado de diversas instituciones, entre ellas la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Icesi y Universidad de La Salle. Ha sido asesor de entidades como la Defensoría del Pueblo, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, algunas corporaciones autónomas regionales, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, entre otras. De igual manera acompaña a empresas privadas en temas ambientales. Correo electrónico: andres.gomez@urosario.edu.co

THE LAW COMPLEXITY OF DUMPING

SUMMARY

The hereby reflexing article analyses how the government way to protect renewable natural resources has created some disjointed rules with regard to dumping, generating as a consequence both instability within the normative hierarchy and an interpretative disorder when those legal rules are applied by environmental authorities. Therefore, two particular topics will be boarded in this article. First, whether or not it is necessary to acquire dump authorization when dumping into the sewerage system and second, whether or not the transitions upon the dumping quality law (parameters and maximum boundary permissible values) have been unleashed since 2010. This is going to be developed through a methodologic study from the legal dogmatic.

Keywords:

Dumping, environmental, license, parameter and values, permissible maximum, legal transition.

DA COMPLEXIDADE JURÍDICA DOS VAZAMENTOS

RESUMO

O presente artigo de reflexão analisa a forma como o Governo nacional, em sua ânsia de proteger os recursos naturais renováveis, tem criado de maneira desarticulada algumas regras em relação aos vazamentos, gerando, conseqüentemente, uma instabilidade na hierarquia normativa e uma desordem interpretativa na maneira em como aplicar esses padrões pelas autoridades ambientais. Serão abordados, então, dois temas específicos: a necessidade de ter ou não permissões de vazamentos quando são feitos nos sistemas de esgoto, e as transições que sob o padrão de qualidade de vazamentos (parâmetros e valores limite máximos permissíveis) tem-se desencadeado desde o 2010 até à data; através de um estudo metodológico desde a dogmática jurídica.

Palavras chave:

Vazamentos, ambiental, permissão, parâmetros e valores, máxima permissíveis, transição normativa.

Introducción

Alrededor del 70%-75% de la contaminación marina global es producto de las actividades humanas que tienen lugar en la superficie terrestre. Un 90% de los contaminantes es transportado por los ríos al mar. Por otro lado, entre un 70% y 80% de la población mundial (aproximadamente 3.6 billones de personas) se ubica en las costas o cerca de ellas, especialmente en zonas urbanas, donde una parte importante de los desechos que allí se producen se deposita directamente en el

océano. Como consecuencia, muchos ecosistemas críticos, algunos únicos en el mundo, tales como bosques de manglar, arrecifes coralinos, lagunas costeras y otros [...] han sido alterados más allá de su capacidad de recuperación (Escobar, 2002, p.5).

Ante la realidad descrita, se ha hecho imperante establecer una regulación sobre las fuentes de contaminación líquida de los ríos y quebradas del país, con el fin de cumplir con los deberes constitucionales fijados por la Constitución Política de Colombia suscrita en 1991, según los cuales

el Estado está en la obligación de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial valor ecológico y prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental imponiendo las sanciones legales y exigiendo la reparación de los daños causados.

En virtud de lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico ha dispuesto reglas específicas respecto de los vertimientos, que si bien son necesarias, en ocasiones desconocen algunos aspectos normativos y fácticos relevantes, lo cual se quiere demostrar en el presente artículo.

Para comenzar, recordemos que un vertimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.3.1.3. del decreto 1076/2015 es la descarga final a un cuerpo de agua, un alcantarillado o al suelo, de elementos, sustancias o compuestos contenidos en un medio líquido, existiendo en consecuencia dos clases: uno puntual que se realiza a partir de un medio de conducción, del cual se puede precisar el punto exacto de descarga al cuerpo de agua, alcantarillado o al suelo; y otro no puntual, o aquel en el que no se puede precisar el punto exacto de descarga al cuerpo de agua o al suelo.

Siendo el vertimiento la acción de arrojar residuos o desechos líquidos, según el artículo 8 del decreto ley 2811/1974 es un factor de contaminación, por lo cual es una actividad que requiere de la obtención de un permiso o autorización administrativa que otorga la institucionalidad ambiental. Por ello el artículo 2.2.3.2.20.1. del decreto único del sector ambiente, establece que el vertimiento solo podrá ser dispuesto en las aguas clase II, es decir, por fuera de las cabeceras de las fuentes, las aguas subterráneas, las aguas costeras usadas para recreación, las aguas arriba de las bocatomas y las áreas protegidas. Sin embargo, en donde esté permitido el vertimiento, se deberá siempre efectuar con tratamiento previo, acatando las reglas del decreto 1076/2015, que contempla entre otros: regulación de usos y calidad del agua, ordenación de cuencas y lo asociado con vertimientos.

El permiso a cargo de la institucionalidad ambiental tiene a su vez, como fin, analizar tres variables

principales: (i) la carga contaminante entendida como “el producto de la concentración básica promedio de una sustancia por el caudal volumétrico promedio del líquido que la contiene determinado en el mismo sitio” según el decreto 3930 de 2010 (hoy compilado en el decreto 1076 de 2015), (ii) la eficiencia y eficacia del sistema de tratamiento que permitirá el cumplimiento de los parámetros máximos permisibles por el ordenamiento y (iii) la capacidad del cuerpo receptor. Así pues, cada usuario deberá cumplir con una norma de vertimientos o remoción de dicha carga.

No obstante, según la legislación actual, no es del todo claro si se requiere o no permiso de vertimientos cuando estos se lleven al alcantarillado, situación que se desea estudiar aquí. Más allá de esto, con el propósito de mostrar la dispersa regulación sobre la materia, también se examinarán los regímenes de transición en relación con los parámetros máximos permisibles de vertimientos a las aguas superficiales.

Sobre este punto debe tenerse en cuenta que el Gobierno nacional en cabeza del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, ha venido emitiendo normas que plantean diferentes niveles máximos permisibles de contaminación líquida, la cual varía según la actividad industrial, comercial o de servicios realizada. A manera de ejemplo la empresa prestadora del servicio público de alcantarillado debe cumplir con unos parámetros de remoción específicos. Con todo, la normatividad expedida, además de contener reglas complejas de cumplir por parte de los administrados, ha instituido regímenes de transición confusos, ambiguos y en ocasiones incoherentes frente a las normas de superior jerarquía existentes, como es el caso de la resolución 631/2015.

Sin embargo, las reglas y particularidades que han cobijado las condiciones y obligaciones en torno a los vertimientos han lucido un especial desorden normativo que se pretende mostrar en este artículo, con el fin de develar esta problemática y llamar la atención del regulador para determinar normativamente un asunto trascendental para el país, y para generar en

los administrados seguridad jurídica que ayude a tener claro en todo momento las regulaciones sobre tal aspecto.

El documento se divide en dos secciones, la primera incumbe a la obligatoriedad o no de obtener permiso de vertimientos cuando estos sean hechos al alcantarillado, y la segunda estudia las transiciones que la dispersión normativa creó respecto de la norma que decreta los parámetros máximos de calidad cuando el vertimiento se ejecute en aguas superficiales, terminando con la recopilación *in genere* de lo observado.

En consideración de la escasa doctrina existente sobre la temática a discutir¹, se propone una metodología desde la dogmática jurídica, en concreto, sobre la comprensión y análisis de la ley y la jurisprudencia. Nótese sin embargo, que se realizará a continuación un tratamiento tecnócrata, buscando sirva de base para posteriores investigaciones y, por ende, puede parecer un examen sucinto, ya que se desea principalmente exponer una especial problematización sobre la materia.

A. De la necesidad de contar con permiso de vertimientos al alcantarillado

El artículo 41 del derogado decreto 3930/2010² ordenaba que:

Toda persona natural o jurídica cuya actividad o servicio genere vertimientos a las aguas superficiales, marinas, o al suelo, deberá solicitar y tramitar ante la autoridad ambiental competente, el respectivo permiso de vertimientos

¹ A pesar de esto, véanse las connotaciones básicas de los vertimientos en: Macías (1998), Morales (1999), Escobar (2002), Santander (2002), González (2004) y Rodríguez, Lozano y Gómez-Rey (2011).

² El epígrafe del decreto reza: "Por el cual se reglamenta parcialmente el Título I de la Ley 9ª de 1979, así como el Capítulo II del Título VI -Parte III- Libro II del Decreto-ley 2811 de 1974 en cuanto a usos del agua y residuos líquidos y se dictan otras disposiciones". Así pues, se trató del decreto que recoge las líneas generales sobre los vertimientos en Colombia.

Parágrafo 1°. Se exceptúan del permiso de vertimiento a los usuarios y/o suscriptores que estén conectados a un sistema de alcantarillado público [...].

De la lectura de la norma se entiende que requiere permiso de vertimientos cualquier persona que realice una descarga de desechos líquidos que recaiga sobre tres posibles objetos: las aguas superficiales, la mar y el suelo. La descarga a ningún otro lugar demandará entonces, permiso de vertimientos. Por esta razón, el parágrafo explicaba que las descargas al alcantarillado no necesitaban permiso de vertimientos, es decir que, a nuestro juicio, el parágrafo era simplemente aclarativo mas no contenía excepciones, pues no decía nada diferente al contenido del artículo expuesto.

La razón que justifica que las descargas que los suscriptores realizan al sistema de alcantarillado no urjan de permiso de vertimientos es que el prestador del servicio público domiciliario de alcantarillado está en la obligación de obtener dicha autorización, tal y como lo dispone el artículo 25³ de la ley 142/1994⁴, y de elaborar un plan de saneamiento y manejo de vertimientos⁵ (Corporación Autónoma Regional de Cundina-

³ Artículo 25. "Concesiones, y permisos ambientales y sanitarios. Quienes presten servicios públicos requieren contratos de concesión, con las autoridades competentes según la ley, para usar las aguas; para usar el espectro electromagnético en la prestación de servicios públicos requerirán licencia o contrato de concesión [...]"

⁴ Esto por cuanto el prestador es quien hará la descarga de residuos principalmente líquidos a los recursos naturales renovables como el agua superficial o la mar.

⁵ La Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca en su *Guía para la formulación del plan de saneamiento y manejo de vertimientos*, afirma que es "el conjunto de programas, proyectos y actividades, con sus respectivos cronogramas e inversiones necesarias para avanzar en el saneamiento y tratamiento de los vertimientos, incluyendo la recolección, transporte, tratamiento y disposición final de las aguas residuales descargadas al sistema público de alcantarillado, tanto sanitario como pluvial, los cuales deberán estar articulados con los objetivos y las metas de calidad y uso que define la autoridad ambiental competente para la corriente, tramo o cuerpo de agua [...]" (2006, p-18).

marca, 2006)⁶. Asimismo, le corresponde a dicho prestador, entregar los vertimientos a fuentes superficiales, con el cumplimiento de los parámetros y límites permisibles que registra la norma. Luego, el párrafo en cita fue demandado en nulidad por cuanto

[...] a juicio de la parte actora, con la vigencia del acto acusado se violan de manera ostensible los artículos 286, 287, 288, 298, 311 y 322 de la Constitución Política, el artículo 1° del Decreto 1421 de 1993 y los artículos 65 y 66 de la Ley 99 de 1993 [...].

Resalta el texto de la demanda que se vulnera el artículo 11 de la ley 9/1979 que reza: “Antes de instalar cualquier establecimiento industrial, la persona interesada deberá solicitar y obtener del Ministerio de Salud o de la entidad en quien este delegue, autorización para verter los residuos líquidos”, así como el artículo 132 del decreto ley 2811/1974 que manifiesta:

Sin permiso, no se podrán alterar los cauces, ni el régimen y la calidad de las aguas, ni interferir su uso legítimo. Se negará el permiso cuando la obra implique peligro para la colectividad, o para los recursos naturales, la seguridad interior o exterior o la soberanía nacional.

Las razones principales para sostener que el derogado párrafo 1 del artículo 41 del decreto 3930/2010 violentaba el ordenamiento jurídico y era nulo, las sintetiza el Consejo de Estado indicando que el presidente de la República desbordó sus competencias al emitir el acto acusado ya que “ni en el Código Sanitario Único, ni en el Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables, normas objeto de reglamentación parcial en la decisión enjuiciada, se prevé excepción alguna frente a la obtención del permiso de vertimientos [...]” (Consejo de Estado, 2011) por lo cual aseguró que era

⁶ Por ello, el párrafo del artículo 41 ya citado explicaba que no se requería permiso de vertimientos cuando estos se llevaran a cabo sobre el alcantarillado (por cuanto esto estaba así dispuesto en su contenido y no estaba creando una excepción).

[...] evidente la contradicción anotada, pues las normas en ningún momento han habilitado la supresión del permiso de vertimientos al sistema de alcantarillado, por el contrario, son expresas en indicar la necesidad de permiso en todo vertimiento que se genere en el recurso hídrico [...] (Consejo de Estado, 2011).

En consecuencia, el Consejo de Estado (2011) decidió suspender provisionalmente el párrafo 1 del artículo 41 del decreto 3930/2010 indicando que:

[...] por simple comparación normativa, es evidente la violación que aduce el actor del aparte censurado, toda vez que allí se exceptúa del requerimiento de obtener permiso de vertimiento, a los usuarios y/o suscriptores que se encuentren conectados a un sistema de alcantarillado público, salvedad esta que no contempla la Ley [...].

Con ello intentó argumentar que la ley 9/1979 no podía ser excepcionada con un decreto⁷, en virtud de la jerarquía normativa que rige el accionar en nuestro ordenamiento jurídico.

Sobre este particular se debe resaltar que el Consejo de Estado se abstuvo de analizar los presupuestos de cada una de las normas presuntamente vulneradas y no tuvo en cuenta que: (i) el decreto 3930/2010 en el párrafo citado regulaba “quienes deben obtener el permiso de vertimientos” y que el Código de Recursos Naturales se refiere a la necesidad de contar con permiso para “alterar los cauces”, lo cual dista sustancialmente de realizar vertimientos al alcantarillado y (ii) la ley 9/1979 fija como requisito previo a la “instalación” de establecimientos

⁷ Dijo el Consejo de Estado: “En el escenario propuesto por el Gobierno Nacional, se reiteran los condicionamientos establecidos mediante ley, no obstante, también determina una excepción que nunca contempló el Congreso de la República, cual es, la de exceptuar a las personas naturales o jurídicas cuya actividad o servicio genere vertimientos a las aguas superficiales, marinas o al suelo, de obtener el permiso respectivo, cuando tales personas se encuentren conectadas a un sistema de alcantarillado público [...]” (Consejo de Estado, 2011)

industriales que viertan residuos líquidos la obtención de una autorización, cuando a ello se esté obligado.

Lo que igualmente se trata de una situación diferente, ya que: (i) el permiso de vertimientos no es para “instalar establecimientos industriales”, es decir, una cosa es necesitar permiso para verter y otra requerir autorización para instalar establecimientos industriales que potencialmente deban realizar vertimientos⁸; (ii) el código sanitario no especifica cuál es dicha autorización, siendo curioso que la norma de salud solicitara un permiso ambiental y se preocupara en consecuencia por las redes de alcantarillado y no tanto por la calidad de las aguas de las fuentes superficiales.

Ahora bien, con la suspensión provisional del parágrafo del artículo 41 en mención, este deja de surtir efectos jurídicos, quedando únicamente en el ordenamiento jurídico el cuerpo del artículo 41 precitado, del cual se deduce que no se exige permiso de vertimientos cuando la descarga se efectúe al alcantarillado, por cuanto no es un presupuesto normativo que allí se contemple.

Curiosamente, la Oficina Jurídica del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en concepto 8140e227306 del 12 de septiembre de 2014 consideró que:

[...] las Autoridades Ambientales con base en los (sic) dispuesto en los artículos 11 de la Ley 9 de 1979, 132 del Decreto 2811 de 1974 y Decreto 3930 de 2010, actualmente tienen la competencia para exigir permiso de vertimientos a los usuarios y/o suscriptores que estén conectados a un sistema de alcantarillado público, hasta tanto el Consejo de

Estado emita un pronunciamiento de fondo sobre este asunto [...].

Con esta postura el Ministerio de Ambiente adicionó el contenido del cuerpo del artículo 41 del decreto 3930/2010 incluyendo que se exige permiso de vertimientos cuando la descarga se realice al alcantarillado. Situación que además de no tener sustento en el ordenamiento, tampoco tiene una intención de dotar de mayor protección al ambiente, pues es claro que los usuarios industriales que hagan vertimientos de aguas residuales no domésticas están en la obligación de presentar la caracterización a las empresas prestadoras del servicio público, cumpliendo además la norma de vertimiento existente. De hecho, el artículo 2.2.3.2.21.4 fija que “en todo sistema de alcantarillado se deberán someter los residuos líquidos a un tratamiento que garantice la conservación de las características de la corriente receptora”, situación que le corresponde al prestador del servicio y no al generador del vertimiento.

De esta manera, es dable afirmar que esta posición es discutible, ya que el alcantarillado como receptor de vertimientos no aparece fijado en la norma y por ende no requiere permiso. Ahora, en caso de ser jurídicamente vinculante la opinión del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, tendríamos entonces que todos los suscriptores del servicio público domiciliario de alcantarillado necesitan permiso de vertimientos, es decir, todas las unidades habitacionales (casas, edificios, apartamentos, oficinas, industrias, colegios, entre otros) requieren de esta autorización administrativa. Más aún, toda unidad habitacional, de servicios, oficial o dotacional debería ser considerada “establecimiento industrial”.

Posteriormente, el Gobierno nacional expidió el decreto 1076/2015 en el que se compilaron y derogaron⁹ todos los decretos reglamentarios del

⁸ Se cita a manera de ejemplo que determinar que la autorización para instalar establecimientos industriales es el permiso de vertimientos y que por esto es exigible este último; implicaría cosas como que, una vivienda conectada a la red de alcantarillado es un establecimiento industrial y por ello requiere permiso de vertimiento. En otras palabras, lo que se desea mostrar es que la imprecisión en la utilización de escuelas o sistemas estrictos de interpretación jurídica, tendría como consecuencia errores de lógica y deontológicos.

⁹ Asegura el artículo 3.1.1. del decreto único que quedan excluidas de esa derogatoria las normas de naturaleza reglamentaria de este sector administrativo que, a la fecha de expedición del presente decreto, estén suspendidas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las cuales se compilarán en este decreto, en caso de recuperar su eficacia jurídica.

sector ambiente y desarrollo sostenible, en donde su artículo 2.2.3.3.5.1. reprodujo el artículo 41 del decreto 3930/2010 pero excluyó su parágrafo 1, en virtud de la suspensión provisional que efectuó el Consejo de Estado.

Con ello entonces, el ordenamiento jurídico actual cuenta únicamente con el cuerpo del artículo 41, hoy el 2.2.3.3.5.1, allí se establece que deberá tramitar y obtener permiso de vertimientos cualquier persona que realice la descarga de residuos principalmente líquidos al suelo, la mar o las aguas superficiales; resaltando nuevamente que en dicha norma no se encuentra el alcantarillado.

Teniendo en cuenta que solicitarle permiso de vertimientos a todos los suscriptores del servicio público de alcantarillado (domésticos, industriales y otros) desborda la capacidad de las autoridades ambientales y pareciera innecesario, pues el prestador es quien debe obtener dicha autorización administrativa, la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible mediante nuevo concepto, 8140-E2-23685 del 30 de julio 2015, luego de haber adicionado vía concepto el artículo 2.2.3.3.5.1. del decreto 1076/2015, lo excepciona parcialmente al establecer que únicamente requieren permiso de vertimientos al alcantarillado los suscriptores no domésticos, es decir los comerciales, industriales, oficiales y especiales.

Reza el concepto “a la autoridad ambiental le compete exigir el permiso de vertimientos a quienes vierten aguas residuales no domésticas a la red de alcantarillado e igualmente el cumplimiento de los parámetros y límites máximos permisibles [...]”¹⁰. Siendo pues esta la realidad actual del Sistema Nacional Ambiental.

A pesar de lo mencionado en el concepto fijado, el artículo 8 de la resolución 0631/2015 deter-

mina los parámetros fisicoquímicos y sus valores límites máximos permisibles en los vertimientos puntuales de aguas residuales domésticas de las actividades industriales, comerciales o de servicios, lo cual incluiría el cumplimiento de los parámetros y límites máximos permisibles a los generadores de aguas residuales domésticas. De lo dicho tenemos:

- Que el ordenamiento jurídico actualmente posee una norma (artículo 2.2.3.3.5.1. del decreto 1076/2015) en donde no se exige permiso de vertimientos a quien realice la descarga final de residuos líquidos a un alcantarillado.
- Que vía concepto, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible adicionó esta norma, indicando que sí debe tener permiso de vertimientos quien realice la descarga al alcantarillado.
- Que vía concepto, la Oficina Jurídica del Ministerio aclaró luego que esta obligación únicamente procede para suscriptores que realicen vertimientos no domésticos.
- Que en todo caso, el cumplimiento de los parámetros y límites máximos permisibles le corresponde tanto a los suscriptores, como al prestador del servicio, generando en consecuencia el doble cumplimiento de un requisito normativo.

Con lo dicho, más que una reflexión crítica sobre el tema, se desea llamar la atención sobre la necesidad de regular coherentemente lo relacionado con los vertimientos, ya que en el caso presentado evidenciamos entre otros: (i) un mal diseño de la norma inicial, (ii) una inadecuada interpretación judicial sobre la norma, (iii) una adición parcial vía concepto de la norma (lo que desborda las competencias de la Oficina Jurídica del Ministerio) y (iv) un desorden institucional dado el diverso comportamiento de las autoridades ambientales, que sin duda termina poniendo en riesgo la seguridad jurídica de los administrados.

¹⁰ Se debe aclarar que si bien el decreto 3930/2010 hoy compilado en el decreto 1076/2015 no exigió el permiso de vertimientos a los suscriptores del servicio, sí obligó a que quienes hagan vertimientos no domésticos, como los industriales, cumplieran con la norma de parámetros máximos permisibles.

No obstante, las complicaciones creadas a los sectores derivados del tema de vertimientos van más allá de la mera necesidad de contar o no con un permiso¹¹. Por esto a continuación se expondrá cómo la historia de las normas que regulan el tema han tenido indeseables consecuencias.

B. El régimen de transición en la normatividad de vertimientos

El manejo de los vertimientos en el ámbito ambiental ha tenido una importante evolución en la legislación colombiana. Desde la expedición del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, se determinó en el capítulo sobre usos urbanos, habitacionales e industriales que se debían evitar aquellos vertimientos no controlables que causen molestias o daños a los núcleos humanos, a los suelos, a las aguas, a la fauna, al aire o a la flora del área.

Sin embargo fue hasta 1984 que el Gobierno emitiría verdaderas normas sobre la materia, con la expedición del decreto 1594. Este decreto en su momento estableció entre otros:

- Prohibiciones absolutas de verter, como en las cabeceras de las fuentes de agua.
- La clasificación de los vertimientos entre puntuales y no puntuales.
- La clasificación de los usuarios entre existentes y nuevos¹².
- Tuvo en su momento una norma de calidad de parámetros máximos de vertimientos.

¹¹ A parte del tema que se tratará enseguida, piénsese que en la actualidad también se solicita permiso de vertimientos al alcantarillado a quienes “tengan infraestructura instalada” para efectuar el vertimiento, aunque no lo estén realizando. Es decir, el tema posee muchos inconvenientes y problemáticas dada la regulación deficiente.

¹² Esto es, antes de junio de 1984 –existentes– y aquellos que viertan en vigor de la nueva norma –nuevos–.

Rodríguez *et al.* (2011) explican en su libro *La protección jurídica del agua en Colombia* que este decreto pedía que el porcentaje de remoción del material contaminante fuese de un ochenta por ciento¹³, lo cual privilegiaba unas actividades sobre otras. Dicen estos autores que al comparar el veinte por ciento de la actividad doméstica con el de un relleno sanitario; por dar una estadística sin fundamento pero sumamente ilustrativa, unos mil usuarios de actividad doméstica sin tratamiento equivalen al veinte por ciento de la actividad del relleno¹⁴. Después se expidió el decreto 3930/2010 en donde se contemplaron reglas como:

- La consagración expresa del principio de rigor subsidiario¹⁵.
- La consideración que los usuarios antiguos que amplíen su producción serán reconocidos como usuarios nuevos.
- Que “el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial dentro de los dieciocho (18) meses contados a partir de la publicación del presente decreto, definirá los criterios de calidad para el uso de las aguas superficiales, subterráneas y marinas [...]”, con ello indicando que una vez se expidiera esta nueva norma de calidad, quedarían derogadas las reglas del decreto 1594/1984.
- Requisitos y trámites novedosos para la obtención del permiso.

¹³ Y otros ya descritos en porcentaje.

¹⁴ Continúan igualmente explicando que “el tope máximo legal es subjetivo y no controla satisfactoriamente a los beneficiarios de este permiso. En suma, vemos que el principio de igualdad puede llegar a verse violentado a partir de dos criterios, por el favorecimiento que la legislación hace a los usuarios existentes y por qué el porcentaje de remoción no tiene en cuenta la actividad que se desarrolla como criterio o variable especial para la imposición de la norma [...]” (Rodríguez *et al.*, 2011, p. 192).

¹⁵ Según el artículo 21 del Decreto 3930 de 2010: “Rigor subsidiario para definir los criterios de calidad del recurso hídrico. La autoridad ambiental competente, con fundamento en el artículo 63 de la Ley 99 de 1993, podrá hacer más estrictos los criterios de calidad de agua para los distintos usos previa la realización del estudio técnico que lo justifique”.

- La introducción al ordenamiento de dos “programas”, que buscaron que los usuarios se adaptaran a las nuevas reglas, a saber:
 - Plan de Reconversión a Tecnologías Limpias en Gestión de Vertimientos, para aquellos que a la entrada del decreto 3930/2010 tuviesen permiso de vertimientos¹⁶.
 - Plan de cumplimiento, para aquellos usuarios que a la entrada en vigencia del decreto 3930/2010 no tuviesen permiso de vertimientos¹⁷.
- Los parámetros que se registran en la resolución 631/2015 son sustancialmente diferentes a aquellos que aparecen en el decreto 1594/1984, y tienen una clara división dependiendo de cada sector industrial, situación que no se presentaba en el decreto de 1984.
- La resolución 0631/2015 no instituyó normas de calidad o parámetros máximos para los vertimientos que se lleven a cabo en aguas de la mar, lo cual genera que aún continúe vigente la disposición contenida en el decreto 1594/1984. Similar circunstancia ocurre con los parámetros sobre vertimientos a suelo, pues al no haber sido expedida por el Ministerio, cada autoridad ambiental posee absoluta discrecionalidad para su establecimiento, encontrando algunos casos en los que la autoridad ambiental simplemente no adelanta procedimientos que permiten o no el vertimiento al suelo.

Empero, el Ministerio de Ambiente no expidió las nuevas normas o parámetros de calidad para vertimientos en el año 2012 como lo ordenaba el decreto 3930/2010, demorándose hasta el 2015 en donde conocimos la resolución 631, que trajo diversas situaciones que vale la pena destacar:

¹⁶ Es una posibilidad que tenían las empresas para establecer mecanismos que propendieran por la reconversión tecnológica de los procesos productivos, y con ellos se lograra el mejoramiento y consecuente cumplimiento de los parámetros máximos límites permisibles. Los objetivos de este plan se basaban en la reducción y minimización de la carga contaminante por unidad de producción o la reutilización y el reciclaje de los subproductos o materias primas por unidad de producción, o incorporar a los procesos de producción materiales reciclados, asociados con la generación de vertimientos.

De conformidad con el artículo 61 del mencionado decreto (artículo 2.2.3.3.6.1 del decreto 1076/2015), el plan podría ser presentado dentro del primer año previsto en el artículo 77, es decir, en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 1 de enero de 2017.

¹⁷ El artículo 52 del decreto 3930/2010 (modificado por el artículo 4 del decreto 4728/2010) hoy compilado en el artículo 2.2.3.3.5.12 del decreto 1076/2015 declara que la autoridad ambiental requerirá al administrado para que presente un plan de cumplimiento cuando se concluya la no viabilidad de otorgar el permiso de vertimiento al cuerpo de agua o al suelo conforme a la evaluación técnica y documental realizada por la autoridad.

Es claro que, del contenido del artículo, se entiende que los planes de cumplimiento son exigibles únicamente a quienes se les ha negado el permiso de vertimientos, y no a aquellos que hayan incumplido con la normatividad vigente.

- Los diversos planes que el decreto 3930/2010 diseñó para “permitir” que los sectores industriales se adaptaran a las nuevas reglas, es decir, los planes de cumplimiento y los planes de reconversión a tecnologías limpias, buscaban fundar mecanismos para que las empresas pudieran adoptar el cumplimiento de los valores referidos. Sin embargo, el hecho de que la norma de vertimientos haya sido expedida en una fecha y entrado en vigor en otra, hizo que muchas empresas no pudieran acceder a tal beneficio, o que las autoridades ambientales presentaran confusiones relacionadas con las fechas posibles de recepción de los mismos.
- El régimen de transición establecido para el cumplimiento de la resolución 0631/2015 se supeditó a la existencia de un permiso de vertimientos, permiso sin el que los usuarios debían cumplir de manera inmediata la norma fijada a partir de su fecha de entrada en vigencia (1 de enero de 2016), sin importar la discusión sostenida en el primer aparte de este artículo.

Sobre la fecha de aplicabilidad del régimen de transición¹⁸ y su importancia para los administrados se hará alusión a continuación, fijando de manera expresa la opinión de los autores sobre el particular.

En primer lugar, se debe recordar que uno de los elementos más relevantes al momento de definir la aplicabilidad de una norma, es la evaluación de la fecha de su publicación en el *Diario Oficial*¹⁹, como claramente lo revela la normatividad y la jurisprudencia referente. A modo de ejemplo la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-957/1999 (M. P.: Álvaro Tafur Galvis) consignó que es a partir de la fecha de publicación en el *Diario Oficial* que la norma comienza a producir efectos jurídicos.

Igualmente ocurre tratándose de actos administrativos de carácter general (entiéndanse decretos y resoluciones dirigidos a una comunidad indeterminada), en donde se insiste en que los mismos existen y son válidos desde el momento de su expedición, pero no producen efectos jurídicos hasta que el acto administrativo haya sido publicado en el *Diario Oficial*, pues esta publicación le otorga la oponibilidad frente a terceros y define su vigencia.

Un segundo escenario que puede darse y que es muy usual, es en el que el administrador determina que la norma entrará en vigencia en una fecha posterior a su publicación en el *Diario Oficial*, esto es, que a pesar de que la norma

exista y sea oponible, únicamente producirá sus efectos al momento de entrar en vigor en la fecha previamente seleccionada.

Al respecto, la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia C-957/1999 falló que por regla general la ley comienza a regir a partir de su promulgación, salvo que el legislador mediante precepto expreso convenga una fecha diferente a aquella, pues los efectos jurídicos de las leyes que se producen dan lugar a su oponibilidad y obligatoriedad a partir de la promulgación en el *Diario Oficial*, sin que por ello se afecte la validez ni la existencia de los mismos.

Por su parte, la misma Corte Constitucional en la sentencia C-932/2006 (M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto) estipuló con referencia a la vigencia de la ley, que es aquella figura que le concede la eficacia jurídica (entendida como obligatoriedad y oponibilidad), ya que desde una perspectiva cronológica o temporal, a partir de su entrada en vigor se produce la generación de efectos jurídicos obligatorios por parte de la norma. De esta forma, si la ley fija una fecha de inicio diferente a su publicación, no será la fecha de publicación la que determine su puesta en práctica.

Así, se logra concluir que la Corte resalta en estos casos, que si el legislador o el administrador decide postergar la entrada en vigencia de la norma, posterga igualmente los efectos jurídicos predicables de la misma, lo cual además de ser un criterio jurídico válido, parece ser un criterio lógico, puesto que mal haría en definir efectos de una norma a sabiendas que la misma no ha entrado en vigor.

Respecto al tema del régimen de transición establecido en la norma de vertimiento, se debe considerar a partir de qué momento conviene contar los términos fijados en dicha disposición. De conformidad con lo anterior, en este acápite se desarrollará la normatividad aplicable para tal efecto, y se determinarán los criterios de interpretación asumidos sobre la base de dicho régimen.

¹⁸ “[...] la Real Academia de la Lengua Española (2016) expresa que por régimen debe entenderse el conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad y por transición ‘la acción y efecto de pasar de un modo de ser o estar a otro distinto’; por lo cual podemos afirmar que un régimen de transición normativo se trata de un articulado específico que permite la adaptación en el tiempo de las condiciones de una regulación anterior a una posterior, permitiendo que mientras esto ocurre, se sostengan como válidas las primeras para quienes en dicha época hubiesen cumplido los preceptos o requisitos que la ley contenía [...]” (Gómez-Rey, Rincón y Rodríguez, 2016. P. 164).

¹⁹ El artículo 119 de la ley 489/1989 sostiene que “Únicamente con la publicación que de los actos administrativos de carácter general se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad”.

Por ello, es menester ejecutar un recuento cronológico del asunto. Lo primero que se debe advertir es que el 17 de marzo de 2015, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible expidió la resolución 0631/2015 “Por la cual se establecen los parámetros y los valores límites máximos permisibles en los vertimientos puntuales a cuerpos de aguas superficiales y a los sistemas de alcantarillado público y se dictan otras disposiciones”, que se publicó en el *Diario Oficial* 49.486 el 18 de abril de 2015. Esta resolución tuvo dos particularidades: (i) “sujetar” o suspender su vigencia hasta el 1 de enero de 2016, por cuanto así lo dispuso su artículo 21 y (ii) establecer que para su interpretación se debe aplicar el régimen de transición que se detalla en el artículo 77 del decreto 3930/2010, modificado por el artículo 7 del decreto 4728/2910, y finalmente compilado en el artículo 2.2.3.3.11.1 del decreto 1076/2015, que ordena que las normas de vertimientos que expida el Ministerio serán aplicables a los generadores de vertimientos en todo el territorio colombiano.

De esta manera se dispuso lo siguiente conforme al artículo 77 descrito:

1. Para acceder al régimen de transición se debe contar con permiso de vertimientos vigente al momento de entrada en vigor de la resolución 0631/2015.
2. La caracterización hecha en el año inmediatamente anterior a la entrada en vigencia de la resolución, es decir, la caracterización de vertimientos del año 2015, acordará los plazos del régimen de transición así:
 - i. Si al año 2015 se cumplía con los parámetros y límites permisibles establecidos en el decreto 1594/1984, se deberá dar cumplimiento a los límites de la resolución 0631/2015, dos años después de la entrada en vigencia de la misma.
 - ii. Si al año 2015 no se cumplía con los parámetros y límites permisibles establecidos en el decreto 1594/1984, se deberá dar cumplimiento a los límites de la resolución

0631/2015 dieciocho meses después de la entrada en vigor de la misma.

- ii. Los tiempos mencionados se podrán incrementar en tres años (en el caso i) o en dos años (en el caso ii) en caso de contar con un plan de reconversión a tecnologías limpias aprobado por la autoridad ambiental en los tiempos correspondientes por ley.

Dicha posición en plazos, hizo que aquellos usuarios que no contaban con permiso de vertimiento vigente, solicitaran a las autoridades ambientales la expedición del mismo, pues les permitiría acogerse al régimen de transición. Asimismo lo hicieron quienes tenían conectados sus vertimientos a las redes del alcantarillado, los cuales si bien ya venían cumpliendo con la normatividad del decreto 1594/1984, deberían ajustarse a los nuevos límites y parámetros permisibles.

La anterior situación hizo que las autoridades ambientales colapsaran en trámites, razón por la que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible expidió la resolución 2659/2015, en donde se expresaba ampliar el término de entrada en vigencia de la resolución 0631/2015 al 1 de mayo de 2016, tan solo para aquellos usuarios del servicio de alcantarillado que hubieran entregado la solicitud completa de permiso de vertimientos antes de la entrada en vigencia de la resolución 0631/2015, y la autoridad ambiental no se hubiera pronunciado al 31 de diciembre de 2015.

Debe hacerse alusión en este punto a que se presentan varias fechas que pueden generar confusión en la norma: (i) fecha de publicación de la norma de vertimientos: 18 de abril de 2015; (ii) fecha de entrada en vigencia de la norma de vertimientos: 1 de enero de 2016; y (iii) ampliación de la norma de vertimientos: 1 de mayo de 2016.

Así las cosas, si se cuenta únicamente las fechas aplicables conforme a la fecha de publicación de la resolución, tendríamos el escenario que se muestra en la tabla 1.

Tabla 1. Fechas aplicables para el régimen de transición contadas a partir del 18 de abril de 2015

Situación frente al plan de reconversión a tecnologías limpias	Estado de cumplimiento del decreto 1594/1984	Fecha de entrada en vigencia de la resolución 631/2015
Sin plan de reconversión a tecnologías limpias	Cumple con los parámetros del decreto 1594/1984	18 de abril de 2017
Con plan de reconversión a tecnologías limpias		18 de abril de 2020
Sin plan de reconversión a tecnologías limpias	Incumple con los parámetros del decreto 1594/1984	18 de octubre de 2016
Con plan de reconversión a tecnologías limpias		18 de octubre de 2018

Fuente: elaboración propia.

Ahora bien, de acuerdo con los análisis normativos y jurídicos fijados, no es posible realizar el citado conteo desde la fecha de publicación, pues en este punto ni siquiera había entrado en vigencia la resolución 0631/2015, como para que la misma ya iniciara sus efectos jurídicos. Desde un análisis fáctico, si el conteo del régimen de transición empezaba antes de la fecha de entrada en vigor de la resolución 0631/2015, este no beneficiaría a la mayoría de los administrados, pues muchos de ellos únicamente solicitaron sus permisos de vertimiento después de haber conocido dicha norma con la firme intención de poder acceder al régimen de transición. Para desglosar vale la pena hacer un análisis mucho más detallado.

En primer lugar, se debe atender a lo que enuncia el artículo 27 del Código Civil, en el cual se dispone que, si el sentido de la ley es claro, no se hace necesario desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero en aras de interpretar una expresión oscura de la ley, vale recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento²⁰.

²⁰ “[...] según este artículo hay casos fáciles que pueden resolverse mediante un proceso de deducción silogística. La premisa mayor sería la norma, la premisa menor la conducta o hecho de relevancia jurídica y la conclusión es la imposición de una consecuencia jurídica descrita en la norma, para el caso o hecho concreto. Pero al

Sin duda, y a pesar de que pareciera que nos encontramos frente a un caso “fácil”, la lectura del artículo 2.2.3.3.11.1 del decreto 1076/2015 no lo es, debido a que sus numerales 1 y 2 parten de la base de que la norma que expediría el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible entraría en vigencia en la misma fecha en que sería publicada.

Para darle sustento a la anterior afirmación, vale la pena resaltar cómo ambos numerales comienzan de la siguiente manera: “Los generadores de vertimiento que a la entrada en vigencia de las normas de vertimiento a que hace referencia el artículo 2.2.3.3.4.7 del presente decreto, tengan permiso de vertimiento vigente expedido con base en la normatividad vigente [...]”. Es decir que los mismos presuponen que el régimen de transición es aplicable en este caso, tan solo para aquellos

lado de estos casos, más comunes en el derecho penal y en el disciplinario, también hay casos que implican ejercicios más complejos de interpretación. En estos casos denominados oscuros, el intérprete tiene al menos dos posibilidades. La primera es remitirse a los principios contenidos en la misma ley, a fin de buscar en ellos ‘la intención o espíritu’ que permita entender ese sentido incierto. De esta forma el análisis se circunscribe al plano de la misma ley. La segunda posibilidad es buscar en otras fuentes, distintas a la ley, a fin de determinar el sentido de las expresiones contenidas en ellas” (Quintero, 2008, p. 78).

usuarios que antes del 1 de enero de 2016²¹ contarán con permiso de vertimiento vigente.

Por su parte, ambos numerales aseveran que los términos del régimen de transición deberán contarse a partir de la fecha de publicación de la respectiva resolución: 18 de abril de 2015.

Si se estiman los argumentos expuestos, se puede demostrar cómo la primera fecha estipulada tiene como fin verificar si el administrado cuenta con permiso de vertimiento vigente y está cumpliendo con los términos, condiciones y obligaciones que aparecen allí, razón por la que sería imposible asumir que los términos del régimen de transición se deben contar desde el 18 de abril de 2015, pues en ese momento ni siquiera se podía tener conocimiento de quiénes eran acreedores a este beneficio.

Esta posición la ratificó el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible²², que manifestó en diferentes oportunidades que los términos de dicho régimen deberán contarse a partir de la fecha de entrada en vigencia de la resolución 0631/2015.

²¹ A pesar de lo anterior, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible expidió una prolongación de los plazos establecidos por intermedio de la resolución 2659/2015, promulgada el 29 de diciembre de 2015, en la que manifestó: “Para aquellos usuarios del recurso hídrico que presentaron solicitud de permiso de vertimiento no doméstico al alcantarillado público con el lleno de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico al momento de su radicación y que al 1 de enero de 2016 el trámite del mismo no ha sido resuelto de fondo por la Autoridad Ambiental, la presente Resolución entrará en vigencia el 1 de mayo de 2016. A efectos de lo anterior, la Autoridad Ambiental Competente deberá resolver de fondo el trámite en curso, a más tardar el 30 de abril de 2016”.

²² Textualmente instituyó en concepto emitido por la Oficina Asesora Jurídica el 25 de junio de 2015 que: “La Resolución 631 de 2015 fue publicada en el Diario Oficial No. 49486 del 18 de abril de 2015. Por su parte, el artículo 21 de la aludida resolución dispone que la misma entra en vigencia a partir del 01 de enero de 2016; de tal forma, que a partir de esta última fecha, empiezan a correr todos los términos definidos en su artículo 19, en concordancia con lo establecido en los artículos 77 y 78 del Decreto 3930 de 2010 (modificados respectivamente por los artículos 7 y 8 del Decreto 4728 de 2010)”.

Ahora bien, esta discusión también adquiere relevancia significativa en el entendido que el artículo 2.2.3.3.6.4 establece la posibilidad de presentar planes de reconversión a tecnologías limpias dentro del plazo de un año siguiente a la publicación del acto administrativo.

Si se lee literalmente el artículo, se comprende que los usuarios tenían del 18 de abril de 2015 hasta el 18 de abril de 2016 para entregar planes de reconversión a tecnologías limpias, hecho que de acuerdo con lo expuesto es totalmente ilógico, pues las autoridades ambientales tenían hasta el 30 de abril de 2016 para definir la coyuntura del permiso de vertimiento a algunos usuarios, lo cual haría que se rompiera la igualdad de cargas a los administrados y que de entrada planteara que la fecha de publicación no pudiera ser aquella que se debía tener en consideración.

Así las cosas, vale la pena indicar que la interpretación de la norma de vertimientos, de conformidad con su espíritu, deriva en las tablas 2 y 3, en donde se muestra la situación de cada uno de los usuarios, según las posibles interpretaciones de dicho régimen.

Se concluye que a pesar de que la norma vigente establezca la fecha de publicación como aquella fecha en la cual se debe iniciar el conteo de los términos del régimen de transición, esta no puede ser la manera como se realice tal conteo, pues la forma correcta debe ser a partir de la entrada en vigor de las resoluciones 0631/2015 (1 de enero de 2016) y 2659/2015 (1 de mayo de 2016).

Conclusiones

Realizando la recopilación *in genere* de lo observado, tenemos dos apreciaciones especiales que presentar como conclusiones: unas generales (consecuencia derivada) y otras particulares (consecuencia precisa) de cada uno de los temas tratados.

Tabla 2. Fechas aplicables para el régimen de transición contadas a partir del 1 de enero de 2016

Situación frente al plan de reconversión a tecnologías limpias	Estado de cumplimiento del decreto 1594/1984	Fecha de entrada en vigencia de la resolución 631/2015
Sin plan de reconversión a tecnologías limpias	Cumple con los parámetros del decreto 1594/1984	1 de enero de 2018
Con plan de reconversión a tecnologías limpias		1 de enero de 2021
Sin plan de reconversión a tecnologías limpias	Incumple con los parámetros del decreto 1594/1984	1 de julio de 2017
Con plan de reconversión a tecnologías limpias		1 de julio de 2019

Fuente: elaboración propia.

Tabla 3. Fechas aplicables para el régimen de transición contadas a partir del 1 de mayo de 2016. Únicamente a usuarios que les aplique la resolución 2659/2015

Situación frente al plan de reconversión a tecnologías limpias	Estado de cumplimiento del decreto 1594/1984	Fecha de entrada en vigencia de la resolución 631/2015 conforme a la prolongación de la resolución 2659/2015
Sin plan de reconversión a tecnologías limpias	Cumple con los parámetros del decreto 1594/1984	1 de mayo de 2018
Con plan de reconversión a tecnologías limpias		1 de mayo de 2021
Sin plan de reconversión a tecnologías limpias	Incumple con los parámetros del decreto 1594/1984	1 de noviembre de 2017
Con plan de reconversión a tecnologías limpias		1 de noviembre de 2019

Fuente: elaboración propia.

Como conclusiones generales tenemos que la deficiente regulación existente en torno a la materia afecta la protección de los recursos naturales renovables.

Recordemos que la adecuada regulación de los vertimientos o desechos líquidos a nuestras fuentes es de vital importancia para el crecimiento del país, acorde con el sostenimiento de la base de nuestros recursos naturales renovables indispensables para la vida. Por esto es un tema de gran relevancia nacional, ya que la contami-

nación por vertimientos puede desembocar en la imposibilidad de utilizar nuestras aguas para ingesta, para actividades comerciales, industriales, recreación, turismo y otras.

Por esta razón, una regulación precisa, ordenada, coherente, clara y unificada se requiere para evitar los infortunados estragos que los vertimientos pueden conllevar en la salud humana, animal y en general, en todos los componentes del ambiente.

No obstante, con la temática expuesta fue posible observar que la regulación ha venido siendo expedita con infinidad de imprecisiones, entre estas:

- Normas antitécnicas al no plantear de modo preciso conceptos, contenidos, transiciones y otros.
- Adiciones y excepciones al contenido de la ley, a través de conceptos de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
- Excesivas facultades discrecionales.

Entonces, podemos encontrar que la regulación al tener tantos inconvenientes, no está coadyuvando en la protección de nuestros recursos naturales sino por el contrario, tiene como efecto la inobservancia de la ley o su aplicación selectiva.

Se debe buscar una interpretación uniforme y acorde con la normatividad de superior jerarquía vigente, pues las confusiones en torno a la reglamentación han suscitado diversas interpretaciones que en ocasiones acarrearán una incertidumbre jurídica, la cual podría terminar vulnerando el derecho al debido proceso de los administrados. Se hace imprescindible que el Sistema Nacional Ambiental de Colombia se muestre articulado frente a los administrados, pues de ello también depende la eficacia de las normas. Las autoridades ambientales deben buscar interpretaciones uniformes, que no solo respondan a las necesidades ambientales del país, sino que brinden seguridad y confianza jurídica, en un modelo normativo ambiental que cada día afronta nuevos retos frente al desarrollo sostenible de las organizaciones. No debemos olvidar lo que consigna el documento Conpes 3343:

Colombia enfrenta retos importantes en términos de degradación ambiental que comprometen su desarrollo económico sostenible. Estudios preliminares sobre los costos de degradación ambiental en Colombia, indican que los impactos más considerables están asociados con la contaminación del agua [...], las inadecuadas condiciones del

agua, el saneamiento y la higiene [...] se ha encontrado que la degradación ambiental afecta significativamente la salud de niños y adultos mayores, la población más pobre y grupos más vulnerables (Departamento Nacional de Planeación, 2005, p. 1).

Así las cosas, la dispersión normativa e interpretativa evidenciada a lo largo de todo el texto, hace pensar que es necesario replantear varios escenarios que, si bien pudieran ser complejos y riesgosos, sin duda buscarían el acatamiento de las disposiciones constitucionales sobre la protección de los recursos, y no únicamente serían el resultado de interpretaciones aisladas, sobre bases hipotéticas y no normativas.

Es clara entonces la necesidad sentida que tiene el país frente a esta regulación, lo cual nos llevaría sin duda a un escenario de protección de los derechos colectivos y de los derechos asociados a la eficacia de las normas.

Como conclusiones particulares tenemos dos: la primera en relación con la necesidad o no de contar con permiso de vertimientos y la segunda respecto a los regímenes de transición. Sobre el permiso de vertimientos tenemos hoy en día vigentes las siguientes fuentes jurídicas:

- El artículo 2.2.3.3.5.1 del decreto 1076/2015 que expresa que requieren permiso de vertimientos quienes realicen la descarga de residuos principalmente líquidos al suelo, la mar y las aguas superficiales (norma que no incluye el alcantarillado).
- Un concepto de la Oficina Asesora Jurídica (8140e227306 del 12 de septiembre de 2014) que sostiene que sí se requiere permiso cuando el vertimiento se realice al alcantarillado. Modificando así el decreto del sector ambiente.
- Un concepto de la Oficina Asesora Jurídica (8140-E2-23685 del 30 de julio de 2015) que manifiesta que no siempre se exige permiso de vertimientos cuando la descarga se haga

al sistema de alcantarillado. Únicamente se requerirá cuando esta descarga no sea doméstica. En otras palabras, los suscriptores domésticos como casas y apartamentos habitacionales no necesitan este permiso, los demás sí.

Del examen de las fuentes precitadas tenemos que se presenta como problemática que existe un cruce entre estas variables en la vida práctica, como lo pueden ser:

- Usuarios que de la lectura de la norma entienden que no requieren permiso de vertimientos y por ende no lo solicitan. En caso de estar en jurisdicción de una autoridad ambiental que entienda lo mismo, no pasará nada. Pero en caso de entender la autoridad ambiental que sí requiere el permiso, habrá acciones sancionatorias.
- Usuarios que de la lectura de los conceptos del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible coligen que deben obtener permiso de vertimientos. En caso de estar en jurisdicción de una autoridad ambiental que entienda que no lo requieren habrán realizado un desgaste en tiempo y monetario innecesario. Pero, si la autoridad ambiental conoce los conceptos del Ministerio, tramitará y otorgará el permiso.
- Usuarios o suscriptores domésticos que deduzcan que el concepto del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible sobre la obligatoriedad de obtener permiso de vertimientos les es vinculante y soliciten el permiso. En caso de estar en jurisdicción de una autoridad ambiental que comprenda que no lo requieren habrán realizado un desgaste en tiempo y monetario innecesario. Pero, si la autoridad ambiental conoce este concepto del Ministerio, tramitará y otorgará el permiso; pudiendo además exigir a todos los suscriptores domésticos del sistema el permiso ambiental. Téngase igual premisa para los usuarios industriales.

Así pues, estas opciones interpretativas hacen que tengamos vertimientos altamente contaminantes sin control, vertimientos inofensivos hipervigilados (con permiso y otras exigencias), entre muchas variables que pudiesen presentarse en una investigación más amplia.

Por esto, es una necesidad que se adopten medidas urgentes para ajustar la normativa, de tal manera que responda a criterios de unidad, coherencia y claridad.

Ahora bien, como segunda conclusión particular tenemos que las autoridades ambientales deberán considerar las fechas del 1 de enero de 2016 o 1 de mayo de 2016, las cuales darán el punto de partida para asumir el conteo de los términos fijados. En todo caso, se reitera que la fecha de publicación de la resolución 0631/2015 (estipulada en el derogado decreto 3930/2010) no puede ser tenida en cuenta por las autoridades ambientales, conforme a los análisis adelantados.

Dicha confusión es innecesaria, porque el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible debió prever la existencia de la misma y, en consecuencia, aclarar las fechas desde la expedición de la norma y no vía concepto como se ha venido haciendo, pues lo mismo pone en una situación incierta a las autoridades ambientales, quienes con base en la interpretación de la ley pueden asumir criterios diferenciales, dependiendo de su análisis particular.

Referencias

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2011). Auto del 13 de octubre. C. P.: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Radicación 11001 0324 000 2011 00245 00.
- Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca. (2006). *Guía para la formulación del plan de saneamiento y manejo de vertimientos*. Bogotá: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca.

- Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca. (2015). Concepto 0110-052149-10-2015.
- Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (2016) . Concepto No. 0110-830142016.
- Corte Constitucional de Colombia. (1999). Sentencia C-957. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional de Colombia. (2006). Sentencia C-932. M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Departamento Nacional de Planeación. (2005). *Documento Conpes 3344. Lineamientos y estrategias de desarrollo sostenible para los sectores de agua, ambiente y desarrollo territorial*. Bogotá: DNP.
- Escobar, J. (2002). *La contaminación de los ríos y sus efectos en las áreas costeras y el mar*. Santiago de Chile: Cepal, División de Recursos Naturales e Infraestructura, Serie Recursos Naturales e Infraestructura.
- Gómez-Rey, A., Rincón, C. & Rodríguez, G. (2016). Los regímenes de transición del licenciamiento ambiental en Colombia vistos desde la actividad minera. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 19(38), 161-181. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1976>
- González, J. E. (2004). *Los vertimientos en Colombia y su regulación. Derecho de aguas*. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Macías, L. F. (1998). *Introducción al derecho ambiental*. Bogotá: Legis.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2014). Concepto 8140e227306.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2015). Concepto 8140-E2- 23685.
- Morales, M. V. (1999). *Los servicios públicos domiciliarios y su contenido ambiental. Lecturas sobre derecho del medio ambiente*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Quintero, D. P. (2008). *Introducción al derecho ambiental, aspectos teórico-prácticos*. Cali: Colección Discernir, Universidad Icesi.
- Real Academia Española. (2016). Definición de “régimen” y “transición”. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=ViiZ39k>
- Rodríguez, G. A., Lozano, C. & Gómez-Rey, A. (2011). *La protección jurídica del agua en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Santander, E. (2002). *Instituciones de derecho ambiental*. Bogotá: Ecoe Ediciones.

TEORÍAS FEMINISTAS, ABOLICIONISMO Y DECOLONIALIDAD: TEORÍAS CRÍTICAS QUE CUESTIONAN LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES*

Dora Cecilia Saldarriaga Grisales**
Martha Isabel Gómez Vélez***

Fecha de recepción: 19 de mayo de 2017
Fecha de evaluación: 28 de agosto de 2017
Fecha de aprobación: 26 de octubre de 2017

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3329>

Forma de citación: Saldarriaga, D. C. & Gómez, M. I. (2018). Teorías feministas, abolicionismo y decolonialidad: teorías críticas que cuestionan la efectividad de los derechos de las mujeres. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 21, 41, 43-60. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3329>

RESUMEN

El objetivo principal del artículo es presentar en clave decolonial el proyecto universalista eurocéntrico de los derechos humanos y las maneras en que se entrecruzan las teorías críticas de abolicionismo penal y feminismo, con el fin de mostrar la base patriarcal de estos derechos. En este contexto, el escrito busca concretar la ineficacia del ordenamiento jurídico para garantizar los derechos a las mujeres, pero desde la óptica de tres teorías críticas: la decolonialidad, el feminismo y el abolicionismo. La metodología empleada parte del paradigma cualitativo para el análisis de realidades sociales, con un método hermenéutico, pero desde una visión decolonial, para intentar aplicar enfoques menos rígidos, pero sin mermar el rigor a la investigación social latinoamericana. Para ello, el documento se estructura en cuatro secciones: (i) aportes de los estudios de género; (ii) feminismo como teoría crítica; (iii) perspectiva abolicionista y (iv) decolonialidad como punto de cierre para contribuir a la despatriarcalización del derecho.

Palabras clave:

Género, feminismo, decolonialidad, abolicionismo, derechos de las mujeres, teorías críticas.

* Este artículo de reflexión es producto de la investigación “La decolonialidad: fundamento epistémico del abolicionismo penal y del feminismo como teorías críticas del derecho que permiten construir nuevas formas de comprensión de los derechos humanos”, que se ejecutó entre febrero de 2015 y mayo de 2017. Investigadora principal: Martha Isabel Gómez Vélez. Coinvestigadora: Dora Cecilia Saldarriaga Grisales. Ambas investigadoras adscritas al Grupo de Investigación Ratio Juris. Línea de investigación: globalización, derechos humanos y políticas públicas. Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana.

** Abogada, especialista en Estudios Urbanos y magíster en Derechos Humanos y Democratización. Docente investigadora y coordinadora del Observatorio de Género de la Universidad Autónoma Latinoamericana (Medellín, Colombia). Correo electrónico: doraceciliassaldarriaga@gmail.com

*** Abogada, especialista en Derecho Penal y magíster en Derecho. Docente investigadora de la Universidad Autónoma Latinoamericana (Medellín, Colombia), asesora de la Clínica Jurídica de Interés Público UNAULA y coordinadora del Semillero Interuniversitario de Abolicionismo Penal. Correo electrónico: martha.gomez@unaula.edu.co

FEMINIST THEORIES, ABOLITIONISM AND DECOLONIALITY: CRITIC THEORIES QUESTIONING THE WOMEN'S RIGHTS EFFECTIVENESS

SUMMARY

This article's main goal is to display in decolonial code the Human Rights Eurocentric Universalist Project and the way the abolitionism critic theories and feminism intertwine in order to show the patriarchal foundations of these rights. Being that said, this article tries to concretize the ineffectiveness of the legal order to protect women's rights, but towards a three critic theories perspective: decoloniaty, feminism and abolitionism. The methodology used starts from the qualitative paradigm to analyze social realities by using a hermeneutic method but since a decolonial sight in order to apply less strict focuses without diminishing Latin-American social research rigour. Therefore, this document is divided in four sections as follows: (i) genre studies inputs, (ii) feminism as critic theory, (iii) abolitionism perspective and (iv) deconoloniaty as closing point to contribute to the unpatriarchalization of the law.

Keywords:

Genre, feminism, decoloniality, abolitionism, women's rights, critic theories.

TEORIAS FEMINISTAS, ABOLICIONISMO E DECOLONIALIDADE: TEORIAS CRÍTICAS QUE QUESTIONAM A EFICÁCIA DOS DIREITOS DAS MULHERES

RESUMO

O principal objetivo do artigo é apresentar em chave descolonial o projeto universalista eurocêntrico dos direitos humanos e as maneiras pelas quais entrecruzam-se as teorias críticas do abolicionismo penal e do feminismo, a fim de mostrar a base patriarcal desses direitos. Neste contexto, este trabalho busca concretizar a ineficácia do sistema jurídico para garantir os direitos das mulheres, mas a partir da perspectiva de três teorias críticas: a descolonialidade, o feminismo e o abolicionismo. A metodologia aplicada é a partir do paradigma qualitativo para a análise de realidades sociais, com um método hermenêutico, mas a partir de uma visão descolonial, para tentar aplicar abordagens menos rígidas, mas sem comprometer o rigor à pesquisa social latino-americana. Para isso, o documento está estruturado em quatro seções: (i) contribuições dos estudos de gênero; (ii) o feminismo como uma teoria crítica; (iii) perspectiva abolicionista e (iv) descolonialidade como ponto de encerramento para contribuir com a despatriarquização do direito.

Palavras chave:

Género, feminismo, descolonialidade, abolicionismo, direitos das mulheres, teorias críticas.

Introducción

Este artículo presenta algunas conclusiones de la investigación “La decolonialidad: fundamento epistémico del abolicionismo penal y del feminismo como teorías críticas del derecho que permiten

construir nuevas formas de comprensión de los derechos humanos”, que plantea la pregunta problema ¿es posible encontrar en teorías críticas del derecho como el abolicionismo penal y el feminismo, basadas en una epistemología decolonial, nuevas formas de fundamentar y

comprender la protección efectiva de los derechos humanos de las mujeres?

Esta pregunta problematiza la definición misma de derechos humanos, ya que provienen de una propuesta eurocéntrica, concretamente de una época que pretendía cambiar el concepto de ciudadano¹, dotándole de unos derechos sin los que la persona no alcanzaría dicha calidad, pero esta visión, triunfo del humanismo, entiende desde el eurocentrismo que hay personas, entre ellas las mujeres, que no podrían entrar en ese concepto protegible por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la posterior Declaración Universal de los Derechos Humanos² de 1948.

En este contexto ubicamos al abolicionismo y al feminismo como teorías críticas del derecho que pueden llevar a plantear la cuestión de los derechos humanos, especialmente en el ámbito latinoamericano, sin exclusiones y con la posibilidad de concebir nuevas formas de comprender y, por lo tanto, de volver efectivos los derechos humanos de las mujeres.

Para generar resultados finales en la investigación, este escrito desarrolla dos de los cuatro objetivos específicos: (i) indagar los estudios decoloniales que proponen al abolicionismo penal y los feminismos como teorías de resistencia a la colonialidad, entendiéndolos como formas de liberación epistémica, política y social que posibilitan otras maneras de existencia; y (ii) identificar la interrelación entre abolicionismo penal y teorías feministas, develando cómo estas dos posiciones muestran la inferiorización en algunos casos, y en otros más extremos, degradan a la condición de no-humana a pesar del carácter universal de la aplicación de los derechos humanos que pretende proteger y humanizar a todos por igual.

¹ Literalmente hablando del ciudadano masculino y no de la ciudadanía en general.

² Cabe anotar que la propuesta inicial era la denominación de Declaración Universal de los Derechos del Hombre, pero gracias a la influencia de Eleanor Roosevelt, adoptó la definición que hoy se conoce.

Se emplea la siguiente ruta metodológica: (i) responde al paradigma cualitativo en tanto se busca comprender la realidad social a partir de la configuración de procesos históricos (Galeano, 2004); desde esta perspectiva es necesario tener presente el nexo entre pensamiento y realidad; (ii) el enfoque metodológico utilizado es el histórico-hermenéutico, que permite reconocer la diversidad, comprender la realidad y construir sentido desde la comprensión histórica del mundo simbólico (Cifuentes, 2011); (iii) con respecto al método, se parte de la teoría fundada: se hará una base teórica que dará parámetros para comprender los feminismos y el abolicionismo como teorías críticas del derecho y se planteará cómo estas teorías pueden ser sustento para la intelección y apropiación de los derechos humanos; (iv) las perspectivas epistémicas que cimientan el análisis de esta investigación son: las teorías decoloniales, las teorías feministas y el abolicionismo; y (v) el instrumento de recolección de la información es básicamente la ficha bibliográfica y normativa.

Entendiendo estas tres posturas como teorías críticas del derecho, en la medida que de ellas se pueden sustraer elementos epistémicos que sirven de fundamento para cuestionar el discurso jurídico, que impone en la teoría y en la práctica, las características de objetividad, imparcialidad y abstracción como factores fundacionales del sistema normativo y como legitimidad de la pretensión de dar un tratamiento igual a todas las personas sobre las que interviene tal sistema. En la raíz de esa realidad, se esconden decisiones hegemónicas de poder que han sido invisibilizadas. La emergencia de estas posturas, gracias a las luchas sociales y a los aportes de las personas que se adscriben a estas teorías críticas, facilita comprender las asimetrías en la aplicación y eficacia normativa.

Las teorías feministas han evidenciado el origen patriarcal de la gran mayoría de las normas jurídicas y han logrado transformar estas formalmente, pero aún perviven imaginarios estereotipados, sexistas y de discriminación en su aplicación que afecta la garantía de los derechos de las mujeres.

El abolicionismo cuestiona una lógica o cultura del castigo que está inmersa en la sociedad, en especial en aquella que se soporta en posturas económicas del capitalismo, que se reflejan más claramente en el sistema penal, pero dicha cultura está en la base misma de la sociedad, lo que supone que ella segrega y margina a algunas personas en particular, en este caso concreto, se puede ver cómo esta lógica del castigo ubica a las mujeres en una posición de inferioridad.

Las teorías decoloniales cuestionan los patrones eurocéntricos hegemónicos que se instalaron de manera incuestionable desde la colonización que justificaron por muchos siglos y justifican, un trato diferencial discriminatorio para las personas que no encajan en su clasificación moderna: hombre, blanco, letrado, heterosexual y con poder adquisitivo.

Como resultado del diálogo propuesto desde esta investigación, se intentará dar cuenta: (i) de una revisión teórica de la categoría género; aquí prevalecen los referentes históricos que ayudan a ubicar la categoría en un determinado tiempo, modo y lugar, y su evolución; (ii) del papel de los feminismos como una teoría crítica del derecho; (iii) un breve análisis del abolicionismo como teoría crítica del derecho penal para mostrar que, a pesar de las obvias diferencias con las teorías feministas, busca poner de manifiesto situaciones muy similares; (iv) una mirada a las teorías decoloniales como recurso alternativo para cuestionar las causas de la no efectividad de algunos derechos; y (v) para poder concluir que entre estas tres posturas hay mucho que decir frente a la ineficacia de los derechos de las mujeres.

A. La categoría género: su componente transformador hay que buscarlo en las teorías feministas

El género como categoría tiene diversos enfoques que amplían los referentes teóricos para el análisis normativo. Aunque es una palabra polisémica,

su inclusión en las teorías críticas obedece a la resignificación dada por algunas teorías feministas, cuyo objetivo político fue diferenciar el determinismo biológico sexual³ de la construcción sociocultural que se hacía en torno al cuerpo de hombres y mujeres en una sociedad específica. El vocablo *gender* en inglés, *genre* en francés y género en castellano (deriva del griego *genos*, latín *genus*, *gignere*: engendrar) no era un término nuevo, pero en los años setenta el pensamiento feminista anglosajón lo incorpora al lenguaje “a falta de disponer del instrumento adecuado para expresar el pensamiento sobre los sexos, el pensamiento del dos en uno” (Fraisse, 2003, p. 41). Aparece con la intención de nombrar aquello que era difícil describir a partir del sexo. Su surgimiento a finales del siglo XX se da con el fin de “utilizarse para mostrar cómo, a partir de la circunstancia biológica del sexo, se atribuyen al ser humano desde su nacimiento una serie de características que implican también un reparto del poder social” (Barranco, 2010, p. 73).

Una de las particularidades principales de la categoría género es su relación directa con la distribución de poder. Desde este sistema se ha justificado la clasificación y jerarquización de roles y actividades, posteriormente llamadas sexistas. Esa distribución inequitativa del poder inicia en los microespacios⁴ y se extrapola a todas las instituciones de la sociedad, que además cumplen con la función de transmitir y naturalizar roles y estereotipos patriarcales.

Esta invención no era más que el rechazo a las epistemologías dominantes que aducían un rol inferior de la mujer por su condición biológica. De allí que el concepto género tenga una carga política que visibiliza las relaciones de poder entre los sexos como construcción cultural. El cimiento político de la categoría se emplea como una forma de no naturalizar las estrategias que se desarrollan para perpetuar las normatividades masculinas y femeninas. Al respecto, Esquembre

³ Fenómeno que no se afecta por ninguna condición cultural, determina en las mujeres ciertos roles sociales por su condición de mujeres.

⁴ Espacios privados a pequeña escala.

(2010) dice que una de estas estrategias es usar el término género de manera neutral para hablar indistintamente de un sexo u otro, esta circunstancia vacía el significado político de la categoría género y reduce su potencial transformador, oculta además el contexto sobre el cual se hace el análisis de dominación: “También el uso indiscriminado del término ‘género’ como sinónimo de ‘mujeres’ tiene ese efecto despolitizador del feminismo, pues lo vacía de su contenido crítico más profundo” (Esquembre, 2010, p. 139)⁵.

Esta categoría comenzó a utilizarse en múltiples campos del saber, con el objetivo de evidenciar cómo las diferencias corporales entre mujeres y hombres, contribuían en la construcción de paradigmas explicativos de asimetría en la distribución del poder y por ende, del capital. También permitiría liberar a los sujetos de las normatividades impuestas por la sociedad (roles, sexualidad, estereotipos). De Beauvoir⁶ (2013) señaló “no se nace mujer, se llega a serlo” (p. 207), significando que es la sociedad quien construye aquello que se concibe como mujer u hombre y forma las identidades en correspondencia con lo que la sociedad espera de cada sexo. Esta construcción cultural es impuesta a la condición sexuada.

La diferenciación entre sexo y género empezaría a generar problemas de separación por la fundamentación teórica de cada uno. Años después Gayle Rubin (citada en Tubert, 2003) definió el sistema sexo-género, como: “Aquel conjunto de convenciones en las que se apoya la sociedad para transformar la sexualidad biológica en productos de la actividad humana y dentro de las cuales se satisfacen esas necesidades sexuales transformadas” (p. 49). Para la autora, ambos conceptos, aunque tuviesen sus disparidades, no podrían entenderse por separado. Es necesaria su interdependencia como integrantes inescindibles de un sistema del que no pueden desagregarse

porque se complementan. Algunas teóricas argumentarían luego que el sexo también obedece a una construcción cultural.

La evolución de la categoría género no propone una teoría terminada o completa. Pensar en que desde allí se pueden dar todas las explicaciones sobre las mujeres o los hombres, sería caer en el predeterminismo biológico. Para hacer entonces un análisis efectivo, Scott (1990) sugiere reconocer que hombres y mujeres “son al mismo tiempo categorías vacías y rebosantes. Vacías porque carecen de un significado último, trascendente. Rebosantes, porque aun cuando parecen estables, contienen en su seno definiciones alternativas, negadas o eliminadas” (p. 55).

Esta categoría además de no estar agotada, es útil para develar en los variados sistemas e instituciones sociales las formas inequitativas en que se establecen las relaciones de poder y las maneras de naturalizar y justificar culturalmente la discriminación. Esquembre (2010) al reflexionar sobre la reproducción del orden social patriarcal afirma que este se erige gracias a las dos normatividades generalizadas: la masculina y la femenina, que a través de la fundamentación de diversas instituciones sociales y culturales, se legitiman y terminan naturalizando. De allí que:

Las principales estructuras de las sociedades patriarcales (entre las que se encuentra la distinción entre lo público y lo privado) se asientan en esas normatividades. Por esta razón, la pervivencia de las estructuras patriarcales requiere que los géneros no se desactiven como estructuras de dominación y subordinación y utilizan, en consecuencia, vastos sistemas de legitimación (Esquembre, 2010, p. 139).

Una de las formas más efectivas de justificar y legitimar este poder es el derecho. Las normas son el resultado de los poderes sociales hegemónicos de la estructura social. Collado (2006) plantea que las normas jurídicas se distinguen de los demás sistemas que legitiman el patriarcado en que “otorgan a ciertos individuos o grupos

⁵ Véase para más precisión y profundidad el texto de Cobo (2008).

⁶ Simone de Beauvoir (1908-1986) fue una importante escritora francesa para el feminismo, sobre todo con su texto *El segundo sexo*.

la capacidad de afectar a los intereses de otros individuos y grupos. Por tanto, son configuradoras de relaciones de poder y de estructuras de poder” (p. 20). El derecho ha sido un sistema androcéntrico que ha servido para implantar condiciones que legalizan la desigualdad de las mujeres, bien porque limitan sus beneficios o porque penalizan sus conductas para mantener el orden establecido a favor de lo masculino y lo público.

B. Feminismos como teorías críticas del derecho

El origen de las teorías críticas del derecho se remonta en los años setenta a dos corrientes: *critique du droit* en Francia y *critical legal studies* en Estados Unidos. Teorías que buscaban probar el valor político de las verdades jurídicas consolidadas en la práctica jurídica. Según Bonetto y Piñero (1994) *La critique du droit abrió los caminos para el surgimiento de las teorías críticas*, ésta estuvo conformada por un grupo de juristas que se proponían una empresa teórica y pedagógica con destino a desmontar los supuestos políticos y epistemológicos de las teorías tradicionales.

Aunque estas corrientes cuestionaban el pensamiento iuspositivista de la época y facilitaron la consolidación de otras alternativas para la enseñanza, aprendizaje y práctica del derecho, no impulsaron críticas sobre el sistema patriarcal y androcéntrico del derecho. Los avances de estas lograron la realización de investigaciones jurídicas que desmitificaban la legalidad dogmática tradicional y a la vez introducían análisis sociopolíticos del fenómeno jurídico, aproximando más directamente el derecho al Estado, al poder, a las ideologías, a las prácticas sociales y a la crítica interdisciplinaria (Wolkmer, 2003). Esto sirvió de enfoque a algunas prácticas feministas.

El análisis del derecho vigente en términos de desmitificación de las relaciones de poder contenidas en él ha acercado la teoría jurídica feminista al enfoque de los *critical legal studies*, corriente en la que se reconocen de hecho varias juristas norteamericanas (Facchi, 2005, p. 43).

Para Facio (1999) una teoría crítica del derecho pretende un cambio radical de perspectiva respecto de las teorías tradicionales en la observación del fenómeno jurídico. Debe vincular el derecho con los procesos histórico-sociales en permanente transformación. Debe no solo describir al objeto del derecho, sino que, al hacerlo, lo debe afectar. En conclusión, las teorías críticas del derecho pretenden suscitar transformaciones en las teorías tradicionales con las que regularmente se fundamentan los fenómenos jurídicos. Deben trascender las apuestas teóricas y proponer formas de hacerlo y de cómo afectar el derecho. Una de estas teorías críticas son los feminismos, que a través de la categoría género cuestionan los postulados de objetividad, imparcialidad y verdad de las normas jurídicas.

El sistema sexo-género es la base epistémica de las teorías feministas. Entendiendo los feminismos como todo el conjunto de teorías, políticas y prácticas que desarrolla el movimiento feminista para cuestionar las relaciones asimétricas de poder que se dan en todos los ámbitos sociales, en busca de un fin transformador. El objetivo último sería construir una sociedad con formas de organización genérica no opresivas y en movimiento (Lagarde, 1997).

Las teorías feministas han producido un cuerpo discursivo que sirve para fundamentar los debates académicos y políticos de la desigualdad de las mujeres. Esta base epistémica aumenta los referentes de comprensión, que aportan a la desnaturalización de campos de estudio que no se nombraban ni se investigaban. La epistemología feminista estudia la manera como el sistema sexo-género influye en las concepciones del pensamiento, del conocimiento, en los métodos de investigación y justificación (Nicolás, 2009).

Los feminismos también crearon su propio discurso, resignificaron palabras –como la categoría género– e incluyeron otras con gran contenido político para visibilizar problemáticas, como es caso del feminicidio. Las teorías feministas tienen claro que el lenguaje cumple varias funciones en una cultura. Además de comunicar, construye

el pensamiento, establece signos y símbolos que facultan a cada sociedad para expresar sus conocimientos, pensamientos y realidades. No es solo un instrumento de comunicación, es un elemento epistémico que comprende valores, prejuicios, modos de vida y costumbres de una sociedad. Ningún lenguaje es coincidencia, por eso cada palabra lleva plegada una carga simbólica que determina objetos y sujetos.

De ahí que las feministas planteen su lucha en contra del lenguaje sexista e insistan en que “lo que no se nombra, no existe”. Ya indicó Frantz Fanon en su texto *Piel negra, máscaras blancas* escrito en 1952, que una de las formas de acabar con el racismo antinegro, era la destrucción de varias ideas arraigadas en el lenguaje, porque este tiene una fuerza transformadora de crear la realidad.

Transformar el lenguaje es, por lo tanto, el proyecto divino de transformar la realidad. El lenguaje, sin embargo, se halla encarnado. Carne y lenguaje son, en otras palabras, simbióticos. Fanon se refiere aquí al punto de vista fenomenológico del cuerpo y la carne; ambos se refieren, asimismo, a la conciencia. La conciencia es siempre conciencia encarnada en las cosas, incluyendo la conciencia intersubjetiva o del mundo social. El hecho de que el lenguaje le confiera significado a aquellos en los que se encarna significa, por lo tanto, que la transformación del lenguaje supondrá la transformación de los usuarios del mismo (Gordon, 2009, pp. 222-223).

Por eso una de las apuestas de la teoría feminista es deconstruir el lenguaje sexista, para deconstruir las realidades que discriminan, nombrar palabras que tengan significado por fuera de la explicación patriarcal y lo más importante, para construir una realidad de la que formen parte las personas históricamente discriminadas, eliminadas de los libros de historia y excluidas de los textos con los que se transmite el conocimiento y pensamiento de cada época.

El elemento político de los feminismos hace referencia a la incidencia en los espacios de poder con

el fin de que se tomen decisiones que ayuden a conseguir la igualdad material de las mujeres. Es una práctica, porque intenta consolidar una ética que permee la cotidianidad y transforme todos los sistemas sociales. Este último componente es indispensable para hacer la diferenciación entre género y feminismos. Estos dan carácter político al sistema sexo-género y desde esta perspectiva es posible influir para su transformación.

Ahora bien, la categoría género es ampliamente abordada y estudiada, pero no por ello su objetivo es la modificación de la cotidianidad. Esta posición no es ni buena ni mala, su uso por ejemplo, puede dirigirse a la realización de una investigación académica muy profunda sobre la categoría género, pero no precisamente busque transformar las relaciones cotidianas.

Los feminismos como teorías críticas del derecho cuestionan los elementos centrales del discurso jurídico: igualdad, libertad, derechos, ciudadanía y justicia. Plantean discusiones en torno a la objetividad e imparcialidad tanto en la generación como en la aplicación del derecho. A partir de sus cuestionamientos consiguieron la modificación y derogación de normas⁷ que antes

⁷ Algunos ejemplos de estas normas son: ley 8/1922: permitió a las mujeres ser testigos en procesos judiciales; ley 67/1930: la mujer divorciada recobra su capacidad civil. Ley 28/1932: consintió el manejo de sus propiedades y la capacidad jurídica a las mujeres casadas, y reformó los derechos civiles de la mujer, por ejemplo el derecho al libre desarrollo de la personalidad y a administrar sus bienes. El decreto 1972/1932 admitió el ingreso de las mujeres a las universidades y la práctica de gimnasia y deporte en liceos. La ley 45/1936 concedió en iguales condiciones tanto a padres como a madres, la patria potestad sobre los hijos, aunque señalando al padre como principal y como subsidiaria la madre, cuando faltare el padre, pero no solo por muerte sino por cualquier otra razón. El acto legislativo 3/1954 otorgó a la ciudadana colombiana el derecho activo y pasivo del sufragio, aquí la mujer ya era reconocida como ciudadana y podía ejercer plenamente su derecho al voto. La ley 75/1968 le entregó a las mujeres el derecho de ejercer la patria potestad sobre sus hijos, antes reservada solo al padre. En esa misma ley, se les permitió ser tutoras y curadoras. En el decreto 2820/1974: reforma al Código Civil, desaparece la potestad marital. La ley 1/1976 admitió el divorcio en el matrimonio civil, reguló las separaciones de cuerpos y de bienes en matrimonio civil y eclesiástico

parecían lógicas y se justificaban porque se veía natural la diferencia cultural creada para hombres y mujeres. Pero no solo son la búsqueda formal de cambios normativos, son la deconstrucción cultural de los fundamentos de la desigualdad que no siempre son explícitos en una sociedad.

Para Virginia Woolf (citada en Bodelon, 2009) la verdadera igualdad que se necesita es la igualdad material y la lucha de las mujeres va más allá de la reivindicación de la igualdad de derechos, porque si estos no se acompañan de un cambio de valores sociales se seguirán perpetuando los mecanismos de dominación social.

Es indispensable repensar el derecho a partir de otras teorías. Pero también es importante reconocer que el derecho tiene una alta fundamentación patriarcal, es legitimador de desigualdades y es sexista aunque mude formalmente sus disposiciones. No se pretende solo cambiar la norma o legislar para las mujeres, sino poner fin a los modelos que han excluido a las mujeres. La resignificación y construcción de un derecho no androcéntrico implican un nuevo modelo de ciudadanía para todas las personas. No es una justicia para las mujeres, sino un nuevo modelo de justicia, de reconfiguración de las relaciones de justicia social. Es modificar un sistema social, no solo el lenguaje jurídico (Bodelon, 2009).

y dio igualdad jurídica entre varones y mujeres frente a los derechos civiles y familiares. La ley 2/1976, al regular el divorcio para el matrimonio civil, estableció que las relaciones sexuales extramatrimoniales de cualquiera de los cónyuges serían causales de divorcio, pues antes de esa ley era distinto, como quiera que para el hombre constituían causal de amancebamiento con una mujer, mientras que para la mujer era causal cualquier relación sexual extramatrimonial. La ley 27/1977 declara la igualdad entre hombres y mujeres mayores de 18 años y estas adquieren la plenitud de derechos. El Código Penal de 1980 (decreto ley 100) eliminó el tipo penal uxoricidio (muerte de la mujer por su marido), que se justificaba con la comprobación del estado de ira e intenso dolor por el adulterio de la mujer y por ello no generaba culpabilidad en el marido. Y el decreto 999/1988 abolió la obligación de usar el “de” como apellido de la mujer casada.

C. Abolicionismo como herramienta crítica del derecho penal y de las prácticas sociales

El abolicionismo como teoría crítica del derecho, se puede considerar un mecanismo de cambio frente a la forma como las posturas tradicionales perciben el mundo jurídico, como se ha expresado sobre las teorías feministas, pero también hace énfasis especial en la manera tradicional de analizar las prácticas sociales y culturales respecto al castigo⁸. Por ello será menester hablar no de un abolicionismo, sino de varias propuestas abolicionistas, cada una de ellas enfocadas en problemáticas distintas, lo que en palabras de Ferrajoli (1995) sería:

El abolicionismo penal constituye un conjunto un tanto heterogéneo de teorías, doctrinas y actitudes ético-culturales unificadas por la negación de cualquier clase de justificación o legitimidad externa de la intervención punitiva sobre la desviación por parte del Estado. Los presupuestos filosóficos y las propuestas políticas de semejantes orientaciones son de lo más dispares: desde el mito dieciochesco del “buen salvaje” y de la pretérita y feliz sociedad primitiva sin derecho, a las prefiguraciones anarquistas y marxistas-leninistas del “hombre nuevo” (p. 249).

Siguiendo a De Folter (1989) podemos decir que existen dos corrientes tradicionales de abolicionismo –que él clasificará en sentido amplio⁹ y restringido–: quienes propenden por la abolición

⁸ Autores como Hassemer y Muñoz (2012) dicen que el abolicionismo es una consecuencia de las teorías criminológicas del etiquetamiento y de la criminología crítica, ya que se reconoce que “si el derecho penal es arbitrario, no castiga por igual todas las infracciones delictivas, independientemente del estatus de sus autores, y casi siempre recae sobre la parte más débil y los estratos económicamente más desfavorecidos, probablemente lo mejor que se puede hacer es acabar de una vez por todas con este sistema de reacción social frente a la criminalidad, que tanto sufrimiento acarrea sin apenas producir ningún beneficio” (Hassemer y Muñoz, 2012, p. 243).

⁹ A esta forma de abolicionismo Ferrajoli (1995) la denominó “radical”.

del sistema pena en su totalidad y quienes solo le apuntan a una parte de él, por ejemplo la prisión o la pena de muerte.

Pero en este escrito se busca superar esa idea de que el abolicionismo se preocupa solo por el sistema penal y la prisión (y por supuesto, las normas que los legitiman y regulan), mostrando la existencia de otras corrientes que proponen la eliminación de toda forma de coerción o castigo social, que Ferrajoli (1995) solo encuentra en el individualismo de Stirner, pero que aquí se considerará una visión que no se acercó más a fondo a las propuestas de Hulsman (1984) sobre el cambio cultural que es necesario para que desaparezca el sistema penal, ni conoció la de Guagliardo (2013) en relación con su propuesta de “abolición de la cultura del castigo”, por ello es sustancial hacer énfasis en estas propuestas, que pondrán en discusión el papel del derecho en la protección de personas que históricamente no han sido el centro de atención jurídico, entre ellas las mujeres.

Hulsman (1984) es uno de los principales representantes del abolicionismo en sentido amplio, ya que sus aportes se dirigen a la justicia y al sistema penal en general, incluyendo la pena, y para ello daba tres grandes argumentos: creación de sufrimiento innecesario, que además está desigualmente repartido, roba el conflicto a las partes y es difícilmente controlable¹⁰. Ello lleva a que entre sus diversas propuestas para no mirar hacia el sistema penal a la hora de solucionar situaciones conflictivas (para no hablar solo de delitos), esté la “revitalización de la fibra social” y ello significa la búsqueda de soluciones en todos los niveles de la vida cotidiana, especialmente aquellos que están más cerca al conflicto y esto solo se puede lograr a través de un ejercicio de solidaridad que “surge de un sentimiento agudo de la igualdad de los seres que se opone al tradicional, variado y excluyente concepto de igualdad” (De Folter, 1989, p. 63).

¹⁰ Por asuntos de espacio, aquí solo se mencionan, pero la explicación de estos tres argumentos se puede ver más a fondo en Hulsman (1984), De Folter (1989) y Francés y Restrepo (2015).

Una propuesta que ha derivado de la de Hulsman (1984), pero que además nace de la experiencia personal e inmediata de la prisión propia y la de su compañera sentimental, es la de Guagliardo¹¹ (2013), que traerá la idea de abolición de la cultura del castigo y con ello el concepto mismo de culpa, lo que comporta la necesaria eliminación de todas las instituciones penales y no penales que la imparten, lo que a su vez supone un cambio cultural profundo desde las raíces de cada persona, que se sabe es una transformación lenta pero que debe avanzar con pasos seguros en aspectos concretos como la comprensión y difusión de ideas como el uso de chivos expiatorios para justificar un sistema injustificable (piénsese en el uso de la cacería de brujas para sostener siglos de persecución), la forma como la prisión (y ciertas prácticas patriarcales por fuera de ella) elimina la autonomía y la conciencia de los sujetos, tanto a la hora de castigar como de premiar y el imperio de liberarse de esa cultura del castigo, empezando

¹¹ En la introducción al texto de Guagliardo, Francés y Restrepo (2013) contextualizan la situación de esta pareja así: “Vincenzo Guagliardo y Nadia Ponti han pasado 33 años en prisión. Son ‘ergastolanos’, esto es, fueron condenados a cadena perpetua por el Estado italiano por ser miembros de las BR, las Brigatte Rosse. Durante todos estos años han rechazado todos los beneficios de una legislación que premiaba y premia a los presos que han demostrado o demuestran algún tipo de arrepentimiento, pero no cualquier tipo, sino una demostración pública (un *show*) de arrepentimiento o perdón. Ellos, coherentes con sus principios no se han arrepentido por sus años de lucha por la liberación social y por ello no han podido disfrutar de los beneficios que establece la Ley Gozzini y que premia la abjuración, condenando las conciencias con independencia de los hechos cometidos. Sin embargo Vincenzo en sus escritos aboga por una justicia no punitiva sino conciliadora y de índole reparadora que supere la punición como el centro de la moral de nuestra actual sociedad. Es más, él mismo, en el año 2005, llevó a cabo una mediación, una verdadera mediación, privada (pues ni siquiera se oficializó ante el tribunal) y respetuosa de la víctima (pues el encuentro se dio a iniciativa de esta y no a través de una imposición judicial), con la hija de la persona a quien por determinadas circunstancias terminó matando en su época de militancia en las BR. Pero esto para la ley no cuenta porque desde luego de lo que no se han arrepentido, como decíamos, es de su lucha contra el Estado italiano en la búsqueda de una sociedad mejor y mucho menos en los términos en los que se lo exigían” (pp. 12-14).

por los movimientos sociales que quieren una sociedad mejor y que históricamente han sido vistos con malos ojos, para que no acudan al poder punitivo a solicitar protección, buscando como salida ir más allá del derecho, antes que pedir mayor protección del derecho.

Para desentrañar el lugar que la sociedad moderna le da a la mujer, es importante el aporte abolicionista en la medida que cuestiona la relación que existe entre los modelos culturales y el concepto de castigo y que, incluso hoy, tienen un vínculo estrecho que define el modo como conviven las personas. Para ello es menester atender primero a una de las posibles formas de comprender la cultura, como “todos aquellos conceptos y valores, categorías y distinciones, marcos de ideas y sistemas de creencias que los humanos usan para construir su mundo y representarlo de manera ordenada y significativa” (Garland, 2006, p. 229), además de la necesaria interacción con esquemas normativos sociales sobre modales, moda, ética, justicia y moralidad.

El castigo puede estar determinado por la cultura, pero se entiende que el castigo es causa-efecto de la cultura, lo que supone un nexo bidireccional entre el concepto de la penalidad (castigo) y los patrones culturales de carácter general que tiene la sociedad. En este sentido, Garland (2006) citando a Foucault dirá que las relaciones que se dan en el sistema penal, como las condenas y otras actividades, no son una simple expresión del poder del gobierno, sino que estas relaciones construyen y difunden significados culturales: “en vez de considerar el castigo como una ‘expresión’ pasiva o como ‘reflejo’ de los patrones culturales establecidos en otros ámbitos, debemos tratar de considerarlo como un generador activo de las relaciones y sensibilidades culturales” (Garland, 2006, p. 291).

Con lo anterior se denota que el abolicionismo quiere hacer visible la situación que deja claro que la sanción penal, además de inútil, es un sufrimiento innecesario que tiene características similares a la discriminación e invisibilización de la mujer en la sociedad en general.

El abolicionismo de la cultura del castigo pretende hacer evidente la conexión que existe entre el sistema penal y la cultura patriarcal, entendiendo desde lo obvio, que el primero es un producto de la segunda, ya que, en palabras de Francés y Restrepo (2016): “todos los sistemas que configuran la cultura hegemónica actual son patriarcales” (p. 26). Algunos de los rasgos comunes que encuentran estas autoras en el poder punitivo y el poder patriarcal son: (i) desprecio por la vida –“Margarita Pisano afirma que quien sostenga que el patriarcado ha ido humanizándose es porque está ciego ante el racismo, la xenofobia, la pobreza, las sequías, los privilegios del primer mundo, etcétera” (Francés y Restrepo, 2016, p. 30)–; (ii) generación de siervas (víctimas, incapaces, infantilizadas: lo que se puede ver en la esclavitud mental al marido y al hijo); (iii) utilización amañada de las ciencias (que lleva a aducir la superioridad biológica de los hombres); (iv) interés en la ruptura de los lazos de solidaridad (lo que se puede materializar en la misoginia instaurada en muchas mujeres); (v) fundamento en la lógica dualista (castigo/premio, malo/bueno, feminidad/masculinidad); y (vi) semejanzas entre “culpa de la punición” y “eres mía” del patriarcado (posesión del cuerpo y actitudes de dependencia que se generan al ser condenada una persona, experiencia que ya vive la mujer en la sociedad patriarcal).

Esto requiere entender el patriarcado como un sistema creado por hombres y para los hombres y en él hay diversas formas de opresión, y por eso el castigo (no solo el penal) cumplirá un papel tan importante dentro de él:

El sistema penal actual es fruto de una sociedad patriarcal; su gran desarrollo se vio impulsado fuertemente por la cacería de brujas que sostenía la proclividad de la mujer al pecado. Muestra también cómo en uno de sus principales textos (*El martillo de las brujas*) se afirma la inferioridad biológica de las mujeres respecto a los hombres y, la importancia de hacer que no piensen; cómo actualmente el sistema penal estereotipa a las mujeres no por brujas sino por locas;

cómo la cárcel mantiene e incrementa en las mujeres que la sufren la marginalidad a la que también estaban sometidas afuera (Almeda, 2002); y por último cómo la cárcel trata de perpetuar los modelos hegemónicos y heterocentristas de “buena mujer” y “buena madre” (Gea Fernández, 2014, p. 217 y ss.; Francés y Restrepo, 2011). Como si esto fuera poco, también se denuncia el hecho de que “paradójicamente las demandas de paridad frente a las prisiones de los hombres, en lugar de orientarse a mejores oportunidades de educación, actividades y salud para las mujeres presas, frecuentemente han llevado a condiciones más represivas para las mujeres” (Davis, 2003, p. 75), dando ejemplos puntuales que nos muestran las trampas en las que podemos caer las mujeres cuando simplemente pedimos igualdad (Francés y Restrepo, 2016, p. 28).

D. Teorías decoloniales como herramientas teórico-prácticas para despatriarcalizar el derecho

Las teorías decoloniales como apuesta epistémico-política surgen en respuesta a los procesos de colonialidad consolidados antes y después del desmonte de las etapas de colonización, lo que podría significar una particularidad que las diferencia de las teorías poscoloniales, en tanto no se localizan en un tiempo determinado (modernidad), sino que cuestionan la colonialidad del poder independientemente de un marco temporal de referencia. Es por ello que el pensamiento decolonial “al desprenderse de la tiranía del tiempo como marco categorial de la modernidad, escapa también a las trampas de la poscolonialidad. La poscolonialidad (teoría o crítica poscolonial) nació entrampada con la posmodernidad” (Mignolo, 2007a, p. 33).

Una manera clara de entender las posturas poscoloniales la presenta Santos (2006) cuando expresa que:

Entiendo por poscolonialismo un conjunto de corrientes teóricas y analíticas, firmemente

enraizadas en los estudios culturales pero hoy presentes en todas las ciencias sociales, que tienen como rasgo común la primacía que le otorgan a los aspectos teóricos y políticos de las relaciones desiguales entre el Norte y el Sur en la explicación o en la comprensión del mundo contemporáneo. Tales relaciones fueron construidas históricamente por el colonialismo y el fin del colonialismo como una relación política no trajo consigo el fin del colonialismo en cuanto relación social, en cuanto mentalidad ni como forma de sociabilidad autoritaria y discriminatoria. Para esta corriente lo problemático es saber hasta qué punto vivimos en sociedades poscoloniales (p. 39).

Por ello es relevante reiterar que los estudios poscoloniales se limitaron a analizar las relaciones de discriminación y de exclusión de la modernidad, lo que no permite examinar otros fenómenos coloniales que no estén ligados solo a la modernidad. Las teorías poscoloniales tienen un tiempo de partida. Mientras que las decoloniales son atemporales, han emergido inclusive antes de la modernidad.

Las teorías decoloniales enriquecen el debate de la categoría “descolonización” utilizada en las ciencias sociales de finales del siglo XX. Según Maldonado-Torres (2006) el término fue sugerido por Chela Sandoval y Catherine Walsh, para hacer referencia “al desmontaje de relaciones de poder y de concepciones del conocimiento que fomentan la reproducción de jerarquías raciales, geopolíticas y de género que fueron creadas o que encontraron nuevas formas de expresión en el mundo moderno/colonial” (Maldonado-Torres, 2006, p. 175).

Son entonces, teorías que facilitan plantear otros discursos contrahegemónicos como una teoría crítica que reconoce nuevas formas de comprender y entender el mundo en busca de la transformación de estructuras y relaciones de poder naturalizadas y estratégicamente invisibilizadas.

Es forzoso insistir en el empleo del concepto decolonialidad, en lugar de poscolonialidad,

porque de acuerdo con Castro-Gómez y Grosfoguel (2007) expresar que nos encontramos en un mundo descolonizado y poscolonial no es adecuado, además, son palabras usadas por gobiernos que continúan colonizados y para mostrar cómo la conformación de los Estados-nación es un triunfo de un mundo que ya superó la colonización, pero ello no es más que una capa que oculta algo que la decolonialidad puede ayudar a develar: que hoy el capitalismo global es la versión posmoderna de todas las exclusiones coloniales provocadas por la modernidad. En este sentido los autores manifiestan:

Partimos, en cambio, del supuesto de que la división internacional del trabajo entre centros y periferias, así como la jerarquización étnico-racial de las poblaciones, formada durante varios siglos de expansión colonial europea, no se transformó significativamente con el fin del colonialismo y la formación de los Estados-nación en la periferia. Asistimos, más bien, a una *transición del colonialismo moderno a la colonialidad global*, proceso que ciertamente ha transformado las formas de dominación desplegadas por la modernidad, pero no la estructura de las relaciones centro-periferia a escala mundial. Las nuevas instituciones del capital global, tales como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM), así como organizaciones militares como la OTAN, las agencias de inteligencia y el Pentágono, todas conformadas después de la Segunda Guerra Mundial y del supuesto fin del colonialismo, mantienen a la periferia en una posición subordinada. El fin de la guerra fría terminó con el colonialismo de la modernidad, pero dio inicio al proceso de la colonialidad global (Castro-Gómez y Grosfoguel, 2007, p. 13).

Las concepciones decoloniales también hacen posible la construcción de un pensamiento “otro”, a partir de la evidencia e interpretación del pasado desde una perspectiva que devela otras intenciones de los fenómenos históricos, con el propósito de cuestionar los relatos oficiales que esconden un sinnúmero de discriminaciones.

Uno de los autores pioneros¹² de esta discusión es Césaire (2006), quien desde su pensamiento posibilita las reflexiones a otras teóricas y teóricos de las epistemologías del sur:

Nadie coloniza inocentemente, que tampoco nadie coloniza impunemente; que una nación que coloniza, que una civilización que justifica la colonización y, por lo tanto, la fuerza, ya es una civilización enferma, moralmente herida, que irresistiblemente, de consecuencia en consecuencia, de negación en negación, llama a su Hitler, quiero decir, su castigo (Césaire, 2006, p. 17)¹³.

La decolonialidad es entonces una respuesta crítica a la colonización y una postura propositiva a la deconstrucción epistémica eurocéntrica y hegemónica. Para Mignolo (2007b): “El pensamiento decolonial es desobediente tanto epistémica como políticamente” (p. 194).

Así las cosas, las teorías decoloniales van más allá de cuestionar el sistema mundo-capitalista, cuyo fundamento se ancla en los discursos de la posmodernidad y en el criterio económico como única forma de exclusión. Determinan que no solo ese sistema mundo es la estructura que continúa con la colonialidad global (Mignolo, 2005), sino que es imprescindible incorporar otros análisis que ayuden a tener una mirada general y a visibilizar otros componentes que se establecen a través de: las jerarquías epistémicas, espirituales, raciales/étnicas y de género/sexualidad, productos del sistema-mundo denominado por Grosfoguel (2006) como el sistema europeo/euronorteamericano capitalista/patriarcal moderno/colonial; que además de fijar condiciones económicas precarias excluyentes, han sido exportadas desde Europa al resto del mundo con el objetivo de “racializar, clasificar y patologizar a la población del resto del mundo [los no europeos] en una jerarquía de razas superiores e inferiores” (Grosfoguel, 2006, p.

¹² Otros que son referenciados son Guaman Poma (1534-1615) por su lucha indígena y Ottobah Cugoano (1757-1801) por su pensamiento abolicionista.

¹³ Véase también Gordon (2009).

27) a través de un modelo paradigmático de exclusividad, que al ser comparado con lo demás que no se parezca a él y sus características hegemónicas, automáticamente ingresa a la categoría de subalterno.

De allí, que Grosfoguel (2006) plantee que “un hombre europeo/capitalista/militar/cristiano/patriarcal/blanco/heterosexual llegó a América y estableció en el tiempo y el espacio de manera simultánea varias jerarquías globales imbricadas” (p. 25), que precisamente son las jerarquías que deben deconstruirse.

En concordancia con varias pensadoras y pensadores, es viable establecer unas características generales de las teorías de la decolonialidad:

- *Son complementarias*: Castro-Gómez y Grosfoguel (2007) después de hacer una diferenciación entre las teorías de sistema mundo, teorías de la dependencia, estudios culturales y poscoloniales; sostienen que las teorías decoloniales complementan estas perspectivas porque se reconoce que la cultura es un factor determinante para el análisis social, porque se entrelazan con los procesos de economía política y por tanto, existe una relación estrecha entre capitalismo y cultura. Reconocen la importancia de la episteme y se les da estatus económico, como categoría de análisis.
- *Reconocen pensamientos otros*: en la medida que cuestionan las epistemologías hegemónicas y sugieren otras alternativas de conocimiento. Santos (2009) por ejemplo propone la ecología de saberes como aquellos “conocimientos que interactúan, se entrecruzan y, por tanto, también lo hacen las ignorancias. Tal y como allí no hay unidad de conocimientos, tampoco hay unidad de ignorancia” (p. 185). Son entonces contraepistemologías de prácticas de saberes.
- *Deconstruyen la colonialidad*: plantean la apuesta por procesos que deconstruyan la colonialidad del poder¹⁴ (Quijano, 2014), la colonialidad del saber¹⁵ (Mignolo, 2005) y la colonialidad del ser¹⁶ (Maldonado, 2007a, 2007b). Tres condiciones que se entrecruzan y consolidan un poder hegemónico eurocentrista.
- *Crean otras posibilidades*: más allá de la transformación que propone la descolonización –dejar de ser colonizado–, la decolonialidad tiene una postura hacia la construcción o creación de condiciones radicalmente de existencia, conocimiento y de poder que permitan el surgimiento de sociedades distintas. Para ello Walsh (2005) sugiere el concepto de interculturalidad como eje central de un pensamiento crítico –otro–, un pensamiento de y desde otro modo.
- *Crean sentido a lo que hegemónicamente “no existe”*: Santos (2010) propone la sociología de las ausencias y la sociología de las emergencias, la primera para demostrar que lo que no existe es activamente producido e intencionado como “no existe”, a partir de cuatro lógicas: (i) la monocultura del saber y del rigor del saber; (ii) la monocultura del tiempo lineal; (iii) de la clasificación social y (iv) la escala dominante; desde esta crítica se plantea la segunda (sociología de las emergencias), como la sustitución de vacío del futuro creando posibilidades plurales y concretas, que permiten ampliar los referentes simbólicos de los saberes, prácticas y de agentes con el fin de maximizar la expectativa de futuro.
- *Brindan nuevos elementos de discusión a temáticas tradicionales*: las teorías feministas por ejemplo, ensanchan su ámbito de discusión reconociendo la diversidad de las

¹⁴ Estructura global común del capitalismo que clasifica las personas según trabajo, género y raza.

¹⁵ Imaginario hegemónico del mundo moderno/colonial, dando validez solo a un pensamiento: el europeo.

¹⁶ Efectos de la colonialidad en la experiencia vivida, y no solo en la mente de sujetos subalternos. El ser entendido como una propiedad que le pertenece a los europeos, el resto de subalternos formarían parte del no-ser.

mujeres del sur, además de plantear el sistema patriarcal como una herencia colonial (Mendoza, 2010).

Así las cosas, las teorías de decolonialidad van más allá de la descolonización, sugieren alternativas “otras”, que buscan subvertir el poder hegemónico visibilizando los efectos que ha traído la colonización y colonialidad en el poder, en el saber y el ser. Todas son una apuesta por nutrir las epistemologías del sur y crear nuevos simbolismos y realidades que faciliten deconstruir por un lado las subjetividades subordinadas y naturalizadas y por otro, crear condiciones epistémicas de emancipación.

Las teorías decoloniales son pertinentes para el análisis en cuestión, por lo que es oportuno traer a colación la postura de las feministas decoloniales y el abolicionismo de la cultura del castigo, ya que las primeras plantean que el sistema patriarcal que ha generado la diferencia de géneros, no es una construcción de las sociedades colonizadas, sino una herencia eurocéntrica¹⁷.

Todas las clasificaciones que se recibieron del eurocentrismo traen consigo sesgos ideológicos que buscan separar e imponer el poder de quién clasifica a los clasificados. Y la abolición de la cultura del castigo hará énfasis en que el poder punitivo tiene rasgos comunes con el poder patriarcal, para mostrar cómo la intención de ambos es que la mujer siga ocupando el lugar invisible que se le ha entregado desde siempre y que ello se continúe viendo tan natural como hasta ahora.

Según el feminismo decolonial, el principio organizador de las sociedades a partir del género, aparece en Latinoamérica solo después del contacto y colonización:

¹⁷ Quijano (citado en Mendoza, 2010) explica la tradición eurocéntrica como una construcción subjetiva fundamentada en oposiciones binarias tales como “civilización y barbarie, esclavos y asalariados, pre-modernos y modernos, desarrollados y subdesarrollados etc.; sino que se toma por sentado la universalización de la posición epistémica de los europeos” (p. 22).

Estas sociedades no dividían ni jerarquizaban sus sociedades en base a género, y las mujeres tenían acceso igualitario al poder público y simbólico. Sus lenguas y sistemas de parentesco no contenían una estructura que apuntara a una subordinación de las mujeres a los hombres. No existía una división sexual del trabajo y sus relaciones económicas se basaban en principios de reciprocidad y complementariedad. El principio organizador más importante era en cambio la experiencia basada en la edad cronológica. En síntesis, lo biológico anatómico sexual poco tenía que ver con la organización social. Era lo social lo que organizaba lo social (Mendoza, 2010, p. 22).

Lo que argumenta la autora es producto de debate permanente. Aunque otros estudiosos reconocen la existencia de comunidades primitivas bajo estructuras matrilineales. Podría entonces decirse, que el género es otra herencia colonial que se insertó en los procesos de colonización como uno de los patrones de poder que se globalizarían. Para Mendoza (2010) las mujeres además de ser racializadas fueron reinventadas como “mujeres” de acuerdo con los códigos y principios discriminatorios de género occidentales. Esta posición argumenta la idea de que, al ser construcciones culturales, aunque estén naturalizadas en los imaginarios colectivos, pueden ser deconstruidas para reinventar sociedades igualitarias.

En esta intersección es donde cobran sentido ambas teorías: la decolonialidad propone alternativas de pensamientos otros a través de los cuales se puede explicar, comprender y transformar la realidad. Esta apuesta teórica propone una ofensiva de intervención que posibilita, viabiliza, visibiliza (Walsh, 2009). Las teorías feministas brindan herramientas para cuestionar las bases dogmáticas del derecho y evidenciar la discriminación y violencia en todas sus formas contra las mujeres. Ambas construyen nuevas epistemes donde es posible el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos de las mujeres no solo de manera formal sino material.

Pero para crear estas nuevas epistemes que viabilicen naturalmente la efectividad de los derechos de las mujeres, se requiere un cambio de terreno y situarse en la geopolítica del conocimiento, en la estructura del mundo moderno/colonial, en lugar de la distribución cronopolítica que ubica el conocimiento antes y después de la modernidad. Esta geopolítica del conocimiento en el ámbito interno, también permite analizar dónde y quién decide qué es lo jurídicamente correcto y a quién y cómo se debe garantizar los derechos. Exige, además, un cambio paradigmático de las formas unilineales de pensar, saber y conocer. Facilita cuestionar el desarrollo lineal de la historia que deja por fuera a un gran número de personas que forman parte de la totalidad (Mignolo, 2007a).

La fractura epistémica espacial está dada en la necesidad de romper con paradigmas hegemónicos de que el derecho estatal y occidental, es el razonable y, por tanto, el único válido para explicar las realidades de todos los habitantes de un Estado. Reconocer que el derecho es un instrumento de poder, que visibiliza o excluye a quien considera sujeto o no sujeto de derecho. Facultar además para identificar otros tantos intereses y derechos, no necesariamente positivizados en textos normativos y producidos por las estructuras estatales. La incorporación de esta fractura epistémica no llevaría a una inseguridad jurídica, sino que proyectaría nuevas formas de interpretación y complementación normativa.

Conclusiones

El estudio del sistema sexo-género es fundamental para la incorporación de nuevas categorías de análisis del derecho, porque permite evidenciar la construcción cultural que se ha hecho de hombres y mujeres, que se traduce en el sostenimiento de estereotipos y roles sexistas que profundizan la asimetría de las relaciones de poder en todos los ámbitos de la sociedad, públicos y privados.

Los feminismos como movimientos teóricos, políticos y éticos, buscan la transformación de las estructuras sociales que excluyen y discriminan a las mujeres. En el derecho aportan no solo fun-

damentos teóricos para resignificar las prácticas jurídicas, sino que brindan elementos prácticos para la defensa y garantía de los derechos de las mujeres.

Como teoría crítica del derecho cuestionan los fundamentos tradicionales del derecho y plantean nuevos debates en torno a la igualdad, la justicia y la libertad. Aportan elementos para debatir la imparcialidad normativa y la objetividad a la hora de producir y aplicar normas. Los feminismos han generado prácticas políticas que formalmente han modificado normas jurídicas y trabajan permanentemente para que el alcance de las normas transforme los valores de la sociedad, que de manera naturalizada avalan la discriminación en contra de las mujeres.

El abolicionismo de la cultura del castigo tiene puntos comunes con las teorías feministas, y aunque a veces parezcan y sean posturas muy disímiles, en el fondo buscan develar la misma situación: que la mujer no ocupa un lugar importante ni en sistema penal (ni como víctima, ni como condenada) ni en el sistema patriarcal, al ser una construcción del mundo hecha por hombres y para hombres.

Las teorías decoloniales desde su base epistémica ayudan a evidenciar los patrones hegemónicos de poder que fueron incorporados con la invasión española y que se interiorizaron sin mayor cuestionamiento en el pensamiento colonial. El pensamiento eurocéntrico pervive con sus patrones hegemónicos a través de procesos de colonialidad.

Los feminismos, el abolicionismo y las teorías decoloniales como teorías críticas del derecho proporcionan elementos teóricos y prácticos para el avance en la consolidación del verdadero ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, iniciando por la conciencia de que aquellos no fueron creados para estas.

Estas teorías críticas cobran sentido cuando las prácticas cotidianas cuestionan las costumbres hegemónicas que sustentan la universalidad de

los derechos humanos, creados y pensados desde Occidente y que sin reflexión, pueden ser tan excluyentes y discriminadores como los discursos que pretendieron vindicar con su positivización.

Referencias

- Barranco, M. C. (2010). El enfoque feminista de los derechos fundamentales. Derechos fundamentales desde la perspectiva de género. En: C. Monereo & J. L. Monereo (coords.). *Género y derechos fundamentales* (pp. 49-86). Granada: Comares.
- Bodelon, E. (2009). Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico. En: G. Nicolás Lazo, E. Bodelon, R. Bergalli & I. Rivera Bairas (coords.). *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder* (pp. 95-116). Barcelona: Anthropos, Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona.
- Bonetto, S. & Piñero, M. T. (1994). Teoría crítica del derecho. *Estudios*, 3, 63-71.
- Castro-Gómez, S. & Grosfoguel, R. (2007). Prólogo. Giro decolonial, teoría crítica y pensamiento heterárquico En: S. Castro-Gómez & R. Grosfoguel (eds.). *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 9-24). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Césaire, A. (2006). Discurso del colonialismo. En: A. Césaire (ed.). *Discurso sobre el colonialismo* (pp. 13-44). Madrid: Ediciones Akal.
- Cifuentes, R. M. (2011). *Diseño de proyectos de investigación cualitativa*. Buenos Aires: Ediciones Novedades Educativas de México.
- Cobo, R. (2008). El género en las ciencias sociales. En: P. Laurenzo Copello, M. L. Maqueda Abreu & A. M. Rubio Castro (coords.). *Género, violencia y derecho* (pp. 49-60). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Collado, C. (2006). Mujeres, poder y derecho. *Feminismo/s*, 8, 15-34.
- De Beauvoir, S. (2013). *El segundo sexo*. Bogotá: DeBolsillo.
- De Folter, R. (1989). Sobre la fundamentación metodológica del enfoque abolicionista del sistema de justicia penal. Una comparación de las ideas de Hulsman, Mathiesen y Foucault. En: M. A. Ciafardini & M. L. Bondanza (comps. y trads.). *Abolicionismo penal* (pp. 57-85). Buenos Aires: Ediar.
- Esquembre, M. del P. (2010). Ciudadanía y género: una reconstrucción de la triada de derechos fundamentales. En: C. Monereo & J. L. Monereo (coords.). *Género y derechos fundamentales* (pp. 135-174). Granada: Comares.
- Facchi, A. (2005). El pensamiento feminista sobre el derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho en Buenos Aires*, 3(6), 27-47.
- Facio, A. (1999). Hacia otra teoría crítica del derecho. En: L. Fries & A. Facio (comps.). *Género y derecho* (pp. 15-44). Santiago de Chile: LOM Ediciones, La Morada.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Madrid: Trotta.
- Fraisse, G. (2003). El concepto filosófico de género. En: S. Tubert (ed.). *Del sexo al género: los equívocos de un concepto* (pp. 39-46). Madrid: Cátedra.
- Francés, P. & Restrepo, D. (2013). Introducción a la edición en castellano. En: V. Guagliardo (autor). *De los dolores y de las penas. Ensayo abolicionista y sobre la objeción de conciencia* (pp. 11-22). Madrid: Traficantes de Sueños.
- Francés, P. & Restrepo, D. (2015). Con Hulsman para avanzar un poco más. El abolicionismo de la cultura del castigo a partir de la obra de Vincenzo Guagliardo. En: F. Pérez Álvarez (eds.). *In memoriam Louk Hulsman* (pp. 873-910). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

- Francés, P. & Restrepo, D. (2016). Rasgos comunes entre el poder punitivo y el poder patriarcal. *Revista Colombiana de Sociología*, 39(1), 21-46.
- Galeano, E. (2004). *Diseño de proyectos en la investigación cualitativa*. Medellín: Fondo Editorial Universidad Eafit.
- Garland, D. (2006). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Ciudad de México: Siglo Veintiuno Editores.
- Gordon, L. R. (2009). Apéndice II: a través de la zona del no ser. Una lectura de piel negra, máscaras blancas en la celebración del octogésimo aniversario del nacimiento de Fanon. En: F. Frantz. *Piel negra, máscaras blancas* (pp. 217-260). Madrid: Ediciones Akal.
- Grosfoguel, R. (2006). La descolonización de la economía política y los estudios postcoloniales: transmodernidad, pensamiento fronterizo y colonialidad global. *Tabula Rasa*, 4, 17-46.
- Guagliardo, V. (2013). *De los dolores y de las penas. Ensayo abolicionista y sobre la objeción de conciencia*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Hassemer, W. & Muñoz, F. (2012). *Introducción a la criminología y a la política criminal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hulsman, L. & Bernat de Celid, J. (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona: Ariel.
- Lagarde, M. (1997). *Los cautiverios de las mujeres: madres, esposas, monjas, putas, presas y locas*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Maldonado-Torres, N. (2006). Aimé Césaire y la crisis del hombre europeo. En: A. Césaire (ed.). *Discurso sobre el colonialismo* (pp. 173-196). Madrid: Ediciones Akal.
- Maldonado-Torres, N. (2007a). Sobre la colonialidad del ser: contribuciones al desarrollo de un concepto. En: S. Castro & R. Grosfoguel (eds.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 127-168). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Maldonado-Torres, N. (2007b). Walter Mignolo: una vida dedicada al proyecto decolonial. *Nómadas*, 26, 186-195.
- Mendoza, B. (2010). La epistemología del sur, la colonialidad del género y el feminismo latinoamericano. En: Y. Espinosa Miñoso (coord.). *Aproximaciones críticas a las prácticas teórico-políticas del feminismo latinoamericano* (pp. 19-36). Buenos Aires: En la Frontera.
- Mignolo, W. (2005). La colonialidad a lo largo y a lo ancho: el hemisferio occidental en el horizonte colonial de la modernidad. En: E. Lander (comp.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 55-85). La Habana: Editorial de Ciencias Sociales.
- Mignolo, W. (2007a). El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. En: S. Castro & R. Grosfoguel (eds.). *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (pp. 25-46). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Mignolo, W. (2007b). *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*. Barcelona: Gedisa.
- Nicolás, G. (2009). Debates en epistemología feminista: del empiricismo y el *standpoint* a las críticas postmodernas sobre el sujeto y el punto de vista. En: G. Nicolás Lazo, E. Bodelon, R. Bergalli & I. Rivera Bairas (coords.). *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder* (pp. 25-61). Barcelona: Anthropos, Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona.
- Quijano, A. (2014). Colonialidad del poder y clasificación social. En: Clacso (ed.). *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/*

- descolonialidad del poder* (pp. 285-327). Buenos Aires: Clacso.
- Santos, B. de S. (2006). *Conocer desde el sur. Para una cultura política emancipatoria*. Lima: Programa de Estudios sobre Democracia y Transformación Global, Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales de la UNMSM.
- Santos, B. de S. (2009). *Una epistemología del sur*. Ciudad de México: Siglo Veintiuno Editores.
- Santos, B. de S. (2010). *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del sur*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Scott, J. (1990). El género: una categoría útil para el análisis histórico. En: M. Nash & J. Amelang (eds.). *Historia y género: las mujeres en la Europa moderna y contemporánea* (pp. 23-58). Valencia: Alfons El Magnànim.
- Tubert, S. (2003). *Del sexo al género: equívocos de un concepto*. Madrid: Cátedra.
- Walsh, C. (2005). *Pensamiento crítico y matriz (de)colonial. Reflexiones latinoamericanas*. Quito: Abya Yala.
- Walsh, C. (2009). Interculturalidad crítica y pedagogía de-colonial. En: W. Villa & A. Grueso (comps.). *Diversidad, interculturalidad y construcción de ciudad*. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional, Alcaldía Mayor de Bogotá.
- Wolkmer, A. C. (2003). *Introducción al pensamiento jurídico crítico*. Bogotá: Ilsa.

ALCANCE NORMATIVO DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR DE LOS SERVICIOS DE SALUD*

Andrea Carolina Pérez Forero**

Fecha de recepción: 5 de diciembre de 2016
Fecha de evaluación: 29 de julio de 2017
Fecha de aprobación: 7 de noviembre de 2017

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3330>

Forma de citación: Pérez, A. C. (2018). Alcance normativo del régimen de protección al consumidor de los servicios de salud. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 21, 41, 61-78. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3330>

RESUMEN

Con sustento en el rediseño que tuvo la prestación de los servicios de salud a partir de una visión económica de los mismos y las consecuencias que ello acarrea; el presente escrito expondrá si en efecto existe un régimen más garantista de los derechos que como consumidor detenta quien es usuario de los servicios de salud, a quien a falta de regulación en el estatuto general, por vía de otras alternativas, se le han salvaguardado todas sus facultades; en comparación con la regulación ofrecida para los consumidores de otro tipo de servicios. Para ello y a través de una metodología teórica de corte analítico, se identificará la afinidad y disparidad normativa, determinándose que en la actualidad coexisten regímenes que se complementan en procura del bienestar de los pacientes-consumidores.

Palabras clave:

Consumidor, servicios de salud, garantía, protección contractual.

* El presente artículo es resultado de la investigación propuesta como opción de grado para la maestría en Derecho, con énfasis en Derecho Privado de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia), bajo tutoría del doctor Francisco José Ternera Barrios. Cursada gracias al apoyo de la Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá, Colombia), institución para la que se exalta el debido agradecimiento y reconocimiento por el beneficio otorgado.

** Abogada *magna cum laude* de la Universidad Militar Nueva Granada (Bogotá, Colombia). Especialista en Derecho Contractual y en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Diplomada en Docencia Universitaria, Didáctica Universitaria y Diseño y Apropiación de TIC. Docente de planta de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: andrea.perez@unimilitar.edu.co

LEGAL SCOPE OF THE HEALTH SERVICES CONSUMER PROTECTION REGIMEN

SUMMARY

Based on the healthcare services redesign since an economic vision and the consequences it entails, this article will set forth whether or not there is a more protective regimen with regards to the rights held by a healthcare consumer, to whom as a result of the lack of regulation in the general statute, has been granted (through different alternatives) all the faculties in contrast to the regulation offered to consumer of a different array of services. In order to reach this purpose, through a methodologic theory of analytic style will be identified a normative affinity and mismatch, determining that currently two regimens coexist, and they complement each other seeking patients-consumers welfare.

Keywords:

Consumer, health services, warranty, contractual protection.

ÂMBITO NORMATIVO DO REGIME DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR DOS SERVIÇOS DE SAÚDE

RESUMO

Com o apoio no redesenho que teve a prestação dos serviços de saúde a partir de uma visão econômica dos mesmos e as conseqüências que isso implica; o presente documento mostrará se, de fato, existe um regime mais garantido sobre os direitos que, como um consumidor detém quem são usuários dos serviços de saúde, para quem, na ausência de regulamentação no estatuto geral, por meio de outras alternativas, tem-se salvaguardado todas suas faculdades; em comparação com o regulamento oferecido para os consumidores de outro tipo de serviços. Para este fim e através de uma metodologia teórica de forma analítica, a afinidade e a disparidade normativa serão identificadas, determinando-se que atualmente coexistem regimes que se complementam em busca do bem-estar dos pacientes-consumidores.

Palavras chave:

Consumidor, serviços de saúde, garantia, proteção contratual.

Introducción

Con la llegada de un sistema de corte empresarial e institucional para la atención en salud, a tan solo dos años de haber sido promulgada la Constitución de 1991, fue apenas natural que la ciencia del derecho encontrara un motivo nuevo para destinar su espíritu y esencia regulatoria. Esta vez, desempeñando su labor en un escenario difícil en el que la salud ingresó a la economía y

comenzó a asimilar al usuario como su cliente; teniendo además que darle especial significado a la delgada línea que separa y distingue a la salud como derecho esencial de la salud como servicio de obligatorio cumplimiento a cargo del recién fundado Estado social y democrático de derecho.

En este sentido, el escenario económico que rediseñó la atención en salud, comparte ideas y ambientes relativamente comunes con aquellas

regulaciones adyacentes que tuvieron origen en asuntos de similar naturaleza y son consideradas como *relaciones de consumo* por el nuevo Estatuto del Consumidor. Ambos tópicos tienen tal despliegue que han establecido dinámicas de garantía y protección contractual para cada uno de sus destinatarios, a saber: el usuario, en el campo de la salud; y el consumidor en el ámbito del comercio tradicional. Sin embargo, las particulares diferencias entre estos sujetos, hacen que el acercamiento comparativo buscado –normativamente hablando– ofrezca una significativa diversidad en su aplicación, que identifica por una parte, la fortaleza de las regulaciones en materia de salud y, por otra, la consecuente inaplicabilidad del Estatuto del Consumidor a las relaciones “usuario-prestador de servicios de salud”, en muchos casos por insuficiencia o incompatibilidad de sus preceptos.

En ese orden de ideas, el presente escrito expondrá si en efecto existe un régimen más garantista de los derechos que como consumidor tiene quien es usuario de los servicios de salud, puntualmente en lo que respecta a los mecanismos de reclamación que se consagran en su favor, conforme lo previsto en las leyes 100/1993, 1122/2007, 1438/2011 y 1480/2011, decretos 1011/2006 y 1018/2007 y resolución 1441/2013; normativa que integra un régimen especial que complementa al Estatuto general y que dada su aplicación preferente ha salvaguardado todas las facultades para este sector del consumo en comparación con la regulación ofrecida para los consumidores de otro tipo de servicios; sin que ello signifique que se trata de regímenes excluyentes, pues se insiste, de lo que se trata es de la complementariedad entre la norma general y las normas especiales de protección al consumidor de los servicios de salud.

Para ello se empleará una metodología predominantemente teórica de tipo analítico, a partir de la cual, se contextualiza la temática con sustento en los antecedentes sobre la materia y se estudian las garantías y protección contractual en el sector salud, considerando este el asunto de mayor interés para el consumidor, al configurar

la principal herramienta cuando en una primera instancia sus intereses no han sido satisfechos. En desarrollo de lo anterior, se examinarán uno a uno los componentes del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad en Salud (SOGCS), mismo que se analizará a la luz de lo previsto en el Estatuto del Consumidor; finalmente se hará mención a los mecanismos de reclamación que tiene el usuario, previa referencia del régimen de responsabilidad que se tiene para con este.

A. Antecedentes

La historia demuestra cómo la sociedad ha luchado por garantizar derechos como la salud, que ha progresado con muchos sacrificios hasta hallar lugar en el mundo globalizado que hoy apreciamos y que al parecer, se interesa por el respeto de su propia humanidad así como descarta cualquier discusión retrógrada sobre la legitimidad de los derechos ya reconocidos, limitando el debate universal de derechos humanos a sopesar las medidas necesarias para promover y extender su efectividad y realización en todas las esferas sociales.

Pero el debate ha transmutado el rumbo en muchos lugares a pesar de todo el esfuerzo hecho; la salud por ejemplo, se ha transformado, dejando de ser simplemente un derecho inherente a la persona, para pasar a plantearse desde una óptica más propia del comercio y de la economía, que en muchas ocasiones cede al interés individual sobre el general, y que para el caso colombiano, resulta un factor para evolucionar y satisfacer un mínimo de calidad que garantice los derechos de la sociedad.

En esta ocasión, la visión con la que se aborda la salud parte de una perspectiva jurídica adaptada al escenario actual, que es consecuencia del ingreso de aquella a la economía de mercado y su condición como nuevo elemento de consumo, generando que el derecho haya tenido que estar atento a direccionar esta evolución, y le acompañe de forma directa y permanente, comprendiendo las relaciones complejas y variadas que se observan entre paciente o usuario como

el extremo frágil y prestador o proveedor del *servicio de salud*, como la institución profesional experta en la materia; dando como resultado la creación y promoción de garantías y estatutos para la protección de todo usuario del servicio, a través de normas propias del régimen de salud y eventualmente por medio de reglas contiguas, que por su proximidad conceptual tengan la vocación de servir de aval adicional para el usuario.

El escenario es jurídico entonces, pero matizado con las relaciones de consumo en la economía, pues el derecho aplicado a la salud se ha desarrollado para abarcar el nuevo entorno donde esta se situó y que, se acerca mucho al universo de actividades que reciben un tratamiento jurídico especial, conocido como la defensa de los consumidores. Así, la práctica médica y las relaciones de consumo tradicionales convergen en el llamado destinatario, usuario o consumidor final de un servicio o producto y que, el Estatuto del Consumidor –ley 1480/2011–, regula de manera paralela a la normatividad del sector salud, siendo posible que ambos sistemas de protección puedan llegar a ofrecerse entre sí mecanismos para avanzar en sus objetivos de protección y regulación o también reflejar falencias o vacíos en cada uno, como se verá después.

Sirve aclarar desde ya, que el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) del que más adelante se expondrá lo propio en relación con el tema de investigación; no es el único sistema de salud que opera en Colombia tal y como se indicó tangencialmente al inicio del presente artículo, se pueden encontrar varios regímenes especiales con garantías propias y en especial adquiridas e irrenunciables para sus titulares que no pueden pasarse por alto en este estudio; no obstante, respecto a ellos se hace a continuación una breve referencia en la que no se profundizará, dado que estos condensan otra serie de normas especiales de necesario análisis en otro escrito.

Estos sistemas tienen como objetivo principal ofrecer los servicios en salud a un usuario cualificado o especial, que es determinado por

el vínculo laboral o asimilable que este tiene con una institución interesada en garantizar la prestación directa de atención a sus empleados y a sus familias. En cualquier caso, así como el control de la Superintendencia Nacional de Salud tiene la vocación de introducirse a cada uno de estos regímenes, se debe entender que los mínimos exigidos por el SGSSS y las directrices mínimas extensibles del SOGCS, tienen que verse aplicados en cada uno de ellos, por lo que lo verdaderamente importante de observar son sus aportes adicionales.

Dentro de los regímenes especiales está el sistema de salud de las Fuerzas Militares creado en el año 1994; el sistema de salud del magisterio, que inició operaciones en 1989 para ofrecer servicios médico-asistenciales al personal docente y sus familias, mismo que opera el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; el sistema de salud de Ecopetrol como sistema excepcional y el sistema especial de salud de las universidades (Supersalud, 2011).

Cada uno de ellos enfoca su propio marco delimitado e invierte en el diseño de políticas propias a favor del usuario cualificado que atiende, por lo mismo, el examen de sus garantías particulares puede abordarse con mayor profundidad en un nuevo espacio, pues es muy interesante equiparar garantías y protección contractual entre sistemas de regulación afines con la misma esencia y materia prima; de hecho se pueden señalar al respecto, algunos de los atributos especiales que tan solo uno de estos sistemas ofrece con una perspectiva amplia de garantía y protección contractual en salud.

El ejemplo lo enseña el sistema excepcional de salud de Ecopetrol, reconocido por su generosidad en ciertos aspectos aún no extendidos a otros sectores de la prestación nacional, donde vale la pena mencionar que algunas limitaciones como las famosas preexistencias, se abolieron en su totalidad al momento de atender el tratamiento de enfermedades, afecciones o malformaciones previas al ingreso del usuario al sistema, asimismo los periodos de carencia de la atención y

los límites que existen en otros sistemas frente al costo máximo cubierto de las prestaciones, fueron también suprimidos.

B. Ingreso de la salud a la economía y al sector empresarial

El origen de este entorno en Colombia puede entenderse con la ley 100/1993, que estableció hace ya dos décadas cambios significativos en materia de salud, empezando con la descentralización en la prestación del servicio, dando como resultado que los departamentos y municipios dejaran de ser los únicos que ofrecían servicios de salud de forma sistematizada, tal como había sido hasta ese entonces, abriendo una puerta para que el sector privado participara en la prestación de este servicio con la aquiescencia de la ley.

Al mismo tiempo, la prestación del servicio recibió un cambio sustancial al buscar su institucionalización y estructurarse según los principios de todo servicio público esencial, tales como eficiencia, celeridad, universalidad, igualdad y solidaridad; a la vez que su operación fue desplegándose en función de premisas como la productividad empresarial, la reorganización administrativa y el mercadeo de servicios del sector público y del sector privado de la salud (Díaz, citado en Guzmán y Redondo, 1998). Se generó así en la prestación del servicio, un ambiente mixto de intereses encontrados, donde una actividad que procura la satisfacción de un derecho humano esencial, ejerce sus funciones por medio de promotores y prestadores con un enfoque empresarial y con ánimo de lucro en la mayoría de los casos; quienes esperan lógicamente tener prosperidad y sostenibilidad económica. Todo lo que al final significa que los pacientes sean vistos, incluso por el Estado, como clientela, abandonando la mirada histórica del vínculo paciente-médico por la de proveedor-cliente, así como sucede en los demás sectores del comercio tradicional.

Este escenario exigió mantener un equilibrio entre los actores de la relación consolidando un sistema robusto de garantía y protección jurídica a través del cual, se pueda salvaguardar el acceso

y la prestación de un servicio diligente y seguro a favor del usuario, atendiendo su carácter esencial y obligatorio e, igualmente, comprendiendo que el desconocimiento frente al servicio especializado que recibe el usuario, lo coloca en una posición vulnerable ante el otro extremo, donde se encuentra con un profesional dotado de fortaleza institucional y financiera, conocimiento científico y manejo pleno de la información de sus pacientes, que lo posicionan sobre una especie de pedestal al que con dificultad puede acceder el usuario si no cuenta con mecanismos que equilibren la situación.

Reconocer esa diferencia entre las partes, es lo que da cuenta de la protección sustancial en un contexto de Estado social que es plenamente distinguible de la concepción liberal basada en una relación en igualdad de condiciones y absoluta libertad de negociación entre consumidor y productor o distribuidor de bienes, o prestador de servicios, la cual es una situación ficta en la gran mayoría de los casos en que dicha relación se presenta (Corte Constitucional de Colombia, 2014).

Ante las circunstancias y el cambio que trajo consigo la ley 100/1993, se estudian las garantías y la protección aplicadas al servicio de salud, en una aproximación a la protección general que ofrece el Estatuto del Consumidor. Pero esta tarea precisa antes que todo, comprender que la prestación de los servicios públicos de salud ha tenido un escenario normativo propio con gran riqueza conceptual y normativa, muy amplia y a la vez específica originada en el derecho irrenunciable a la seguridad social y la salud así como en la compleja práctica y disciplina médica; mientras que las normas generales del Estatuto del Consumidor, abarcan de forma menos detallada la garantía y protección contractual y extracontractual en el mercado y el consumo de bienes, productos o servicios distintos a la salud, de acuerdo con reglas mucho menos limitadas y más bien orientadas por la libre competencia y el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada.

Sin embargo, el espacio donde interactúan los prestadores del servicio de salud y los usuarios finales, presenta coincidencias que lo asemejan

conceptualmente a la cadena de producción (Villalba, 2012) evocada por el Estatuto del Consumidor; ya que se trata de un contexto donde podemos hallar una fuente muy extensa de actores que de uno u otro modo intervienen en el aseguramiento y la prestación idónea del servicio de salud, cuya responsabilidad frente al usuario puede configurarse en la misma medida o incluso de forma más vinculante a la que tendría el productor y el proveedor ante el consumidor de otros bienes y servicios.

Así las cosas, ambos son espacios relativamente comunes de actividad en sentido general, donde participan tanto los destinatarios de un servicio como sus prestadores o proveedores, abriendo lugar para identificar comparativamente las similitudes o divergencias entre el marco jurídico que regula el servicio de salud y el propio Estatuto del Consumidor; y para desarrollar conocimiento en aquella comparación para aportar al mejoramiento de sus regulaciones como fuentes destinadas a proteger y hacer efectivos los derechos que tanto promocionan.

No obstante, debe acotarse que hay algunas posturas internacionales que todavía se oponen a equiparar al usuario del servicio de salud con el consumidor o usuario común, todo desde una perspectiva humanista, según la cual, la comparación del médico y la institución clínica con el proveedor del mercado común de servicios, ignora la naturaleza especial de este servicio y su nexos con la vida, así como la especificidad de una disciplina históricamente conocida y respetada, llegando a la llamada “banalización” de la medicina y la ciencia de la salud (Lamboley, 2004).

Ahora bien, el interés real no debe perderse de vista, pues el usuario de la salud y el de muchos otros servicios, están en una situación similar de desventaja respecto al proveedor, por lo que la posibilidad de ampliar la cobertura de un sistema que es más garantista con el usuario sea cual sea de los dos, resulta de mayor relevancia jurídica y objetiva, quedando por determinar cuál sistema aporta más al otro desde el enfoque de garantías y protección.

C. Las garantías y protección contractual en la atención en salud

Pues bien, el servicio de salud en Colombia, incluidos los regímenes especiales que lo conforman, puede entenderse como un gran conjunto de procesos, actores y partícipes que actúan de manera vigilada y permanente en el aseguramiento en salud y la protección de sus usuarios que precisan un servicio seguro y respetuoso de los derechos que les corresponden (Ministerio de Salud y Protección Social, 2007). En este sentido, su prestación debe comprender el marco legal y el profesional, así como la debida atención del usuario en los trámites administrativos y en la fase médico-asistencial, que garanticen un esquema óptimo de protección, calidad, seguridad e información en todos los procedimientos y etapas del servicio, incluida la promoción y prevención, el diagnóstico clínico y el tratamiento preventivo o de rehabilitación; dada la responsabilidad que significa la prestación de un servicio público esencial que efectiviza un derecho humano vital de la población.

El marco general imperante en Colombia como guía en la prestación del servicio de salud es conocido como SGSSS, que se conforma por la Constitución Política de Colombia, lo define ley estatutaria 100/1993 y lo reglamentan los amplios preceptos legales que el Gobierno nacional ha creado por intermedio del Ministerio de Salud y Protección Social, muchos de los cuales son garantías y mecanismos de protección contractual dirigidos a la adecuada prestación de un servicio esencial por propia definición legal (ley 100/1993, art. 4, inc. 2). En el mencionado sistema se excluyen autoridades, proveedores y usuarios cobijados por los regímenes especiales de salud y que, de manera reservada, se ocupan de desarrollar sus propias regulaciones para la atención en salud de sus usuarios cualificados.

Hecha la anterior salvedad, la ley 100/1993 como estatuto general del sistema de atención en salud, es el pilar en el cual se fundamentan las regulaciones y políticas del Gobierno nacio-

nal en materia de garantía, calidad, auditoría e información pública de los servicios de salud. De acuerdo con ella, este servicio es una función pública cardinal que debe orientarse con los principios rectores establecidos como la accesibilidad, oportunidad, seguridad, idoneidad profesional, atención humanizada, satisfacción del usuario y estándares aceptados, que, entre otros, son de carácter obligatorio para el Estado y para los promotores y prestadores del referido servicio ya sean públicos o privados.

La política nacional de prestación de servicios como sistema de direccionamiento, tiene el propósito de garantizar el acceso, mejorar la calidad y generar eficacia en el uso de los recursos destinados para cada servicio y, en materia de atención en salud, esta política nacional se manifiesta a través de las entidades que integran el SGSSS, entre ellas, el Ministerio de Salud y Protección Social, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, la Comisión de Regulación en Salud, las entidades promotoras de salud (EPS) del régimen contributivo y del régimen subsidiado, el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), el Instituto Nacional de Salud, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos y las entidades territoriales de salud (Supersalud, 2007).

En virtud de la anterior política, surgió el SOGCS, como el conjunto de mecanismos, requisitos y procesos cobijados por la normatividad que define los parámetros mínimos de calidad, seguridad y garantía que deben ofrecerse en la prestación de servicios médico-asistenciales. También fomenta la competencia entre las EPS y entre las IPS, según un ideal de favorecimiento de los usuarios y, establece un sistema de información al público; todo con el objetivo particular de generar, mantener y mejorar la calidad y proteger de este modo a los destinatarios del servicio de manera integral (Ministerio de Salud y Protección Social, 2006).

El SOGCS ejerce su fuerte influencia sobre la prestación del servicio de salud guiándose con los principios registrados en el decreto 1011/2006,

los cuales se complementan entre sí, estos son: la accesibilidad, entendida como posibilidad material y efectiva del usuario de utilizar los servicios que garantiza el sistema; la oportunidad, referida a la disponibilidad de los mismos cuando y donde se precisan; la seguridad como la estructura, métodos e instrumentos científicos o técnicos que aplicados de forma idónea garanticen un resultado cuando a ello haya lugar, o que de manera general y mayoritaria soporten un servicio adecuado y diligente que mitigue la posibilidad de consecuencias adversas en la ejecución de aquellos procedimientos que contienen obligaciones de medios a cargo del proveedor del mismo. La pertinencia, que resulta de vital importancia al evaluar el procedimiento menos lesivo para la salud del paciente y que al tiempo redunde en beneficio del usuario según sus necesidades y, finalmente la continuidad, que es la secuencia lógica y no interrumpida del tratamiento aplicado al usuario sea en el tiempo o, en su intensidad y modalidad hasta tanto sea necesario o recomendado por las normas de la medicina.

I. Componentes del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad en Salud

El SOGCS exige aplicar los principios descritos en la ejecución del servicio, pero al mismo tiempo determina como obligación y requisito para poder prestarlo, estar capacitado para cumplir con los cuatro componentes básicos del sistema, que son equivalentes entre sí y que deben obedecerse de forma armonizada e inseparable, como máxima garantía de calidad en la prestación de la salud. Estos componentes los desarrolla de forma amplia la normatividad vigente, concretándose en el Sistema Único de Habilitación, el Sistema Único de Acreditación de las EPS e IPS, el Sistema Único de Auditoría y el Sistema Único de Información y de Atención a los Usuarios.

En consecuencia, los principios antes vistos y los componentes variados e independientes entre sí, concuerdan en un fin concreto que es la protección del derecho del usuario con un carácter

poliédrico e integral, mismo que se manifiesta en el acceso efectivo al sistema de salud, en la garantía de calidad en cada fase médico-asistencial y, en las posibles acciones judiciales o prejudiciales que puede llegar a adelantar un usuario para obtener la reparación o indemnización de un perjuicio, luego de verse afectado por las acciones u omisiones en cabeza de un promotor o prestador, que resulten contrarias a los principios del sistema.

Este propósito del sistema de salud, funciona similar al modelo del Estatuto del Consumidor (ley 1480/2011), pues en este último los principios que aparecen en su artículo primero y los derechos y obligaciones que se consignan en los artículos 3, 6, 7 y siguientes, actúan mancomunadamente con las medidas de reparación y garantía existentes, con el objetivo de hacer real y manifiesta la protección del derecho del consumidor final (Corte Constitucional, 2000), articulando las funciones generales en aras de vigilar y materializar el cumplimiento de los fines del Estatuto. La Corte Constitucional mediante sentencia C-1141/2000 se pronunció respecto del carácter poliédrico de los derechos del consumidor indicando que:

Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores).

De acuerdo con la Corte Constitucional (2000) la protección del consumidor busca cubrir integralmente cada escenario previsto por la ley donde pueda encontrarse el consumidor o usuario y garantizar en todas las fases, un ejercicio pleno del derecho colectivo que reconoce la Constitución Política y ahora desarrolla el nuevo Estatuto del Consumidor. Tal como se verá a continuación, a pesar de la coincidencia en el funcionamiento, estructura y orientación de ambos sistemas, los principios y componentes que trae consigo el SO-

GCS brindan un escenario de garantía y protección mucho más amplio y generoso que el propio de la ley 1480/2011 tal, pues son piezas primordiales para asegurar la prestación del servicio de salud y el correcto funcionamiento del sistema.

1. Componente de habilitación

El Sistema Único de Habilitación en salud maneja los estándares básicos de calidad que deben ofrecer los prestadores o proveedores del servicio y que son imprescindibles para garantizar seguridad a los usuarios; se trata entonces de una función eminentemente preventiva, que mitiga y reduce a su mínima expresión los potenciales riesgos que surgirían de la prestación del mismo por parte de entidades no capacitadas, cuya praxis podría comprometer seriamente el acceso y debida diligencia en su ejecución.

Este primer componente expuesto con holgura en la resolución 1441/2013 del Ministerio de Salud y Protección Social, tiene como naturaleza excluir a las IPS que carecen de la capacidad tecnológica, científica, administrativa y financiera, o que no alcancen al cumplimiento cabal del manual obligatorio de habilitación que acompaña con la misma fuerza normativa a la resolución 1441/2013, no pudiendo prestar servicios de salud en caso de no alcanzar ciertos mínimos exigidos.

Además ordena para las IPS, para las unidades móviles de salud –ambulancias y similares– e incluso, para los médicos particulares –excluidos en el ejercicio de su profesión liberal de ser considerados parte en las relaciones de consumo analizadas en el sector de la salud– la necesidad de obtener el permiso de habilitación, que debe renovarse cada año a partir del 1 de junio de 2014, una vez venzan los cuatro años de vigencia del primer permiso (resolución 1441/2013, art. 5).

2. Componente de auditoría

El Sistema Único de Auditoría como segundo componente, se encarga de evaluar el cumplimiento de los estándares de calidad complementarios a los que se fijan como básicos por el Sistema

Único de Habilitación, a la vez que se ocupa de prever, advertir e informar de los problemas que puedan llegar a convertirse en obstáculos para el éxito de los procesos y la obtención de resultados esperados dentro de la gestión de un proveedor determinado del servicio. De acuerdo con el artículo 2 del decreto 1011/2006 “Es el mecanismo sistemático y continuo de evaluación y mejoramiento de la calidad observada respecto de la calidad esperada de la atención de salud que reciben los usuarios”.

El Ministerio de Salud y Protección Social (2007) afirma frente a este componente que la función de auditoría para el mejoramiento de la calidad del servicio y la atención en salud, solo puede cumplirse por cada organización promotora o proveedora del servicio, si se realizan las siguientes actividades:

- Identificación de problemas de calidad (procesos prioritarios) con base en el seguimiento a riesgos del sistema único de habilitación, la autoevaluación realizada frente a los estándares de acreditación, los indicadores y los eventos adversos trazadores del sistema de información para la calidad.
- Establecimiento de la meta respectiva: definición de la calidad esperada.
- Medición y seguimiento del desempeño de los procesos prioritarios: identificación de la calidad observada.
- Aplicación y seguimiento de acciones de mejoramiento consistentes, tendientes a disminuir la brecha entre la calidad esperada y la calidad observada.

Este componente se sirve del análisis de resultados institucionales para verificar y promover el alcance de las metas y las expectativas de calidad propuestas, a la vez que progresivamente se reflejen en un servicio de mayor calidad y compromiso con los usuarios; asimismo cuestiona y censura toda situación que pueda generar detrimento o riesgo a la salud de los usuarios,

canalizando su corrección, en armonía con los demás componentes del sistema. En síntesis, la auditoría vigila y constata el óptimo desempeño del servidor en aplicación de los principios de eficiencia pública, centralizando la información referente al servicio y sus condiciones reales y esperadas de prestación, para valorar el desempeño y establecer las medidas tendientes al fortalecimiento de la calidad en servicio y función del usuario de salud.

3. Componente de acreditación

El Sistema Único de Acreditación de las EPS, IPS, entidades de medicina prepagada y entidades territoriales de salud, se presenta como componente y criterio de calificación que busca incentivar el mejoramiento y la buena práctica de la medicina institucional, al tiempo que reconoce la importancia que la ley 100/1993 le otorgó a la libre competencia empresarial en el sector de la salud (Jaramillo, 1997). En este sentido, un sistema donde sus proveedores y prestadores se encuentran en constante búsqueda de crecimiento institucional y resultados que acrediten su calidad ante la competencia, tiene buenas razones para producir efectos favorables en el servicio que se ofrece y por lógica debería mejorar la atención, la cobertura y probablemente los costos del mismo. Según el propio sistema,

La acreditación en salud es una metodología de evaluación externa, establecida y reconocida desde hace casi 50 años en Norteamérica, específicamente diseñada para el sector salud, [...] que permite asegurar la entrega de servicios de salud seguros y de alta calidad. Se basa en requisitos de procesos de atención en salud, orientados a resultados [...] de las entidades que desean acreditarse y de reconocimiento público en el ámbito nacional e internacional, con efectos de mejoramiento de calidad demostrados. Esta evaluación corresponde a un proceso voluntario en el cual se reconoce públicamente [...] el cumplimiento de estándares superiores de calidad [...]

4. Componente de información y atención

El último componente es el Sistema de Información en Salud y Atención a los Usuarios, que agrupa dos esferas prácticas con alcances y objetivos diferentes entre sí; el primer enfoque funciona como un banco de datos nacional, que opera como canal por el cual fluye la información relevante de la salud. De este sistema se sirve el Gobierno nacional, las entidades territoriales, las EPS e IPS, los centros de investigación y las universidades, quienes lo utilizan para estandarizar la información existente y descentralizar su acceso hacia todos los operadores regionales y locales.

El sistema busca que la información de envergadura sea difundida y esté al alcance real de cada prestador, quien puede tener acceso a la información y recibir conocimiento actualizado en materia de tratamientos médicos, contingencias, nueva normatividad de la disciplina, alertas tempranas para la suspensión del uso de medicamentos o tratamientos, entre muchos otros datos de gran valor para la prestación adecuada y debidamente informada del servicio (Presidencia de la República, 2012).

La segunda esfera o enfoque práctico de este sistema ya no se dirige al servicio, sino al paciente, su objetivo es construir medios idóneos para generar el conocimiento integral del que precisa el usuario en sede asistencial o quirúrgica, de tal modo que aquel pueda otorgar el consentimiento informado para acceder al procedimiento o, en su lugar, sean sus familiares con representación legal o circunstancial quienes lo concedan cuando se trate de un paciente incapaz de expresar su voluntad por razones legales o médicas.

Además del consentimiento informado, el sistema coloca a disposición del usuario, toda la información complementaria del servicio, de suerte que la persona que acuda en cualquier otra fase de su prestación, sea administrativa o básica, pueda recibir en detalle y a satisfacción una orientación en la tramitología propia de cada EPS o IPS, así como los conductos regulares para presentar

solicitudes, quejas o reclamos, armonizando las funciones de este componente con las garantías y mecanismos que puede ejercer el usuario para hacer valer sus derechos cuando considere que no están siendo respetados.

II. Aproximación del Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad en Salud al Estatuto del Consumidor

Al adentrarse un poco más en el Estatuto del Consumidor, es posible apreciar que sus artículos 6 y 7, colocan a cargo de los productores y proveedores de bienes y servicios ciertas responsabilidades y deberes de obligatorio cumplimiento frente al consumidor o usuario, incluida la denominada garantía legal. Sin embargo, al momento de considerar la atención en salud, resulta muy complicado adaptar y aplicar dichos conceptos claves del Estatuto a situaciones comúnmente presentadas en el sistema de salud, porque al tratarse de un servicio profesional, de alta complejidad, es necesario acudir a las amplias regulaciones que de forma especial acompañan el SOGCS y que, solo por su conducto permiten determinar por ejemplo, cuándo se ha incumplido con la garantía legal regulada paralelamente por el Estatuto, en los casos de obligaciones de medio adquiridas con los pacientes y usuarios. Que por lo general es cuando se desconocen las condiciones de calidad en la prestación del servicio, según las condiciones establecidas en normas de carácter obligatorio, en las ofrecidas o en las ordinarias habituales del mercado (artículo 7), surgidas mayoritariamente en los tratamientos y procedimientos médicos de gran complejidad.

Ahora bien, al hacer una aproximación de estos componentes al Estatuto del Consumidor, vienen a relucir en este las disposiciones de seguridad, garantía legal y calidad en los bienes y servicios ofrecidos al público, así como su objetivo de preservación y efectividad de los derechos de los consumidores y usuarios (Congreso de la República, 1993). Con todo, no se evidencia en el Estatuto la implementación obligatoria de componentes como el Sistema de Habilitación o de Auditoría del SOGCS, siendo criterios que

resultarían muy valiosos para la estandarización de cada proceso productivo en el mercado general de bienes y servicios, pues si bien es cierto, las autoridades de control supervisan en cierta medida (Gual y Villalba, 2013) el ejercicio profesional de los comerciantes y partícipes de la cadena de distribución, es también verdad que no se plantea un deber ser que tenga la vocación de excluir anticipada y preventivamente a un prestador de un servicio¹ o productor de bienes tradicionales que no cuente con ciertas condiciones y garantías de calidad para los usuarios y consumidores. La vigilancia que se realiza hoy en día es posterior, pero descuida en la mayoría del mercado las labores de prevención que podrían efectuarse de manera anticipada con resultados posiblemente muy favorables.

Es decir, aun cuando el decreto 3257/2008 expresa con claridad que el Subsistema Nacional de Calidad promueve en los mercados la seguridad, la calidad, la confianza, la productividad y la competitividad de los sectores productivo e importador de bienes y servicios, y protege los intereses de los consumidores en los asuntos relativos a procesos, productos y personas; y por otro lado, coordina las actividades que ponen en marcha las instancias públicas y privadas relacionadas con la formulación, ejecución y seguimiento de las políticas sobre normalización técnica, elaboración y expedición de reglamentos técnicos, acreditación, designación, evaluación de la conformidad y metrología; este no resulta adecuado frente a la prestación del servicio de salud.

Resulta entonces preciso indicar que la normatividad en salud está permanentemente enriquecida por la infinidad de reglas de conducta y procedimientos asistenciales y por manuales que

¹ Se trata de “servicios” porque en productos el subsistema general de calidad cumple un rol importante. El control general referenciado no resulta aceptable ni factible, porque afecta al comercio y no es viable económicamente verificar previamente la calidad de todos los productos. En cuanto a “servicios” menos, porque la calidad depende de la forma en que se prestó el servicio y esto solo se sabe con la prestación efectiva del mismo caso a caso.

guían el ejercicio profesional en el uso habitual o restringido de medicamentos, la aplicación preventiva de tratamientos, el diagnóstico y cirugía, entre otros que, en conjunto determinan el deber objetivo de cuidado como reglas de obligatorio cumplimiento para sus prestadores en todas las fases del servicio. Por ende, determinar si se ha cumplido o no de manera diligente con un procedimiento, resulta mucho más complejo aun cuando no imposible, que detectar la falla de un servicio tradicional como podría ser la telefonía o la televisión por cable, en donde basta la demostración fáctica y simple de la ausencia de tono en la línea o en la transmisión televisiva, para obtener su reparación o reclamarla ante la autoridad para hacer efectiva la garantía.

III. El régimen de responsabilidad con el usuario

En cuanto a responsabilidad y garantía del servicio de salud, establecer si se ha incumplido con el deber de cuidado y diligencia es tan subjetivo como el mismo régimen de culpa probada del servicio en materia de reparación directa –artículo 90 de la Carta Magna– o como la determinación de la tipicidad y la culpabilidad de una conducta en materia penal, siendo esto, algo que le distancia mucho del régimen objetivo del Estatuto del Consumidor. Cuando se debe estudiar, conocer y finalmente juzgar la conducta de un profesional o proveedor de salud al momento de ejecutar un servicio relacionado con esta, lo que debe hacerse es conocer las conductas señaladas por los reglamentos o por los estatutos y manuales públicos que enseñan el debido ejercicio de la salud.

Es decir, en caso de que una de las directrices que son ordenadas por este compendio no sea acatada o haya sido ignorada, necesariamente implica que se ha vulnerado el deber objetivo de cuidado con una conducta negligente y por lo mismo, si genera afectación al derecho material del usuario se estará incumpliendo con las normas que aseguran la calidad e idoneidad del servicio, dando lugar a la determinación de responsabilidad contractual del prestador.

En la misma línea de argumentación, puede afirmarse que el Estatuto del Consumidor tiene grandes virtudes al definir el concepto de producto defectuoso, sin embargo, deja vacíos al momento de precisar o al menos considerar el significado de un *servicio defectuoso* (Fernández, 2013). Si bien es cierto hay algunas circunstancias propias de la regulación del consumidor que se reservan a los bienes, al definir estos conceptos tan claves en la determinación de responsabilidad del proveedor como el *defecto* de un elemento que se pone a disposición del mercado y con destino al consumidor, es menester cubrir este tipo de vacíos legales, porque los servicios sin lugar a dudas ocupan hoy en día un lugar muy significativo al hablar de volumen de mercado, incluso más todavía que los mismos bienes, y al intentar subsumir el concepto “defectuoso” en cualquier servicio y en particular en la atención en salud, resulta igualmente insuficiente desde la perspectiva de la ley 1480/2011.

A manera de ejemplo se propone un caso de la atención médico-asistencial integrado por obligaciones de medios: una persona que padece cierta enfermedad recibe un tratamiento destinado por el proveedor de salud para su atención, siendo distinto al que su enfermedad requiere, puede ser por desconocimiento o por error de diagnóstico al no identificar la patología realmente padecida, dando como resultado, la muerte o el perjuicio físico del usuario, todo a partir de un servicio defectuoso que se inició en un diagnóstico médico equivocado.

Si bien puede decirse que el tratamiento fue correcto o diligentemente aplicado y, aunque no se exige un resultado favorable, es aún más cierto que el servicio fue defectuoso por un mal diagnóstico que incumplió con uno de los principios que contiene el SOGCS como lo es la pertinencia y, además, ignoró los reglamentos y manuales preventivos y de seguridad que deben seguirse en la prestación del servicio.

En un caso así, la discusión sobre la responsabilidad y su procedencia desde el punto de vista del Estatuto del Consumidor indicaría que, para poder

precisar si hay lugar a ella, debe estar presente una falla verificable de la garantía legal, o una falla del servicio con una demostración típicamente objetiva para su solución inmediata; pero en los servicios de salud, donde por regla general, las obligaciones a cargo del proveedor son de medios (Fernández, 2013), la demostración de la diligencia o su ausencia es determinante, siendo el régimen subjetivo y probado el que corresponde aplicar, teniendo que acudir necesariamente a los mecanismos tradicionales como la acción de tutela o en ocasiones el desvalorizado derecho de petición que ofrece el sistema de salud al usuario, por resultar mucho más adecuado al momento de satisfacer y reparar los intereses posiblemente afectados.

Cabe anotar que este aspecto se interpreta en el entendido que la carga de la prueba la tiene el profesional y no el consumidor según el Estatuto, esto es, la ley 1480/2011 establece causales de exoneración tanto para garantía como para responsabilidad por servicios defectuosos y en ninguna aparece la prudencia y diligencia; circunstancia que puede ser más útil para el consumidor a la hora de reclamar por las soluciones que desee.

Además, teniendo en cuenta que en el plano médico-asistencial resulta de gran dificultad señalar con celeridad el defecto en el servicio, al tratarse de un entorno potenciado con tratamientos complejos, algunas veces de larga duración que no permiten demostrar tan fácil y rápidamente la falla, como para proponer la aplicación de una medida como la garantía inmediata que ofrece el régimen general condensado en el Estatuto; inmediatez que dicho sea de paso, se trata de un ápice que le da su naturaleza a la garantía legal, caracterizándola por la procura de la pronta satisfacción de los derechos del consumidor. Característica que, conforme a lo expuesto, no es extensible a la garantía que pueda exigirse en relación con un defecto presentado en la prestación del servicio de salud.

En todo caso, no se descarta para futuras discusiones la posibilidad de revisar y estudiar su

aplicabilidad en materia de salud a procedimientos puramente administrativos o de menor complejidad.

Como se anotó en el ejemplo dado, al tratarse de defectos del servicio existe una problemática que impide la aplicación del Estatuto del Consumidor, misma que se extiende a las opciones ofrecidas al consumidor en su artículo 11 numeral 3, tales como “La prestación del servicio en las condiciones en que fue contratado” o la “devolución del precio pagado”, puesto que resultan insuficientes por sí solas para responder interrogantes como ¿de qué manera restablece esta sanción legal el derecho del usuario que ha fallecido o que ha sufrido graves e irreversibles lesiones en su salud o condición personal? Pensándose en que para lograr dicho restablecimiento a este en igualdad de condiciones con los consumidores de bienes, le baste emplear tan solo las herramientas que brinda el mismo Estatuto, sin que necesariamente tenga que acudir a la justicia ordinaria para solicitar el reconocimiento y pago de perjuicios en “garantía” como hasta ahora tendría que hacerse.

¿Cómo podría efectivizarse la garantía legal con la devolución del dinero en un sistema con aportes mensuales del régimen contributivo? O peor aún, en el régimen subsidiado, aclarándose sobre el particular, que lo dicho aplica a todos los regímenes, inclusive sistemas complementarios o medicina prepagada, considerando que el servicio de salud debe prestarse siempre sin que la pertenencia a uno u otro régimen o a uno u otro tipo de programa o modalidad de prestación, deba interferir en dicho goce o disfrute.

Lo anterior facilita concluir que el tratamiento de la responsabilidad del productor y proveedor plasmado por el Estatuto del Consumidor, dista claramente del sistema de atención en salud en aspectos tan sustanciales como la clase de responsabilidad a aplicar, donde sea del caso advertir, es el régimen subjetivo en el estudio de la conducta y la determinación de la culpa (Jaramillo, 2010) el que desempeña un papel en verdad importante en la evaluación de responsabilidad dentro de un servicio humano y

personalizado que sigue normas a veces muy específicas y de difícil interpretación.

Según esto, la prestación de un servicio que por su naturaleza esencial resulta obligatorio, a veces no tiene claridad sobre temas como la libertad y autonomía contractual o la libre competencia sin restricciones más allá de la lealtad y la legalidad, siendo natural que algunos no sean aplicables como mecanismos de protección contractual en beneficio del usuario de los servicios de salud, reafirmando de nuevo que las medidas tradicionales de defensa, garantía y seguridad propias del SOGCS resultan aplicables por prelación y por relevancia.

IV. Mecanismos de reclamación del usuario y responsabilidad

La atención en salud parte del principio de su accesibilidad universal, es decir, que toda persona pueda, en cualquier momento que lo necesite, tener asegurado el ingreso al sistema y así obtener tratamiento conforme a sus necesidades. El régimen de salud comprende entonces que la primera problemática que afecta la efectividad del servicio o derecho, es la posibilidad real de acceder a él; y es justo aquí donde se puede encontrar el primer mecanismo dispuesto para proteger al usuario, siendo el más directo y obvio de todos, a saber: una atención personalizada.

Bien se ha dicho a lo largo del presente documento que la salud puede haberse transformado en su operatividad y haber evolucionado a su institucionalización, pero los principios que hoy la rigen, demuestran por lo menos en teoría, que sigue teniendo el carácter humanizado que siempre debe conservar un servicio tan cercano a la esencia misma de la persona; por ello las entidades y autoridades que aseguran, promueven y prestan la salud, deben colocar a disposición de todos los usuarios del sistema las herramientas que faciliten recibir de manera eficaz y oportuna la atención que se precisa, en vez de crear barreras o limitaciones administrativas para acceder a los mencionados servicios (Supersalud, 2007).

La orientación del usuario, por ejemplo, resulta ser relevante si se brinda de forma sencilla y comprensible, con un lenguaje adecuado que explique con claridad los procesos y trámites que deben adelantar las personas para acceder a lo que su salud requiera. Esta función corresponde a la materialización inicial del Sistema de Información al Usuario, particularmente en el segundo enfoque presentado *ut supra*, además de que es impuesto por el sistema de tal forma que, las entidades responsables deben disponer de un área que se ocupe de resolver las inquietudes y ayudar al usuario a efectuar las gestiones administrativas para obtener la atención en salud de acuerdo con la Superintendencia Nacional de Salud (2007).

También necesaria es la divulgación constante de información relacionada con los departamentos o secciones burocráticas responsables de cada fase de la atención del usuario, incluidos los datos de contacto y ubicación, con particular énfasis en las dependencias encargadas de la asignación de autorizaciones o citas médicas, así como la indicación de las IPS que forman parte de la red ofrecida por una EPS con su respectiva ubicación y mecanismos de acceso.

Siguiendo el conducto regular, los usuarios tienen como segunda instancia la oportunidad de acudir ante las IPS y ante las mismas autoridades integrantes del SGSSS para elevar solicitudes, quejas o reclamos vinculados con la atención recibida; para lo cual el sistema fomenta la creación de espacios de participación ciudadana que sean ofrecidos con el patrocinio de la tecnología y la comunicación, de tal manera que los aportes ciudadanos sean considerados y puedan llegar a significar un mejoramiento de calidad en la atención de salud (Presidencia de la República, 2012).

Además, la Superintendencia Nacional de Salud (2007) ha puesto a disposición de los usuarios el “formato de negación de servicios” que según la misma funciona como un:

[...] instrumento a través del cual, cuando le sea negado un medicamento o un servicio,

el afectado tendrá derecho a que se le dé una constancia por escrito de las razones por las cuales no le han sido proporcionados los medicamentos, procedimientos o intervenciones solicitados a la entidad aseguradora o prestadora y determinar si podía acceder a los mismos de acuerdo con la cobertura del plan de salud que le está siendo prestado por la entidad aseguradora.

Este formato no tiene límites en el sistema de salud, incluso trasciende a los regímenes especiales de salud como el de las Fuerzas Militares y otros tantos más, comprendiéndose como el derecho que toda persona tiene de exigir que, frente a la negación del servicio o del suministro de un medicamento, se haga constar por escrito la información que sustenta la conducta de la EPS o IPS, quien tiene la obligación de diligenciarlo y certificarlo.

Cuando se trata de la negativa de suministrar un medicamento, la instancia que puede seguirse inmediatamente al formato de negación, es dispuesta por el sistema a través del Comité Técnico Científico, quien tiene la autoridad de definir si el medicamento se debe proporcionar o no al usuario. Son comunes los casos asociados al suministro de medicamentos que están por fuera del plan obligatorio de salud, donde el Comité Técnico Científico ha determinado en segunda instancia la obligación de suministrarlos en cabeza de las EPS, luego de la evaluación concreta de las circunstancias personales del usuario y la enfermedad que padece; siendo usual que los pacientes de cáncer, sida y otros padecimientos de alto costo sean beneficiados por este tipo de protección especial que les concede el sistema.

Es además importante resaltar que, la acción de tutela ha tenido un protagonismo muy frecuente al momento de ordenar el mismo suministro de estos medicamentos, cuando las EPS no han tramitado la consulta ante el Comité en mención después de haber tenido la obligación de hacerlo, o cuando han hecho caso omiso de sus órdenes, pues en estos casos, el derecho a la salud adquiere conexidad vital con el núcleo sólido de derechos fundamentales.

Cuando persista la inconformidad del usuario a pesar de haber ejercido los anteriores mecanismos de protección, este puede acudir a la Superintendencia Nacional de Salud quien se encarga de la inspección, vigilancia y control de la prestación de servicio, tratándose de un organismo con facultades sancionatorias que tiene como función principal, encaminar sus esfuerzos en la supervisión del SGSSS y vigilar que se respeten los derechos de los usuarios.

El decreto 1018/2007, las leyes 1122/2007 y 1438/2011 y la resolución 3140/2011 entre otras fuentes, sustentan esta facultad y establecen que la Superintendencia Nacional de Salud y sus delegadas pueden emprender procedimientos administrativos sancionatorios en contra de sus vigilados, entre ellos EPS e IPS, el mismo Fosyga y otros partícipes del servicio de salud determinados en el artículo 121 de la ley 1438/2011, cuando su conducta atente contra el SGSSS o contra los derechos y garantías de los usuarios, facultando incluso al superintendente Nacional de Salud, para decretar medidas cautelares inmediatas de conformidad con el artículo 125 *ibidem*, para ordenar “la cesación provisional de las acciones que pongan en riesgo la vida o la integridad física de los pacientes o el destino de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud” así como para que “se adopten las correspondientes medidas correctivas o de saneamiento” (decreto 1018/2007, art. 8).

Dentro de las facultades sancionatorias que se otorgan a la Superintendencia y que desarrolla la resolución 3140/2011, resulta primordial resaltar una de las disposiciones más significativas en materia de garantía y protección extensiva de los derechos de los usuarios de la salud y en particular de quienes padecen enfermedades de alto costo como el cáncer, se trata de la ley 1384/2010 también conocida como “Ley Sandra Ceballos”, a partir de la cual se estructuró un régimen sancionatorio en contra de las entidades prestadoras de salud que desconozcan el derecho de atención integral de la población afectada con este tipo de enfermedad, dando como resultado que sea posible la imposición de multas entre

los 200 y los 1000 SMLMV y la cancelación de licencias de funcionamiento, en los escenarios ya conocidos de negación de tratamientos y medicamentos, o la oposición a las decisiones del Comité Técnico Científico.

Finalmente, el último recurso al que puede acudir el usuario, además de la acción de tutela, es como ya se anticipó, la justicia ordinaria, como vía para adelantar las respectivas reclamaciones que por responsabilidad médica contractual puedan configurarse en la prestación negligente o defectuosa del servicio, así como en la insatisfacción del resultado esperado en áreas como la obstetricia y procedimientos de cirugía estética (Jaramillo, 2011).

Para estos efectos es interesante considerar que, dentro de las citadas medidas jurisdiccionales, existe un ambiente favorable que ha reconocido en los últimos años las condiciones desventajosas que enfrentan los usuarios de salud ante el proveedor de los servicios. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia (Fernández, 2013) y en algún momento el Consejo de Estado, decretaron la aplicación de un régimen probatorio comprensivo con la capacidad probatoria real que está en cabeza de un paciente del común, quien no entiende muchas veces su propia historia clínica ni mucho menos las condiciones de ejecución de un tratamiento; surgiendo la aplicación de un régimen probatorio invertido, en el cual el demandante que pretende el resarcimiento de un perjuicio, no debe asumir la carga de probarlo como históricamente el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (CPC) ordenaba, toda vez que el verdaderamente capacitado para hacerlo es su contraparte, quien con especialidad y profesionalismo conoce y dispone de todos los medios para probar si fue o no diligente en el cumplimiento de su deber objetivo de cuidado al prestar el servicio médico-asistencial, con lo que se reitera el carácter dinámico de la carga de la prueba, que al menos en materia de consumo, siempre ha existido, a diferencia como se señaló, de lo dispuesto en el CPC.

Sin embargo, es igualmente importante destacar que este régimen ha tenido cierta inseguridad

e indeterminación jurídica en los últimos años, por cambios dogmáticos del Consejo de Estado y por la implementación de un régimen de la carga dinámica de la prueba, con el que ya no se tiene por regla general que el usuario se vea beneficiado de una presunción legal a su favor, en la que se considere su condición de inferioridad con relación al prestador del servicio; sino que el juez decidirá en cada caso particular si invierte la carga probatoria al demandado o la sostiene en el demandante.

Conclusiones

- La visión y desarrollo económico de la salud, así como su enfoque empresarial e institucional y los fundamentos prácticos que guían su prestación, transformaron el vínculo tradicional del médico-paciente en lo que hoy podemos definir como una relación de consumo de servicios de salud. No obstante, pese a su relación directa con el Estatuto del Consumidor, este pierde en muchos aspectos la vocación para regular aquellas relaciones especiales de consumo, principalmente porque sus medidas de garantía, protección y satisfacción no están desarrolladas con tal suficiencia, como para alcanzar el nivel exigido por los servicios médico-asistenciales que reciben a diario los miles de usuarios del sistema general de atención en salud, los cuales además, tienen respaldo constitucional, mismo que ha flexibilizado todos los campos del derecho en los que antes imperaban únicamente principios como la autonomía de la voluntad privada, que hoy cede ante la prevalencia de protección efectiva de derechos constitucionales como el de la salud, que adquiere el carácter de fundamental por la conexidad que el mismo aguarda con el derecho a la vida, debiendo aludirse entonces a una complementariedad entre los dos sistemas.
- La atención en salud del usuario, al menos en los ámbitos teórico y normativo, está robustecida por los principios rectores de la función pública y además, forma parte de los fines esenciales del Estado como un derecho y servicio obligatorio, que como tal torna irrenunciables los derechos y garantías reconocidos para el usuario y que recibe las directrices de la política nacional de servicios, por lo que sus garantías en materia de calidad del servicio, protección, información y acceso oportuno cuentan con un campo mucho más amplio y preferente que se superpone al Estatuto del Consumidor. Lo que evidencia que en efecto, existe un régimen más garantista de los derechos que como consumidor tiene quien es usuario de los servicios de salud, a quien a falta de regulación específica en el Estatuto del Consumidor, por vía de otras alternativas, como la existencia de un régimen especial de aplicación preferente (que resulta más acorde con las necesidades y el contexto de los pacientes-consumidores) se le han salvaguardado todas sus facultades, en comparación con la regulación ofrecida para los consumidores de otro tipo de servicios.
- Y es que justamente con ocasión de la aplicación de dicho régimen especial dispuesto para el sector salud, mismo que condensa las herramientas antes expuestas en favor de los consumidores del servicio; se hace palpable el carácter garantista previsto normativamente para el sector. No obstante ello, debe contrastarse con su aplicación práctica, que de acuerdo con lo difundido en medios masivos de comunicación, no resulta ser la más satisfactoria con todo y el andamiaje normativo antes señalado.
- Componentes del SOGCS tales como el Sistema Único de Habilitación, debieran ser inherentes al universo de las relaciones de consumo, en este sentido, considerarlos en el futuro dentro de la protección usual del consumidor, puede ofrecer crecimiento en materia de garantías preventivas a favor del resto de los consumidores y usuarios de productos y servicios tradicionales; ampliando así el marco general de protección a los consumidores, brindando una protección integral para los mismos.

Referencias

- Fernández, M. (2013). La transposición del modelo de consumo al campo médico-sanitario. En: J. Gual & J. Villalba (dir). *Derecho del consumo, problemáticas actuales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Gual, J. & Villalba, J (Dir.) (2013). *Derecho del consumo, problemáticas actuales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Guzmán, F & Redondo, H. (1998). La ley 100 de 1993: ¿a quién beneficia realmente? *Revista Universidad del Rosario*, 91(581), 45.
- Jaramillo, C. (2010). *La culpa y la carga de la prueba en el campo de la responsabilidad médica*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Jaramillo, C. (2011). *Responsabilidad civil médica “la relación médico-paciente” análisis doctrinal y jurisprudencial*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Jaramillo, I. (1997). *Libre competencia en la prestación de la salud. “El futuro de la salud en Colombia. La puesta en marcha de la ley 100”*. Bogotá: Fundación Corona.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2007). *Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad en Salud. Pautas para el mejoramiento de la calidad de la atención en salud*. Bogotá: Ministerio de Salud y Protección Social.
- Presidencia de la República. (2012). Urna de cristal. ¿Sabías que entró en marcha el Sistema Único de Información en Salud de Colombia? Disponible en: <http://www.urnadecristal.gov.co/gestion-gobierno/sabas-que-entr-en-marcha-sistema-nico-de-informaci-n-en-salud-de-colombia>
- Superintendencia Nacional de Salud. (2007). *Guía práctica “Así protegemos los derechos de los usuarios de la salud”*. Bogotá: Superintendencia Nacional de Salud.
- Villalba, J. (2012). *Introducción al derecho del consumo*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Normatividad y jurisprudencia:

- Congreso de la República de Colombia. (1991). Constitución política.
- Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 100 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.
- Congreso de la República de Colombia. (2007). Ley 1122 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1438 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1480 “Por la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”.
- Consejo de Estado. (2005). Sentencia en acción popular 00254 de 10 de febrero. C. P.: María Elena Giraldo Gómez. Sobre la situación de desventaja del consumidor en la relación de consumo.
- Consejo de Estado. (2006). Sentencia del 22 de febrero, expediente 2002-00540. C. P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993). Sentencia SU-067. M. P.: Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia C-1141. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. (2002). sfefefN° 10.trato. el sponsabilidad ma leyabituales, en este sentido su consideracificar la fortSentencia C-377. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-973. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

- Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-1071. M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia T-466. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia C-909. M. P.: Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Constitucional de Colombia. (2014). Sentencia C-133. M. P.: Alberto Rojas Ríos.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. (2008). Decreto 3257 “Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2269 de 1993 y se dictan otras disposiciones”.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2006). Decreto 1011 “Por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad en Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud”.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2007). Decreto 1018 “Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”.
- Ministerio de Salud y Protección Social. (2013). Resolución 1441 “Por la cual se definen los procedimientos y condiciones que deben cumplir los prestadores de servicios de salud para habilitar los servicios y se dictan otras disposiciones”.

ALGUNOS PROBLEMAS “PÚBLICOS” DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA COMO COMPONENTES DEL ENFOQUE DE CICLO PARA LA FORMULACIÓN DE UNA POLÍTICA PÚBLICA*

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría**

Fecha de recepción: 1 de febrero de 2017
Fecha de evaluación: 19 de septiembre de 2017
Fecha de aprobación: 21 de noviembre de 2017

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3331>

Forma de citación: Vásquez, J. E. (2018). Algunos problemas “públicos” de la contratación estatal en Colombia como componentes del enfoque de ciclo para la formulación de una política pública. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 21, 41, 79-98. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3331>

RESUMEN

A partir de la pregunta ¿qué problemas públicos, alternativas de solución y procesos consensuados de toma de decisiones desde el enfoque de ciclo hacen posible una política pública para la planeación de la contratación en la Gobernación de Antioquia? el artículo trabaja el problema público como componente inicial del enfoque de ciclo, que en este caso se emplea para exponer deficiencias en la planeación de la contratación estatal y definir cuáles de ellas son problemas públicos para una política pública. Frente a estos objetivos se aplicó un diseño metodológico basado en el modelo cualitativo, con enfoque descriptivo orientado por categorías predefinidas. Como problemas públicos se exponen y definen la indeterminación del principio de planeación, la desatención de la ley 80/1993 a la teoría económica, la incompletitud del contrato estatal, la restricción de la subasta como mecanismo únicamente aplicable para la contratación de bienes y servicios de características uniformes y de común utilización en la contratación abreviada, y la exclusión normativa de entidades estatales de la ley 80/1993.

Palabras clave:

Contratación, planeación, función administrativa, descentralización, interés general, problema público.

* Artículo resultado de la investigación “Componentes iniciales para la formulación y diseño de una política pública de planeación en procesos de contratación para la gobernación del departamento de Antioquia”, adscrita a la línea de investigación “Derecho, conflicto e internacionalización”, del Grupo de Investigación Orbis Iuris de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas (Medellín, Colombia).

** Abogado y magíster en Derecho de la Universidad de Medellín (Medellín, Colombia). Líder del Grupo de Investigación Orbis Iuris de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas (Medellín, Colombia). Correo electrónico: jorge.vasquez@uam.edu.co

SOME “PUBLIC” PROBLEMS OF THE STATE CONTRACTING IN COLOMBIA AS COMPONENTS OF THE APPROACH OF CYCLE TO A PUBLIC POLICY FORMULATION

SUMMARY

From the following question: What public problems, solution alternatives and agreed processes of making decisions since a cycle focus, make possible a public policy to plan the Antioquia Government contracting process? This article works on the public issue as the cycle focus first component which in this case is used to set forth deficiencies in the state contracting planning process and to define which of them are actually public issues to be considered in a public policy. With regard to these goals a methodologic design based on a qualitative model was applied with a descriptive approach oriented by predefined categories. As public issues are presented and defined the planning principle indetermination, the law 80 of 1993 disregard in relation to the economic theory, the incompleteness of the state contract, the auction's restriction as only viable mechanism to obtain goods and services of uniform characteristics and common usage in the abbreviate contracting process, lastly, the normative exclusion of the state entities by the law 80 of 1993.

Keywords:

Contracting, planning, administrative function, decentralization, general interest, public issue.

ALGUNS PROBLEMAS “PÚBLICOS” DA CONTRATAÇÃO ESTATAL NA COLÔMBIA COMO COMPONENTES DA ABORDAGEM DO CICLO PARA A FORMULAÇÃO DE UMA POLÍTICA PÚBLICA

RESUMO

A partir da pergunta, ¿quais problemas públicos, alternativas de soluções e processos consensuais de tomada de decisões a partir da abordagem do ciclo possibilitam uma política pública para o planejamento da contratação na Governança de Antioquia? O artigo trabalha o problema público como um componente inicial da abordagem do ciclo, que neste caso é usado para expor deficiências no planejamento da contratação do Estado e para definir quais dessas são problemas públicos para uma política pública. Diante desses objetivos, foi aplicado um modelo metodológico baseado no modelo qualitativo, com abordagem descritiva orientada por categorias predefinidas. Como problemas públicos são expostos e definidos a indeterminação do princípio do planejamento, a negligência da lei 80/1993 à teoria econômica, a incompletude do contrato estadual, a restrição do leilão como mecanismo somente aplicável à contratação de bens e serviços de características uniformes e de comum utilização na contratação abreviada e a exclusão normativa de entidades estaduais da lei 80/1993.

Palavras chave:

Contratação, planejamento, função administrativa, descentralização, interesse geral, problema público.

Introducción

Con base en la pregunta de investigación ¿qué problemas públicos, alternativas de solución y procesos consensuados de toma de decisiones desde el enfoque de ciclo hacen posible una política pública para la planeación de la contratación en la Gobernación de Antioquia? se trazó como objetivo general de investigación determinar los componentes para formular y diseñar una política pública para la planeación de la contratación estatal en la Gobernación de la mencionada entidad territorial. Entre los objetivos específicos están exponer las deficiencias propias de la Gobernación de Antioquia en la planeación de los procesos de contratación y definir cuáles de ellas se constituyen en problemas públicos, de manera que justifiquen la implementación del enfoque de ciclo para la formulación y diseño de una política pública. Para la consecución de estos propósitos se ejecutó una metodología con sustento en el modelo de investigación cualitativo con enfoque descriptivo, guiado por categorías predefinidas de investigación.

Con el problema público como la categoría desde la que inicia el análisis del enfoque de ciclo –y que al tiempo sirve para dirigir su formulación y puesta en marcha– se da preferencia al modelo cualitativo por ofrecer el potencial descriptivo, interpretativo y valorativo de un objeto social y cultural como los problemas que padece una actividad eminentemente humana como la contratación. Sobre la configuración de problemas de tipología pública presentes en la actividad contractual de entidades territoriales del Estado se hace necesario identificar y caracterizar los elementos que intervienen en las acciones dotadas de sentido de las cuales se desprenden y que impactan el entorno social, actuaciones que por la índole amplia y dinámica de la actividad contractual requirieron de un modelo flexible, disciplinado y detallado como el cualitativo, que posibilitara comprender el rol potencial de los problemas públicos para la formulación y ejecución de una política pública en la planeación de la contratación estatal.

Con el modelo cualitativo como plataforma, la investigación se delimitó en un ejercicio que parte del caso experiencial de la Gobernación del Departamento de Antioquia, sin desligarlo de la imprescindible regulación e incidencia motivada en el ámbito nacional, donde los problemas públicos de la planeación de la contratación estatal se indagaron a partir del avance descriptivo, toda vez que este se ejecuta cuando se tiene la intención de describir fenómenos, contextos, situaciones y eventos; permite especificar las propiedades, características y perfiles de las personas, grupos, procesos, objetos u otros fenómenos, dando lugar a detallar la situación prevaleciente al momento de realizar la indagación sobre el origen, naturaleza, alcance y consecuencias de los problemas de naturaleza pública que afectan la planeación de la contratación estatal.

Este escrito comparte algunas ideas de las reconstrucciones teóricas sobre las categorías predefinidas que sirvieron de base epistémica para el desarrollo del trabajo de campo. Las categorías fueron la función administrativa, la descentralización, la contratación y las políticas públicas, esta última por ser el escenario en el que se inscribe el enfoque de ciclo, y en él, el problema público, recibe mayor tratamiento. Desde aquellas reconstrucciones teóricas se emprendió la identificación y posterior descripción de las deficiencias en la planeación de los procesos de contratación, tanto desde indagaciones previas que se constituyen en precedente del escenario al cual se adscribe la Gobernación de Antioquia, como desde un trabajo de campo concentrado en su experiencia concreta. El artículo procura argumentar por qué los problemas presentados son públicos y justifican la aplicación del enfoque de ciclo para la formulación de una política pública.

A. Referentes para la determinación de los problemas públicos de la planeación en la contratación estatal

Para determinar los componentes iniciales de una política pública para la planeación en la contratación estatal de la Gobernación de Antioquia, se acogieron como categorías predefinidas la

función administrativa, la descentralización, la contratación con el Estado, y por supuesto, las políticas públicas, ejes que se correlacionan y desde los cuales se consolida un escenario posible para la formulación y ejecución de una política centrada en problemas públicos que afecten la planeación en los procesos de contratación estatal.

Dentro de la estructura del Estado social y democrático de derecho adoptado en Colombia con la Constitución Política de 1991 y cuya concepción ideológica se inspira en principios como la libertad, la igualdad, la división del poder –materializada en el principio de la tridivisión entre los poderes públicos clásicos y la colaboración armónica entre los mismos para evitar el ejercicio absoluto y desmesurado– y el sometimiento de los particulares y las entidades públicas al Estado de derecho; la idea del papel del Estado ha sufrido inmensas transformaciones organizativas y funcionales, más aún si se enfoca el análisis en el ejercicio del poder ejecutivo.

Alberto Montaña Plata (2011) expresa que: “la administración pública es la parte del Estado que de manera más decidida debe dar desarrollo a esta nueva forma de concebirlo pues es, por excelencia, la parte de este que interactúa con la comunidad” (pp. 80-81). Pero a la importancia que tiene la administración como el poder público estatal que mantiene la interacción con los administrados, hoy deben sumarse fenómenos como el incremento en el gasto público, las tendencias a la democratización participativa y deliberativa, el crecimiento de la estructura estatal y los esfuerzos frente a la forma del funcionamiento administrativo del Estado a partir de la redistribución del poder.

Dichas tendencias encuentran lugar en la Constitución de 1991, especialmente al Estado administrador el artículo 209 lo somete al ejercicio de la función administrativa de la siguiente manera: “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la

desconcentración de funciones”, por lo que es la función administrativa el mandato constitucional que se asigna al Estado como pilar principal de su actuar, señalando que dicha actividad la ejecuta por regla general la administración pública, situada en la gestión de lo público y dirigida al cumplimiento de los fines del Estado (Montaña, 2011), pero como se mencionará, también puede ejercerla el poder jurisdiccional y el legislativo.

I. La función administrativa

La función administrativa en palabras de Gamboa (2007) tiene una íntima relación con la actuación de las autoridades administrativas:

[...] profundizar en el tipo de acciones o actividades que se pueden desarrollar bajo el concepto de administración pública implica de manera irremediable, aproximarse a todas aquellas materias con incidencia directa en la sociedad, a partir de actuaciones de las autoridades o los particulares con investidura pública, desarrolladas a través de los mecanismos o medios de acción institucional como los actos administrativos (individuales o generales) y el contrato estatal (Gamboa, 2007, p. 38).

Actividades como: la policía administrativa con las correspondientes prerrogativas de poder de coacción; la reglamentaria y normativa, la de intervención, control y vigilancia; la programadora y planificadora, la económica y la actividad de prestación de servicios públicos, están adscritas a la función administrativa, y siguiendo a Santofimio Gamboa (2007) están todas encaminadas a los presupuestos y principios de la forma de Estado, la organización territorial y la estructura político-administrativa.

Para Marín Cortés (2010) la función administrativa se vincula a la función pública, reservándose al ejercicio de una de las actividades o funciones propias de los poderes del Estado, por lo que la función pública es el género, y dentro de ella se localiza la función administrativa. Como parte de la función pública, Marín Cortés (2010) ex-

plica que la administrativa se ha visto sometida al debate a partir del cual se debe cumplir a satisfacción con la explicación de lo que como función implica y por qué no se confunde con las demás que integran la función pública.

Desde el criterio subjetivo u orgánico la función se identifica con el órgano estatal que la cumple, con lo cual se reservaría exclusivamente al poder ejecutivo, postura frágil, pues como se mencionó líneas arriba, en la actualidad es clara la posibilidad de que los otros poderes públicos ejerzan función administrativa. Desde el criterio material o sustancial se excluye el órgano y el procedimiento para reservarse a la materia que define la actuación, y a partir del criterio mixto, se interrelaciona el órgano que cumple la función como la tipología de la actividad realizada.

Además, Marín Cortés (2015) asocia la función administrativa con el acto de ejecutar, esto es, poner en obra algo, en específico el contenido de las normas jurídicas, por lo que la función administrativa reglamenta en forma práctica lo que establecen las normas jurídicas legislativas y excepcionalmente algunas de las disposiciones de la Constitución que le reconocen a una autoridad la facultad de efectuar dicha regulación directamente. Así, la función administrativa (Marín, 2015) es una labor que se ubica en el campo práctico, es continua y tiene por finalidad la satisfacción del interés público, por lo que incluye la toma de decisiones unilaterales vinculantes, la realización de hechos administrativos, operaciones administrativas, y para nuestro caso, la celebración de contratos, todo en cumplimiento de las competencias asignadas por el ordenamiento jurídico.

En el caso de Colombia el ejercicio de la función administrativa remite por lo corriente al comportamiento del poder ejecutivo, actor tradicional y aún primordial de la impulsión y desempeño de la gobernabilidad del Estado, y con ello, de la formulación y ejecución de políticas públicas, lo que arroja una premisa con un significativo poder, mas no totalizante: en el ejercicio de la función administrativa que reviste por lo común el poder

ejecutivo del Estado se radican las competencias para formular, diseñar y ejecutar políticas públicas, razón por la cual por regla general las políticas públicas se pueden asimilar a una manifestación de la función administrativa.

Se reitera que la premisa no es para nada totalizante, porque en la experiencia colombiana las políticas públicas se han venido abriendo campo desde otros actores, como es el caso del poder judicial¹, o incluso, lo que parece configurarse con algunos ejercicios del sector privado. La primera posibilidad podría apoyarse más en una visión objetiva, sustancial o material de la función administrativa, si se quiere solo vincular la formulación y ejecución de políticas públicas al ejercicio de la función administrativa, en donde el poder jurisdiccional tiene algunas dimensiones viables de ejercicio en dicha función; la segunda posibilidad podría sustentarse en la prestación de un servicio público –si se tiene en cuenta que el mismo se refiere a una actividad desarrollada por el Estado o por particulares, encauzada a la satisfacción de un interés general declarado por el legislador o el constituyente–, sometido a los principios del derecho público y prestado de manera continua, general, regular y obligatoria.

II. La descentralización

A lo anterior debemos agregar que en Colombia la estructura político-administrativa que por regla general ejerce la función administrativa lo hace tanto en el ámbito central como en el descentralizado, dividido en servicios, colaboración y territorial. La descentralización territorial representa la división en sede administrativa del territorio a fin de posibilitar la expansión de la función administrativa a todo el Estado, lo que a su vez abre la posibilidad constitucional y legal al despliegue de competencias, entre otras, a través de la materialización de políticas públicas concentradas en problemas públicos propios

¹ Un ejemplo de ello puede apreciarse en “Las órdenes de la Corte Constitucional: su papel y límites en la formulación de políticas públicas” de Diego Armando Yáñez Meza (2014).

de la sede territorial descentralizada. Libardo Rodríguez señala en relación con la descentralización que “es la facultad que se le otorga a las entidades públicas diferentes al Estado para gobernarse por sí mismas, mediante la radicación de funciones en sus manos para que la ejerzan autónomamente” (2010, p. 23); y concibe la descentralización territorial como “el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a las colectividades regionales o locales, para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad” (Rodríguez, 2002, p. 54). De allí que en la descentralización territorial se conserve un potencial de formulación, diseño y ejecución de políticas públicas a partir de las competencias que el ordenamiento jurídico asigna a las entidades territoriales descentralizadas para el cumplimiento de la función administrativa.

En la descentralización territorial las entidades territoriales llevan a cabo el ejercicio de sus competencias facultadas con una autonomía delimitada por los mandatos constitucionales y legales. Con ella las entidades territoriales ejercen derechos trascendentales como lo reconoce la Corte Constitucional en las sentencias C-889/2012 y C-123/2014:

Este grado de autonomía se expresa, entre otras facetas, en los derechos de las entidades territoriales a (i) gobernarse por autoridades propias; (ii) ejercer las competencias que les correspondan; (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y (iv) participar en las rentas nacionales.

III. La contratación estatal

En el marco de la descentralización la normativa sobre la contratación estatal cobra especial relevancia. El actual Estatuto General de Contratación contenido en la ley 80/1993 orienta el cumplimiento de la función administrativa contractual de las entidades estatales en Colombia. Se expidió con posterioridad a la promulgación de la Constitución de 1991, incorporando para la contratación la fuerte incidencia de los principios generales del derecho, cambio que Amaya

(2016) considera sustancial en la medida que la ley 80/1993 “fue concebida como una ley de principios orientadores de la gestión contractual del Estado, a tono con la realidad del país ante el surgimiento del Estado social de derecho”.

Además, como una contribución a la efectiva realización de las competencias por medio de la función administrativa, la Constitución de 1991 dotó a los cuerpos colegiados de las entidades territoriales departamentales y municipales de la capacidad de autorizar la celebración de contratos a los respectivos jefes de la administración seccional (artículos 300 y 313).

Con la preeminencia que cobran los principios, la Constitución Política modificó de forma exponencial la concepción política, administrativa y funcional del Estado, cuya base ya no son reglas o pautas determinadas de comportamiento, sino los postulados principialísticos y axiológicos, opuestos a la estructura soportada en las reglas normativas. En el caso de la contratación pública los principios se derivan de diferentes fuentes: (i) principios de rango constitucional, como legalidad, igualdad, debido proceso, buena fe, responsabilidad, prevalencia del derecho sustancial, interés público, imparcialidad, eficacia, moralidad, celeridad y publicidad; y (ii) principios de la función administrativa del artículo 209, los cuales a su vez contempla el artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, como propios de las actuaciones administrativas.

Enunciados los principios de rango constitucional y los de la función administrativa, hace falta citar los principios propios de la contratación estatal contenidos en el Estatuto General de Contratación (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 3 de diciembre de 2007), artículo 23:

Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función

administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.

El artículo 23 sistematiza y agrupa el contenido y alcance de los demás principios de conformidad con su origen normativo, para ser observados en el desarrollo de las etapas y procesos contractuales, de manera que no se trata solo de un referente obligatorio para el cumplimiento de los fines estatales a través de la capacidad contractual asignada a las entidades descentralizadas, sino que deben constituir un referente normativo para la formulación, diseño y ejecución de políticas públicas, empezando por una que atienda el proceso de la planeación de la contratación estatal mediante la cual se cumple la función administrativa, pues como afirma Amaya (2016)

[...] en la contratación estatal deben concurrir en una serie de principios que garanticen la finalidad para la cual se ha diseñado la mencionada tipología de contratación y que la expresión de la función administrativa sea cumplida a cabalidad, tanto por la administración como por el particular que ejecutará el contrato (p. 110).

En este orden, el ejercicio de la función administrativa del poder ejecutivo y también de entidades territoriales gracias a la descentralización, produce que la capacidad de contratación esté en manos de las personas jurídicas territoriales, lo que posibilita asegurar la atención a necesidades propias de sus jurisdicciones a través de un ejercicio contractual fuertemente sustentado en principios generales del derecho.

Con el ejercicio de la capacidad contractual radicada en entidades territoriales, el ordenamiento jurídico proporciona una garantía para la debida prestación de servicios públicos y, con ello, para la satisfacción de las necesidades de los administrados y el cumplimiento de los fines del Estado en las jurisdicciones territoriales. Lo

anterior acredita que la puesta en marcha de tan trascendental ejercicio pueda descansar en una política pública que se concentre en los problemas públicos que afectan la planeación de la contratación de esas entidades, procurando asegurar el adecuado ejercicio de las competencias de la función administrativa asignadas en el marco de la descentralización.

IV. Las políticas públicas

Se acude a las políticas públicas toda vez que en ellas se encuentra un medio empleado por el Estado para dar respuesta a las demandas colectivas, en donde la sociedad ha tenido una participación activa tanto para formular las demandas como para promover las respuestas a sus necesidades (Vásquez, 2015). Cuando se habla de políticas públicas se hace alusión a las “decisiones de gobierno que incorporan la opinión, la participación, la corresponsabilidad y el dinero de los privados, en su calidad de ciudadanos electores y contribuyentes” (Laswell, 1996, p. 26, citado por Aguilar 2000). Para Vélez Rivera (2008, citado en Vásquez, 2015) las políticas públicas son estrategias que posibilitan la actuación política de la sociedad, sin circunscribirse a una mera respuesta de problemas delimitados. Son estrategia de gestión política y participativa que escenifica interacciones entre los actores de la vida pública; por lo que son una construcción social que facilita la relación de autoridades públicas y sectores de la sociedad.

Por lo anterior, las políticas públicas se constituyen en un mecanismo idóneo y pertinente a través del cual las distintas manifestaciones de la administración pública pueden no solo enfrentar y tratar de solucionar problemas públicos propios de su competencia, sino afrontar aquellos que afectan el ejercicio de las propias funciones que le impone el ordenamiento jurídico para atender no solo la interacción con los administrados sino la respuesta a sus demandas. Así sucede con la etapa de la planeación de la contratación estatal, con la que una autoridad administrativa busca asegurar la prestación de servicios públicos y satisfacer necesidades colectivas, asumiéndose

el conocimiento de la mayoría de ellos a través de diversos medios de interacción y participación con los administrados.

Según Salazar (1995, p. 30, citado en Vásquez, 2015, p. 25) la política pública es el “conjunto de sucesivas respuestas del Estado frente a situaciones consideradas socialmente problemáticas”, se refiere a una serie de decisiones propias del régimen político que abordan las problemáticas más urgentes de la sociedad; en sus palabras, son las “decisiones y acciones del régimen político frente a situaciones socialmente problemáticas y que buscan la resolución de las mismas” (Salazar, 1995, p. 30).

Desde esta perspectiva, las políticas públicas también se posicionan como alternativa de una autoridad administrativa, como en este caso se propone con la Gobernación de Antioquia, para acoger las problemáticas presentes en la planeación de su contratación, resaltando que para poderlas insertar en una política pública dichas problemáticas deben ser socialmente relevantes, lo que exige acreditar su incidencia y afectación en la satisfacción de intereses generales, o igualmente, en los ejercicios, procedimientos, estructura, organización, funcionamiento o capacidad de atención y respuesta efectiva de las autoridades competentes obligadas a garantizar la satisfacción de dichos intereses, como se estima que sucede con la administración pública a través del ejercicio de la contratación. En esa dirección un compromiso resulta ineludible para el tema propuesto: la identificación de las situaciones que dentro del ejercicio de la contratación estatal pueden ser denominadas como problemas públicos y, por ende, justifican la formulación, diseño y ejecución de una política pública².

² No debe perderse de vista que el artículo 3 de la ley 80/1993 dispone: “Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines”.

V. El problema público para las políticas públicas

Se explicará en esta sección la naturaleza y sentido del problema público dentro de una política pública, para ello, se acogió el enfoque de ciclo como un modelo tradicional y de uso común en Latinoamérica, con el que es posible no solo darle un lugar específico a los problemas públicos como componente de una política, sino además postular que los mismos tienen una tipología pública, lo que resulta necesario para la formulación de una política dirigida a la planeación de la contratación estatal.

El enfoque de ciclo, marco secuencial o enfoque de los libros de textos (Roth, 2008), es el más tradicional de los marcos de análisis de las políticas públicas. Planteado por Laswell, en el enfoque de ciclo la política pública se concibe como un objeto de naturaleza divisible o fragmentable en fases, sobre las cuales se puede hacer un estudio independiente y particularizado. Laswell (1956, citado en Hernández, 1999) asimila el enfoque de ciclo para el análisis de una política pública con las mismas etapas generales que definen su surgimiento, implementación y cierre, por lo que dividió en siete momentos el mencionado ciclo: inteligencia, promoción, prescripción, innovación, aplicación, terminación y evaluación.

Para Roth (2008, citado en Vásquez, 2016) las etapas del ciclo son la definición de un problema y la construcción de la agenda, la formulación de la política, la decisión, la implementación y la evaluación; mientras que para Howlett y Ramesh (1995) se identifican el reconocimiento del problema, la propuesta de una solución, la selección de la solución, su aplicación y apreciar o evaluar los resultados.

En el caso de Jones (1970) se distinguen cinco fases: identificación de un problema, formulación de soluciones, toma de decisión, implementación y evaluación (Cuervo, 2007). De esa manera inicialmente se da la identificación de una situación problemática y la inclusión de la misma dentro de la agenda política; para lo que es menester que

la “situación sea percibida como problemática por los actores políticos y sociales. [...] se solicita entonces una acción pública y se busca que el problema esté inscrito en la agenda del sistema político” (Roth, 2004, p. 59).

Aguilar (2005) empieza por determinar el objetivo y ordenar las preferencias (identificación de un problema); indicar las opciones de acción que, por lo medios que emplean y las consecuencias que ocasionan, se consideran idóneas para llegar al objetivo (formulación de soluciones y acciones); comparar las opciones en términos de su eficiencia técnica y económica; elegir y poner en práctica la opción óptima eficiente; evaluar resultados, aprender y corregir.

A partir de la aproximación teórica al enfoque de ciclo es posible sintetizar los estadios generales que forman un proceso cíclico que permita no solo el análisis de una política pública, sino también establecer su existencia, evolución y efectos:

1. Identificar y definir el problema, 2. Inclusión del problema público en la agenda, momento en el cual se da el tono y orientación a la actuación de la autoridad, 3. Presentación de alternativas u opciones que integran el programa de ejecución para la consecución del objetivo y contrarrestar el problema público. 4. Decisión de selección de la alternativa pertinente y necesaria, 5. Definición del programa de Política a implementar, 6. Implementación del programa de política, 7. Evaluación de los efectos producidos y la consecución de los objetivos trazados (Vásquez, 2016, p. 99).

En el enfoque de ciclo se hace obligatorio identificar, describir y explicar el (los) problema(s) que da(n) lugar a una política pública. El problema debe acreditar la naturaleza de ser público, por lo que su categorización es un asunto cuidadoso que requiere tiempo e información contextual que permita una lectura adecuada del problema como un asunto público. La categorización no se genera únicamente desde los documentos, sino que requiere de un proceso

de investigación empírica que permita definir, como mínimo, “la naturaleza, las causas, la duración, la dinámica, los afectados y las consecuencias posibles del problema” (Roth, 2004, p. 60, citado en Vásquez, 2016, p. 100), lo que justifica mencionar para el caso que sustenta esta revisión teórica, la proyección de un diseño metodológico cualitativo en el cual hay tránsito entre los hechos y las valoraciones a la luz de los referentes teóricos.

De allí que la identificación del problema pueda hacerse tomando como base las necesidades o requerimientos de los ciudadanos (demanda) o las consideraciones seleccionadas por los agentes estatales (oferta). Se pueden distinguir analíticamente dos elementos que se articulan: (i) la construcción del problema que urge de una intervención pública y (ii) su inscripción en la agenda política (Vásquez, 2016). Roth señala que para reconocer la realidad problemática que propone Lenoir (1986) debe existir:

[...] una transformación en la vida cotidiana de los individuos, originada por cambios sociales que afectan de manera diferenciada a los grupos sociales. [...] esta tensión inicialmente vivida como un problema individual, tiene que transformarse en un problema social y entonces el problema tiene que encontrar una formulación pública, lo cual se constituye en la segunda fase (Roth, 2004, pp. 58-59, citado en Vásquez, 2016, p. 100).

Roth (2004) afirma que los actores deben convencer a la autoridad pública de que además de ser un problema público es competencia del Estado enfrentarlo, una de las razones puede ser la necesidad de intervención del mismo, ya que es muy posible que la solución a la problemática no se pueda conseguir sin la injerencia de este, pues otros actores, por ejemplo, los que están en el mercado, no estarían dispuestos siempre a contribuir. Además, la situación que se representa en problemas debe darse desde el lenguaje del bien público y de la garantía de los derechos para que este sea tratado por la autoridad pública, lo que hace pertinente

puntualizar siguiendo a Roth, que desde las distintas definiciones de política pública se derivan connaturalmente los momentos del enfoque de ciclo, por coincidir ante la presencia de la institucionalidad el problema público, los objetivos y el proceso para afrontar el problema y para evaluarlo (Cuervo, 2007).

El problema público también puede ser comprendido desde los aportes de Muller (2002, citado en Cuervo, 2007), para quien el carácter distintivo de la política pública es la construcción de las representaciones sociales de la acción pública y de las relaciones sociedad-Estado, por lo que el problema público se vincula tanto con la causa o hecho generador de aquellas representaciones y expectativas sociales de la acción pública amparada por las competencias que impulsan el ejercicio de la función administrativa, como con las formas por medio de las cuales se debaten las demandas de los asociados con la autoridad estatal, esto es, la afección, amenaza, vulneración o riesgo de aquellos bienes jurídicamente relevantes sobre los que se espera protección.

En este sentido, el problema público, como componente inicial e ineludible de una política pública guiada desde el enfoque de ciclo, es una construcción subjetiva que con seguridad variará dependiendo de la visión de los actores involucrados, por lo que resulta conveniente la perspectiva que sobre ese problema tienen actores políticos y sociales estratégicos (Tamayo, 1997) con quienes se pueden emplear diversos medios participativos para develar la apreciación frente a la necesidad o interés que concentra el problema, y caracterizar sus dimensiones, afectados, gravedad, ramificaciones e intensidad. De acuerdo con Mejía Jiménez (2012) el problema es público cuando se entiende como una situación socialmente problemática que corresponde de manera importante a la competencia de la autoridad estatal. En definitiva, el problema público implica la toma de una decisión sobre la forma como se asume una realidad determinada, con lo cual se define el posterior desarrollo de la política pública, empezando por las alternativas

posibles y necesarias que puedan ser escogidas como solución del problema.

B. Aproximación a algunos problemas públicos en la planeación de la contratación estatal a partir de la experiencia colombiana

Frente al propósito de exponer las deficiencias de la Gobernación del Departamento de Antioquia en la planeación de los procesos de contratación, los problemas con naturaleza pública se extrajeron de dos escenarios, uno teórico, general y contextual, y otro fáctico, específico y experiencial centrado en el caso de estudio. A partir de la indagación de ambos escenarios se propuso una hipótesis más que conclusión, en la medida que existen muchos contraargumentos a la misma: los problemas de naturaleza pública que aquejan la planeación de la contratación estatal se amparan en la imperfección de la normativa sobre la materia, más que en la exclusiva desviación anómala de la conducta contractual de los funcionarios administrativos. En otras palabras, un problema tan común como la corrupción parece estar más justificado en las debilidades e imperfecciones de la norma que en el preeminente actuar doloso de quien emprende la contratación a nombre del Estado. La anterior hipótesis y potencial conclusión se deriva de diagnósticos y estudios preliminares recientes de la experiencia colombiana en la que se adscribe la Gobernación de Antioquia.

A continuación se exponen como potenciales problemas para una política pública de planeación de la contratación estatal la realidad indeterminada del principio de planeación, la desatención de la ley 80/1993 a la teoría económica, a la cual se asocia la incompletitud del contrato estatal y su obligada renegociación; la restricción de la subasta como mecanismo únicamente aplicable para la contratación de bienes y servicios de características uniformes y de común utilización en la contratación abreviada; y la exclusión normativa de muchas entidades estatales de la ley 80/1993 y su sometimiento a disposiciones

normativas excepcionales al Estatuto General de Contratación.

I. El principio de planeación en la contratación estatal

De todas las situaciones perfiladas como potenciales problemas públicos, la más recurrente radica en el contenido, alcance y poder vinculante de la planeación como principio, aspecto que sobresale en Amaya al preguntar ¿qué motiva el error en los procesos de contratación pública en Colombia? Y propone el principio de planeación al ser el “eje central y angular de todo lo relativo a las actividades que se desarrollan de los procesos contractuales del Estado” o como lo asevera luego, “faro en la delimitación de los aspectos procesales de esta expresión de la función administrativa que deben ser evaluados y tenidos en cuenta durante las diferentes etapas del proceso de contratación pública” (Amaya, 2016, p. 109).

Sobre la planeación recaen debates que van desde su aparente carencia de fuerza vinculante a raíz de su falta de reconocimiento positivado en el ordenamiento jurídico, sus contenidos axiológicos, su delimitación y articulación con otros principios de la contratación y la función administrativa, hasta debates como si su inobservancia o incumplimiento generara la nulidad del contrato estatal. Este último es el problema que estudia Sandoval Peña (2015), quien destaca cómo a partir del 2013 distintas salas que integran el Consejo de Estado se han visto involucradas en discusiones y toma de decisiones sobre el potencial de la planeación y los efectos de su inobservancia, dividiendo opiniones entre los que aseveran que genera la nulidad del contrato por violarse una norma superior que asegura el interés general y los que sostienen que las causales de nulidad absoluta están expresamente reconocidas en la ley y no podría reconocerse una adicional, además de que no configura un objeto ilícito, no obstante, se deja abierta la posibilidad de probar que sirve de causal para alegar el incumplimiento del contrato imputable a quien no realizó la debida planeación.

Esta dimensión del principio de planeación aparece en una sentencia del 24 de abril de 2013 de la subsección C de la sección tercera del Consejo de Estado, por medio de la cual se reconoció que el desconocimiento del deber de hacer planeación en la contratación estatal deviene en la nulidad por ilicitud en el objeto, postura que se reiteró en una sentencia del 13 de junio del mismo año. En la sentencia se aclara que si bien el deber de hacer planeación no está expresamente señalado en la legislación, se extrae del ordenamiento jurídico la idea de que el procedimiento contractual debe ser claro, específico y organizado, lo que remite al problema de la articulación y relación de la planeación con otros principios.

Sandoval Peña (2015) registra cómo desde las sentencias al principio de planeación se vincula la oportunidad de garantizar elementos como el costo de los bienes y servicios a contratar y el plazo de ejecución, también se le da valor al deber de selección objetiva, sin dejar de lado que dicho deber también está en los particulares:

[...] conforme al artículo 2o de la Ley 80 de 1993, el deber de planeación también debe ser garantizado por los particulares, primero, colaborando con la entidad dentro de la ejecución contractual a fin de que los yerros cometidos por esta puedan ser corregidos, pero adicionalmente, evitando participar en procesos de contratación en los que se evidencie el desconocimiento de tal deber (Sandoval, 2015, p. 8).

Efecto jurisprudencial que igualmente destaca Laura Amaya (2016):

- Que, a partir de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 3° de la Ley 80 de 1993, comoquiera que los particulares contratistas del Estado son colaboradores de la administración, se desprende que ellos también tienen deberes en el cumplimiento del principio de la planeación lo cual implica para el particular, no solo poner de presente a la entidad contratante las deficiencias en el cumplimiento de

las normas sobre planeación sino, además, abstenerse de celebrar contratos en los cuales existan fallas en su planeación.

- Que, en razón a lo anterior, no podrá el contratista pretender el reconocimiento y pago de derechos económicos surgidos con ocasión de un contrato estatal celebrado y ejecutado con violación al principio de la planeación, por cuanto ello sería una “apropiación indebida de los recursos públicos”.
- Que, el contrato celebrado con desconocimiento del principio de la planeación adolece de objeto ilícito, por cuanto se celebró en contravía a lo dispuesto por normas imperativas que ordenan que los contratos estatales deben ser adecuadamente planeados para la satisfacción del interés general (lo anterior se soporta en lo previsto en el artículo 1519 y 1741 del Código Civil, así como en las causales contenidas en los numerales 2° y 3° del artículo 44 de la ley 80 de 1993).

Pero no toda falla al deber de planeación constituiría una causal para declarar la nulidad del contrato estatal. Sandoval Peña (2015) identifica tres razones en la jurisprudencia: (i) el contrato definitivamente no podría ejecutarse de cuenta de la ausencia de planeación; (ii) la ejecución del contrato depende de situaciones indefinidas; y (iii) no se podría cumplir con el objeto en los plazos establecidos si ello implica que la entidad debe incurrir en mayores gastos, postura con la que coincide Amaya (2016) que señala que la indefinición del objeto contractual a raíz de la indebida planeación generará la nulidad contractual, pues el objeto contractual nace y se configura en la etapa de la planeación.

De lo anterior se colige que la más clara aproximación a la naturaleza pública del problema trazado sobre el principio de planeación se encuentra en las aristas que componen el problema jurídico expuesto a través de la acción de tutela incoada contra las providencias del Consejo de Estado del año 2013. El juez de tutela señaló que omitir el deber de planeación no es una

causal para declarar la nulidad, pues no es una causal autónoma prevista en la ley y tampoco configura un objeto ilícito, en la medida que al enmarcarse en la etapa precontractual no se asocia con las prestaciones del contrato, para concluir que la falta de planeación podría generar incumplimiento del contrato imputable a quien no realizó la debida planeación, y la configuración de un objeto ilícito dependerá de la ilicitud de las prestaciones contractuales vinculadas a la falta o indebida planeación.

Con el fallo de tutela se revocó la sentencia de 2013 y se ordenó que se profiriera una nueva, a lo cual la subsección C de la sección tercera del Consejo de Estado recalcó que la declaratoria de nulidad protege el orden público, y que la transgresión a una norma imperativa o que señala una prohibición legal afecta la validez del negocio, lo que amerita declarar la nulidad.

Las consideraciones definidas en la jurisprudencia sobre el deber de planeación necesariamente trasladan la atención a valoraciones sobre otra dimensión igualmente problemática de la planeación. Su naturaleza como principio resulta fuertemente cuestionada, y de ella, los efectos y alcances que debe generar en el ordenamiento jurídico, aspecto en el que Amaya (2016) deja ver la amplia relación entre la planeación y otros principios que la definen y acompañan en el proceso contractual, como es el caso de la transparencia y la eficiencia para su construcción, y de todos aquellos que por mandato legal concurren en la actividad contractual, de tal manera que “no se puede perder de vista que la ausencia de planeación afecta la eficacia, la eficiencia, la igualdad e incluso al objeto del proceso, generando una afectación al interés público que se persigue con ocasión del contrato” (Amaya, 2016, p. 110). Sandoval Peña (2015) citando a Atienza y Ruiz Moreno (1991, pp. 103-105) recuerda que los principios son reconocidos como normas:

[...] (i) con un sentido general, (ii) redactadas en términos particularmente vagos, (iii) programáticas o directriz, (iv) contentivas de los valores superiores de un ordenamiento

jurídico, (v) especialmente importantes aunque no sean del todo específicas, (vi) relevantes desde el punto de vista jerárquico, (vii) dirigidas a los órganos de aplicación y, finalmente, (viii) como *regula iuris*, esto es, como máximas de las ciencias jurídicas considerablemente generales.

De lo anterior que Sandoval Peña recuerde que la planeación se trata de un deber de la contratación. El autor acude a Vargas (2010) para señalar que es el primero de los eventos esenciales del proceso contractual, el cual debe ser eficiente, oportuno, coherente y coordinado. Se trata de una herramienta de gerencia pública que tiene por finalidad estructurar de la mejor manera un contrato (Suárez, 2014, citado en Sandoval, 2015), esto lo refuerza Sandoval Peña a partir de normas convencionales, legales y reglamentarias. Convencionalmente propone la obligación del Estado de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos reconocidos también en el bloque de constitucionalidad, lugar en el que la contratación estatal debe cumplir los fines del Estado. Legalmente ubica el principio de planeación en los artículos 24 y 25 de la ley 80/1993, y reglamentariamente en el decreto 1082/2015.

La no tipificación del principio de planeación en las normas de la contratación estatal da cuenta de la estrecha y compleja relación que tiene con otros principios, por lo que su esencia y existencia dependen de la aplicación sistemática e integral de ellos, “la normatividad aplicable al principio de planeación se desarrolla a partir de la normatividad que sustenta y reviste de carácter jurídico de los demás principios aplicables a los procesos de contratación pública en Colombia” (Amaya, 2016, p. 112).

Sobre el sentido y alcance de la planeación Aponte Díaz (2014) manifiesta que las falencias que se presentan están relacionadas con una confusión de contratistas, contratantes y demás intervinientes sobre el alcance conceptual y práctico del plan, la planeación y la planificación, confusión en la cual también incurrió el legislador. Citando

la modalidad de contrato de obra, Aponte Díaz (2014) afirma que en la contratación se ha limitado el concepto de planeación al asociarlo solo a la etapa precontractual y descuidándolo de las demás etapas, a sabiendas de que se trata de un sistema que garantiza el cumplimiento de los fines del Estado, y que conforme con diversas disposiciones, como el artículo 37 del decreto 1510/2013, debe ser concebido como un concepto dinámico que se entiende agotado una vez se verifica que la necesidad que motivó la contratación fue debidamente suplida. Por la confusión se suscitan muchos problemas de la contratación como las demoras en la ejecución de las obras, los sobrecostos y los fenómenos de corrupción, pero Aponte Díaz aclara:

[...] es viable considerar que los problemas que se han suscitado no parten del desconocimiento jurídico o de carecer de medios de acceso a la justicia, ni puede decirse que contractualmente se tenía la intención de no cumplir con la ley, motivo por el cual es evidente que tanto los administradores públicos, los contratistas, interventores y supervisores no han asumido desde sus funciones la planeación de manera práctica, dinámica e integral y han dejado el desarrollo de los contratos a una ejecución de términos negociales (2014, p. 180).

Una buena y real planeación debe incluir necesidades, objetivos y metas, la definición de estrategias y de medios para lograrlas, lo que exige asegurar su alcance y sentido en términos de una seguridad jurídica y dinámica que no defraude la satisfacción del interés general. Aponte Díaz (2014) expone que la confusión sobre el alcance de la planeación viene dada por la falta de delimitación expresa y la remisión a guías normativas correlacionales –en lo que coincide con Sandoval Peña (2015) y Amaya (2016) al encontrar la planeación referenciada en los artículos 24 y 25 de la ley 80/1993–, de donde se ha entendido su incidencia solo para la etapa precontractual, dimensión a la que no debe circunscribirse el alcance de ese principio:

Desde el enfoque jurídico, una revisión de orden normativo, doctrinal y jurisprudencial evidencia que la planeación no es solo un asunto preliminar a la contratación de obras públicas: también es liminar, entre los estudios previos que plantean los términos de referencia del contrato en su dimensión objetiva y el modo fáctico, correspondiente al cumplimiento del mismo, paralelo al desarrollo y entrega a satisfacción de las obras contratadas. Pero, a su vez, en una dimensión posliminar de todo contrato y toda obra pública terminada, la planeación plantea considerar la garantía de la durabilidad de la obra en condiciones de funcionamiento adecuado, sostenibilidad económica e incluso para minimizar el impacto ambiental y social (Aponte, 2014, p. 181).

Aclarar el sentido y alcance de la planeación es una preocupación recurrente, a lo que Aponte Díaz (2014), citado por Avellaneda (2016), propone esclarecer la diferencia entre planear y planificar. Acudiendo a la definición del Departamento Nacional de Planeación (2006) explica que planear es

[...] prever para dirigir el camino hacia la consecución de una meta; administrar, para ir paso a paso, bajo circunstancias en las que concurren tanto elementos determinados como factores que son aleatorios; planear es tener un plan, una proyección, una ruta previamente trazada, algo de lo cual se dispone antes de empezar una obra pública.

Por otro lado, planificar se asocia a la optimización de recursos, desplegar una estrategia económica para que los medios que se tienen rindan al mayor nivel frente a una necesidad que los supera. El ordenamiento jurídico no emplea el término planificación sino planeación, a lo cual Aponte Díaz rescata la propuesta de Rico (2008):

[...] que el concepto pase de ser un principio enunciado jurídicamente y descrito someramente en el ordenamiento, para que se transforme en un instrumento más técnico y por ende eficiente, que permita aplicar al cumplimiento de la ley, un protocolo o manual

técnico de lo que debe ser la planeación en materia de contratación pública. En dicho manual han de considerarse las tres etapas ya enunciadas, pero al mismo tiempo, corroborarse en la obra ejecutada, que cumple plenamente con el objeto contractual y con su justificación de orden social, en términos de desarrollo y bienestar para la comunidad, para hacer obras que impliquen la apertura de la democracia a la participación en la dinámica social y económica, sobre todo para los estratos de la sociedad que tradicionalmente han quedado excluidos del desarrollo.

II, La desatención de la ley 80/1993 a la teoría económica

Otro problema potencialmente público aparece en el estudio de Yuri Gorbaneff (2003) que identifica la desatención de la ley 80/1993 a la teoría económica de los proponentes, a lo cual vincula la incompletitud del contrato estatal y su obligada renegociación. Citando a Arias y Sandoval (2000) asegura que del año 1997 en adelante las demandas contra la nación en billones de pesos se cuadruplicaron en el monto pretendido. Dicho incremento lo conecta con la desatención a la teoría económica de parte de los proponentes del Estatuto General de Contratación, pues estima el autor que la ley 80/1993 tiene más contenido ideológico que cálculo económico. Según Gorbaneff el problema de base es la selección de la estructura organizacional óptima para la contratación, de donde se deriva la estructura de integración vertical, y por otro lado, la estructura de la subcontratación.

En la integración vertical se aprecia la cadena productiva en la que se encuentran fabricantes de insumos con compradores que fabrican productos y los consumidores. Dicha integración vertical suele ser explicada con la teoría de los costos de transacción, desde la que se define la organización, estructura y pertinencia de una empresa, la cual resulta necesaria para que se pueda descubrir a la contraparte con la que se desea hacer la transacción y por tanto, refleja los costos necesarios de búsqueda, negociación,

decisión, seguimiento e imposición (Gorbaneff, 2003).

Dentro de los costos de transacción, Gorbaneff citando a Coase (1994), identifica el costo de la negociación del contrato, de donde se diferencian los valores *ex ante* –negociación, formulación de contingencias y responsabilidad de los agentes– de los valores *ex post* –renegociación, arbitrajes e imposición de acuerdos–. De la racionalidad limitada de los contratantes, preocupados por ahorrar costos *ex ante* y *ex post*, se desprende el grado de completitud de un contrato.

Habrà completitud del contrato cuando haya simetría de información entre los contratantes, especificación de los activos, claridad y certeza en el costo de la negociación y verificabilidad de las contingencias, pero ante la ausencia o debilidad de este tipo de componentes se presenta la incompleción del contrato, y dicha incompletitud se liga a los ahorros que los agentes contratantes buscan hacer sobre los valores *ex ante* y *ex post*. Cuando se da la incompletitud del contrato para las partes no hay claridad sobre su responsabilidad, lo que da lugar al oportunismo, en la medida que para el momento en que se siente la incidencia de la incompletitud los agentes ya han hecho sus respectivas inversiones, por lo que la empresa contratista puede verse sujeta a ser explotada por la empresa contratante, la cual buscará a cabalidad el cumplimiento del objeto contractual.

Dicho fenómeno acarrea que, ante la posibilidad de renegociación a raíz de la incompletitud del contrato, el contratista haga las inversiones, pero muy por debajo a lo esperado para poder asegurar utilidades, lo que en últimas defrauda la finalidad contratada, como lo explica Gorbaneff (2003, p. 98) “el futuro proyecta sombra al presente, y la contratista, presintiendo la renegociación y la división de utilidades, hace una inversión menor a la esperada”. Gorbaneff entonces propone que la ecuación contractual mantenga la igualdad o equivalencia entre los derechos y las obligaciones surgidos al momento de contratar, pues la posibilidad de renegociación es inminente, y en ella, el oportunismo de las partes contratantes.

Por otro lado, Gorbaneff (2003) sobre la ley 80/1993 sostiene que “está inspirada en la teoría económica clásica, con sus supuestos de la racionalidad limitada, información perfecta y gratuita y de la imposición perfecta y gratuita de lo pactado, que permite elegir las mejores propuestas *ex ante*” (p. 100), lo que remite a los criterios de la selección objetiva, que para el caso colombiano permiten una subcontratación sustentada en una buena etapa precontractual desde la que se asegura la selección de la mejor propuesta, aunque descuida la poscontractual, de donde surge un contrato incompleto, y consecuentemente el oportunismo del contratista. Para Gorbaneff no es viable establecer con certeza cuál es la mejor propuesta basándose solo en las condiciones iniciales que las partes someten a una licitación, pues es muy probable que se prevea la renegociación:

[...] de aquí la variable más importante no es el precio de la oferta o siquiera la capacidad técnica, sino la reputación de la empresa contratista y la perspectiva de una futura interacción con ella. Estas circunstancias son mucho más importantes, porque permiten establecer un ambiente de cooperación con la contratista, clave para el éxito de la renegociación (Gorbaneff, 2003, p. 104).

III. Restricción de la subasta como mecanismo únicamente aplicable para la contratación de bienes y servicios de características uniformes y de común utilización en la contratación abreviada

En concordancia con Safar (2016) la subasta podría emplearse como un mecanismo de evaluación del precio en las demás modalidades de selección, excluyendo solo el concurso de méritos, lo que a criterio de la autora contribuiría a garantizar mayor eficiencia y transparencia en la selección objetiva, toda vez que aseguraría beneficios como la adquisición de obras, bienes y servicios de parte del Estado al menor precio posible y con la más alta calidad requerida; para los proponentes habría un contexto muy claro y su propuesta no afectaría el costo de oportunidad,

y se daría lugar a un mecanismo abierto, público, sucesivo y competitivo.

Safar (2016) defiende que la subasta es ideal en los casos donde hay un número importante de potenciales participantes, pues favorece la libre concurrencia y la pluralidad de oferentes que busca la selección objetiva, lo que indica lo atractivo de la oferta y una mayor competencia, esto se traduciría en la mayor reducción del precio y en un menor margen de diferencia entre cada una de las ofertas. Igualmente explica la autora que si se presentan pocos oferentes en el proceso de selección, la entidad contratante obtendría ganancia, lo que hace de la subasta el mecanismo más eficiente ante la falta de certeza del número y calidad de los oferentes, en tanto que permite a los proveedores revelar al Estado contratante quiénes tienen mejor valoración del contrato con la oferta presentada en el concurso.

En ese mismo sentido, Safar (2016) estima que la subasta es la forma de evaluación más expedita, toda vez que respecto al precio basta con que el Estado fije el máximo que cobra el mercado y lo cruce con el límite de presupuesto que está disponible para la contratación, lo que contribuye a la celeridad que debe guiar el ejercicio de la función administrativa, además de evitar problemas en la planeación.

IV. La exclusión normativa de la ley 80/1993 y el sometimiento a disposiciones excepcionales

Fabián Marín Cortés (2015) destaca como potencial problema la exclusión normativa de muchas entidades estatales de la ley 80/1993 y su sometimiento a disposiciones excepcionales. Ballesteros Serpa recuerda que este fenómeno se conoce como la “huida del derecho administrativo en la contratación estatal” (2013, p. 11) que Alli Aranguren (2003) explica como un reto y Restrepo Medina (2007) como una tendencia actual mediante la cual entidades sometidas al régimen administrativo de la contratación estatal, se excluyen y refugian en disposiciones distintas.

Según Ballesteros a la luz de Puigpelat (2004), el fenómeno de la huida del derecho administrativo implica que “se libra a las administraciones encargadas de funciones típicamente administrativas de la rigidez propia de los procedimientos de contratación, gestión patrimonial, de control del gasto y de selección de personal” (2013, p. 11), lo que en criterio de Dromi (1998, p. 66) “implicaría una privatización de la actividad administrativa y un debilitamiento de las funciones propias del Estado en su calidad de gerente del bien común”. Marín Cortés (2015) lo explica a partir de las especificidades que presenta la contratación estatal dentro de las similitudes con la contratación regulada desde el ámbito privado, para derivar de ello que en el orden constitucional el artículo 150 estableció una diferencia con el régimen de la contratación privada, al imponer al Congreso de la República la obligación de expedir un estatuto especial para la contratación pública, lo que reconocería y aseguraría las especialidades de la contratación con el Estado.

Del artículo 2 de la ley 80/1993 se colige que su finalidad inicial era regular todas las contrataciones públicas, al contrario de lo que establecía el decreto 222/1983 que reglamentaba la contratación de las entidades nacionales pero los departamentos y municipios expedían su propio régimen de contratación. Sin embargo, Marín Cortés destaca que dentro de la vigencia de la ley 80/1993, con el pasar de los años muchas materias empezaron a salirse de su marco regulatorio, como pasó con el sector salud (ley 100/1993) y con los servicios públicos domiciliarios (ley 142/1994), menguando la eficacia de la disposición de su artículo 2, fenómeno que Tafur Galvis (1997, p. 95, citado en Ballesteros, 2013, p. 12) relaciona con

[...] i) La adopción de formas jurídicas propias de las regulaciones del derecho civil y del derecho comercial, como es el caso de la utilización por el Estado de formas societarias (de sociedades de economía mixta y sociedades comerciales) y ii) La aplicación del derecho privado dentro de formas institucionales del

derecho público, es decir, en entidades públicas.

El fenómeno de exclusión de la ley 80/1993 encontró como límite la expedición de la ley 1150/2007, normativa con la que se trató de subsanar el proceso de exclusión al definir qué tipo de régimen obligaría a las entidades que quedaban por fuera del Estatuto General de Contratación. Para ello, el artículo 13 de la ley 1150/2007 dispuso:

Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

En materia de contratación pública se entiende que una entidad está regida por la ley 80/1993 si la misma está contemplada por las disposiciones del artículo 2 de la ley 80/1993, y además, que no haya otra disposición que la excluya, lo que mantiene una fuente potencial de sobreproducción normativa para la contratación al posibilitarse la exclusión a través de legislación que formaliza disposiciones de contratación pública para materias o entidades específicas.

El fenómeno descrito es un problema que también reconoció el “Informe de evaluación de adquisiciones del país - CPAR” y que destaca la dispersión normativa en cuanto a contratación estatal (2002), calificando a la ley/1993 no como la regla general de la contratación sino como la excepción. Debido a que diversas normas legales han creado regímenes excepcionales y desarrollos reglamentarios de la misma ley 80/1993, adoptan definiciones sectoriales que desarticulan la vocación unificadora del Estatuto General de Contratación. Adicionalmente la normativa de

la ley 80/1993 se consideró antitécnica y poco sistemática, con algunas instituciones ineficientes o ineficaces, y con un proceso de selección rígido que se traduce en altos costos para el Estado (2002, p. 2). Además:

En cuanto a la gerencia y administración de los contratos, encontró que existe una deficiente planeación de los contratos de la administración pública, que el sistema presupuestal no se encuentra armonizado con las disposiciones que gobiernan la contratación y que los procesos y procedimientos que siguen las entidades a efecto de aplicar la Ley 80 del 93 y sus normas reglamentarias resultan en veces anacrónicos y en todo caso asistemáticos.

El “Informe de evaluación de adquisiciones del país - CPAR” resaltó también que la corrupción y la falta de transparencia se vinculan a la baja calidad de las auditorías y controles, los controles se centran en el cumplimiento de los procedimientos y formalidades de la contratación, y los resultados de las investigaciones para las adjudicaciones dependen de decisiones políticas que privilegian amistades. Con base en estos problemas públicos se propuso al Conpes acoger una política pública que trabajara por la eficiencia en la utilización de los recursos públicos y por la transparencia para evitar la corrupción (2002).

Conclusiones

El ejercicio de la función administrativa es propio por regla general del poder ejecutivo del Estado; en las autoridades administrativas reposan las competencias con las cuales se hace obligatoria la ejecución de los contenidos normativos legales y excepcionalmente constitucionales. La práctica de las competencias que permite el ejercicio de la función administrativa, dentro del nuevo orden constitucional halla en la formulación, diseño y ejecución de políticas públicas un mecanismo que desde la interacción democrática de la administración pública con los administrados puede materializar el ejercicio de las competencias normativas para la solución de los problemas públicos, asegurándose desde

cada entidad administrativa el cumplimiento de los fines del Estado.

En ese orden de ideas, las políticas públicas se proponen como una manifestación del ejercicio de la función administrativa orientada por las necesidades y demandas que en un marco democrático y participativo la administración pública tiene la obligación de gestionar a partir de su capacidad de ejecutar los contenidos normativos.

Aunado a lo anterior, la estructura político-administrativa que por lo corriente ejerce la función administrativa, lo hace tanto en el ámbito central de la administración como en el descentralizado, por lo que en las autoridades propias de la descentralización territorial existe un destacado potencial para ejercer la función administrativa a través de políticas públicas centradas en problemas públicos propios de su jurisdicción.

Entre las competencias que el ordenamiento jurídico asigna a las entidades descentralizadas territorialmente está la de celebrar contratos, mediante los cuales se dé cumplimiento a los fines estatales y a la satisfacción del interés general. Capacidad que el Estatuto General de Contratación de 1993 fortaleció con principios generales, referente normativo que impregna la formulación, diseño y ejecución de políticas públicas entre las que se debe incorporar la planeación de la contratación estatal a través de la cual se cumple la función administrativa de la entidad territorial.

La pertinencia de una política pública sobre la planeación de la contratación estatal de una entidad territorial abra una serie de posibilidades para identificar y definir problemas de tipología pública que afectan el cumplimiento de una función administrativa dirigida a la superación de problemas igualmente públicos. En ello resulta trascendental que los problemas deben ser públicos, esto es, situaciones o dimensiones de la realidad en un momento y temporalidad específicos, que, por sus condiciones de intensidad, gravedad, mutabilidad y efectos, atentan contra bienes jurídicamente relevantes que deben ser

protegidos por los poderes del Estado, en especial en ejercicio de su función administrativa.

Así, la política pública propuesta examina una etapa puntual del proceso contractual procurando contribuir al buen desempeño de dicha actividad para el cumplimiento de los fines del Estado y la satisfacción del interés general. En otras palabras, se proyecta una política pública para contribuir al buen ejercicio político de una autoridad administrativa en la que se radican competencias para la realización efectiva de los derechos reconocidos en el Estado social de derecho.

Siguiendo la identificación y definición de los problemas públicos como primer elemento de una política pública guiada desde el enfoque de ciclo, el escenario contextual en el cual se desenvuelve la contratación estatal, arroja que los problemas que aquejan la planeación de la contratación están amparados más en la imperfección de la normativa sobre la materia que en la exclusiva desviación anómala de la conducta contractual de los funcionarios administrativos.

De todas las vaguedades y ambigüedades atribuidas a las disposiciones contractuales, la mayor atención la recibe justamente la planeación, figura principalística que por su falta de reconocimiento normativo expreso se traduce en un amplio número de problemas que afectan el ejercicio contractual. De ello que resulte posible proponer a la naturaleza, alcance y contenidos del principio de la debida planeación contractual como problema público para una política pública de la planeación de la contratación estatal.

Postular esta dimensión como problema público para una política se sustenta en diversas expresiones complejas del principio de planeación. Desde la práctica se pone en duda si es un principio rector de la contratación, desconociendo que la misma tiene un amplio asiento convencional, constitucional, legal y reglamentario del cual para nada se excluye el deber de planear, sin mencionar que con el hecho de poner en duda su naturaleza principal no solo se cuestiona la dimensión

axiológica del Estado social de derecho sino el cambio a un ordenamiento jurídico soportado en principios como mandatos de optimización y no en un conjunto de reglas.

Del principio de planeación tampoco se dimensiona su alcance, sentido y contenidos, lo que se representa en la confusión entre planificar y planear; se reserva su incidencia a la etapa precontractual cuando debe prolongarse a la totalidad de momentos del proceso de contratación; es con frecuencia reducible al plan, perdiendo su orientación sistemática, dinámica y técnica para asegurar la realización del objeto contractual; concentra la atención de las condiciones de negociación en la etapa precontractual y descuida las propias de la poscontractual, degenerando en incompletitud del contrato y en la obligación de renegociación, e incluso mantiene el debate sobre si debe ser una causal para declarar la nulidad del contrato en los casos donde se vulnere o desconozca, o se reserva a ser una causal de incumplimiento del contrato frente a quien no ejecutó la debida planeación.

Referencias

- Aguilar L. F. (2000), *El estudio de las políticas públicas*, 3a ed., México: Miguel Ángel Porrúa.
- Aguilar, L. F. (2005). Estudio introductorio. En: G. Majone (autor). *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas (Introducción)*. Ciudad de México: Colegio Nacional de Ciencia Política y Administración Pública / Consejo Nacional para la Cultura y las Artes.
- Alli J. C. (2004). *Derecho Administrativo y Globalización*. Madrid: Civitas Ediciones. 2004. pp 191-195.
- Amaya, C. F. (2016). El principio de planeación en la contratación estatal, un principio no tipificado. *Vis Iuris*, 20, 105-119.
- Amaya, L. (2016). La violación al principio de la planeación en la contratación estatal. El cambio jurisprudencial y los efectos adversos que se desprenden de la nueva postura. *Nova et Vetera*, 2(16).
- Aponte, I. (2014). Las fallas de planeación y su incidencia en el contrato estatal de obra. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 11, 177-207.
- Avellaneda D.F. (2016). Celebración indebida de contratos al interior del ejército nacional, un reto para la transformación de la fuerza. Universidad Militar Nueva Granada. Disponible en: <http://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/15932>
- Ballesteros, C. A. (2013). *El régimen contractual de las empresas sociales del Estado*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Congreso de la República de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2012). Sentencia C-889. M. P.: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2014). Sentencia C-123. M. P.: Alberto Rojas Ríos.
- Cuervo, J. I. (2007). *Las políticas públicas: entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental (una revisión a los presupuestos teóricos de las políticas públicas en función de su aplicación a la gestión pública en Colombia)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Departamento Nacional de Planeación. (2006). *Misión de contratación: hacia una política para la eficiencia y la transparencia en la contratación pública*. Tomo II. Bogotá: Giro Editores.
- Dromi, R. (1998). *Derecho Administrativo*. Séptima edición. Ediciones Ciudad Argentina.
- Gorbaneff, Y. (2003). Problemas teóricos en la contratación pública en Colombia. *Cuadernos de Administración*, 16(25), 91-107.
- Gorbaneff, Y. (2003). La Ley 80 y la Teoría Económica. En: *Revista Universitas*. Vol.

52. N. 105. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana. pp. 25 – 44.
- Hernández, G. (1999). El análisis de las políticas públicas: una disciplina incipiente en Colombia. *Revista de Estudios Sociales*, 4, 80-91.
- Howlett, M. & Ramesh, M. (1995). *Studying public policy: policy cycles and policy subsystems*. Ontario: Oxford University Press.
- Marín, F. (2015). La contratación estatal en Colombia. Charla magistral 17 de julio de 2015. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Marín F. (2010) Los servicios semipúblicos domiciliarios. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Mejía, J. (2012). Modelo de implementación de las políticas públicas en Colombia y su impacto en el bienestar social. *Revista Analecta Política*, 2(3), 141-164.
- Montaña, A. (2011). *Fundamentos de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Restrepo M.A. (2007). Respuesta del Derecho Administrativo a las transformaciones recientes del Estado Social de Derecho. En “El Derecho Administrativo en los albores del siglo XXI”. Editor académico: Universidad del Rosario, pp. 37- 55.
- Rodríguez, L. (2010). *Estructura del poder público en Colombia* (12ª ed.). Bogotá: Temis.
- Rodríguez, L. (2002). *Derecho administrativo general y colombiano* (13ª ed.). Bogotá: Temis.
- Roth, A. N. (2004). *Políticas públicas. Formulación, implementación y evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora.
- Roth, A. N. (2008). Perspectivas teóricas para el análisis de las políticas públicas. *Estudios Políticos*, 33, pp. 67-91.
- Safar, M. (2016). ¿Hay ventajas en el mecanismo de la subasta para la contratación pública en Colombia? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 15, pp.273-293.
- Salazar, C. (1995). *Las políticas públicas*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Sandoval, V. A. (2015). Nulidad absoluta del contrato estatal por violación del deber de planeación. *Revista de Derecho Público*, 35, pp. 2-27.
- Santofimio, J. O. (2007). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Tamayo Saéz, Manuel (1997). El análisis de las políticas públicas. En: La nueva administración pública. Compiladores: Rafael Bañon y Ernesto Carrillo. Madrid: Alianza Universidad, pp. 2 – 22.
- Vargas, E. (2010). Las obras públicas, una visión pragmática del proceso general de contratación. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Vásquez, J. E. (2015). *El referencial sociojurídico para la política pública de planeación urbana en Medellín*. Medellín: Fundación Universitaria Autónoma de las Américas.
- Vásquez, J. E. (2016). Revisión teórica de las políticas públicas para determinar componentes iniciales de un modelo para la planeación de la contratación del departamento de Antioquia. *Estudios de Derecho*, 73(162), 77-105.
- Vélez, R. (2008). *Políticas públicas y organizaciones sociales en Medellín, en la perspectiva del derecho público y el sistema político municipal*. Medellín: Universidad Autónoma Latinoamericana.
- Yáñez, D. A. (2014). Las órdenes de la Corte Constitucional: su papel y límites en la formulación de políticas públicas. *Revista Estudios de Derecho*, LXXI(157), 237-268.

LA ANTICORRUPCIÓN EN COLOMBIA, EL AGENTE ENCUBIERTO Y LA FUNCIÓN DE INTELIGENCIA*

José Ricardo Hernández Gómez**

Fecha de recepción: 15 de enero de 2017
Fecha de evaluación: 6 de junio de 2017
Fecha de aprobación: 26 de octubre de 2017

Artículo de investigación

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3332>

Forma de citación: Hernández, J. R. (2018). La anticorrupción en Colombia, el agente encubierto y la función de inteligencia. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 21, 41, 99-114. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3332>

RESUMEN

El presente artículo tiene como propósito exponer a la comunidad científica la figura del agente encubierto como herramienta anticorrupción. El método descriptivo transversal, sustentado en el análisis de fuentes formales, estructuró la investigación desde una construcción gnoseológica del concepto de corrupción, señalando variados aportes de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y enunciando la legislación vigente más relevante, para posteriormente evidenciar las deficiencias de la figura en términos jurídicos y operacionales, su falta de correspondencia con un modelo preventivo, así como la incapacidad de anticipar la comisión de los delitos relacionados con el fenómeno. A partir de las inconformidades, se exploró y propuso la utilización de la función de inteligencia y contrainteligencia como un prototipo anticipativo de excelencia, sustentado en su estructura teleológica y en su devenir histórico.

Palabras clave:

Corrupción, actividad encubierta, servicios de inteligencia.

* Este artículo pertenece al proyecto de investigación "Inteligencia y contrainteligencia, perspectivas desde la Corte Constitucional", desarrollado con el auspicio de la Corporación para la Investigación, el Desarrollo Científico y la Innovación.

** Abogado, posdoctor en Derechos Humanos, doctor en Antropología, máster en Inteligencia Estratégica y Prospectiva; especializado en Derecho Administrativo; Gerencia Financiera Sistematizada; Gerencia Tributaria; y Gerencia y Gestión Cultural Internacional. Exdirector de Investigación de la Escuela de Inteligencia y Contrainteligencia Brigadier General "Ricardo Charry Solano". Docente, investigador y experto en varias áreas de inteligencia y contrainteligencia. Actualmente es el presidente de la Corporación para la Investigación, el Desarrollo Científico y la Innovación y consultor e investigador en entidades públicas y privadas. Correo electrónico: presidencia@cidic.us

ANTI-CORRUPTION IN COLOMBIA: THE UNDERCOVER AGENT AND THE INTELLIGENCE FUNCTION

SUMMARY

The hereby article has as a goal to set forth the undercover agent as an anti-corruption tool to the scientific community. The transversal descriptive method – supported onto formal sources analysis – built the research from a gnoseological construction of the corruption concept, pointing out some inputs of the Constitutional Court and enunciating current and most relevant legislation in order to, subsequently, show the legal and operational deficiencies of that figure, its lack of concordance in relation to a preventive model and, its incapability to foresee crimes related to the phenomena. Based on those disagreements it was explored and proposed the use of both the intelligence and counterintelligence function as a preemptive prototype of excellence, supported on its teleological structure and its historical path.

Keywords:

Corruption, undercover activity, intelligence services.

A ANTICORRUPÇÃO NA COLÔMBIA, O AGENTE DISFARÇADO E A FUNÇÃO DE INTELIGÊNCIA

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo expor à comunidade científica a figura do agente disfarçado como uma ferramenta anticorrupção. O método descritivo transversal, baseado na análise de fontes formais, estruturou a pesquisa a partir de uma construção gnoseológica do conceito de corrupção, apontando diversas contribuições da jurisprudência do Tribunal Constitucional e enunciando a legislação atual mais relevante, para posteriormente destacar as deficiências da figura em termos legais e operacionais, sua falta de correspondência com um modelo preventivo, bem como a incapacidade de antecipar a comissão dos crimes relacionados com o fenômeno. A partir dos desentendimentos, o uso da função de inteligência e contra inteligência foi explorado e proposto como um protótipo antecipatório de excelência, com base em sua estrutura teleológica e em sua evolução histórica.

Palavras chave:

Corrupção, atividade disfarçada, serviços de inteligência

Introducción

En el itinerario de lucha contra la corrupción en Colombia, surge la figura del agente encubierto “anticorrupción”, objeto de estudio de la presente investigación y figura de la cual no existen estudios especializados en Colombia o un marco teórico de referencia, que permita contrastar los resultados obtenidos. Para comprender sus ca-

racterísticas se tornó indispensable definir inicial y teleológicamente el concepto de corrupción, transitando por las sentencias relacionadas de la Corte Constitucional y la legislación anticorrupción, analizando sus elementos relevantes.

El debate conduce a establecer que la corrupción es la mayor amenaza contra la existencia del Estado, superando al terrorismo, al narcotráfico,

al lavado de activos, al tráfico de armas y a otras amenazas de igual naturaleza, porque puede servirles de sustento y de elemento facilitador a sus realizaciones.

Dada la naturaleza y los grados de especialidad de la corrupción en especial pública, a la cual se refiere este documento y al estar directamente conectada con el ámbito de la *res pública*, colegimos que el fenómeno se inserta en el orden político, en el que se reproduce expansivamente desde la génesis y el ejercicio del poder, en el propio juego de elección y en el ejercicio democrático.

El Estado dispone de todos los recursos denominados “medios públicos”, a través de los cuales procura la ejecución de sus objetivos; estos medios son de orden material e inmaterial, como los recursos económicos, jurídicos, humanos, informáticos o técnicos, en un contexto de amplio espectro y dentro del que se ubica el funcionario público como gestor. Estos medios son vitales en un esquema de lucha contra la corrupción, considerada como fenómeno, de su imbricación, mas no del hecho de que se desconozcan sus orígenes en fuentes netamente humanas y en comportamientos que tienen un fin común: la apropiación indebida de los bienes del Estado y/o la indebida utilización del poder.

Histórica y contradictoriamente ha existido una considerable dificultad para enfrentar las acciones de corrupción, debido a la gran cantidad de obstáculos legislativos, judiciales, políticos, de opinión, entre otros (Garzón, 2002) que se le oponen desde el seno del propio Estado, a los esfuerzos por reducirla; desde el cual surgen factores internos y externos de los diferentes órganos del poder, que facilitan y encubren este tipo de amenaza, con las graves repercusiones sociales.

Como se puede apreciar, la corrupción está asociada con diferentes factores, no requiere para su consolidación que solo esté conexas con aspectos de orden económico, en muchos de los casos se la vincula con prácticas culturales, de antigua data y que se estiman “social y políticamente normales” en la actividad del Estado, como por

ejemplo derivar de la persona del funcionario las cualidades mismas del poder, para diferir trámites a discreción o impedir o dilatar el ejercicio y la satisfacción de derechos, entorpeciendo la normal realización de los fines del Estado, que nace de la inobservancia de las legítimas normas del servicio y del retardo en las prestaciones obligacionales del Estado. A partir de estos complejos sistemas se estructura la relevancia de su estudio.

Por las razones expuestas la hipótesis de trabajo se sustentó en la inviabilidad del agente encubierto como herramienta contra la corrupción, lo cual fue corroborado por los vacíos prácticos y jurídicos que se presentan desde su estudio teleológico y desde su deontológica operatividad.

Se propuso una solución a las falencias del instrumento en estudio y se procedió al análisis de las funciones de los organismos de inteligencia y contrainteligencia, orientadas fundamentalmente a la búsqueda de información que permita el adecuado conocimiento, comprensión, determinación e identificación de las diferentes formas de corrupción, sus estructuras operacionales, sus determinadores y operadores, sus metas y sus alcances, sus estructuras y sus cifras en todos sus escenarios, para que dicho conocimiento facilite la formulación de las decisiones que correspondan en cada situación particular y concreta y para que se diseñen los esquemas anticipativos, preventivos y correctivos que necesita el Estado para evitar que la corrupción se inserte de manera subrepticia en las instituciones estatales y se disemine en las estructuras medulares de la administración.

A. Metodología

A modo de introito, se tiene que la realización de toda investigación científica en las ciencias jurídicas, desarrolla un enfoque que determina como objeto de estudio, las fuentes formales y materiales del derecho; las primeras reúnen elementos como la Constitución, la ley, los decretos, los reglamentos y todo el orden kelseniano que se caracteriza por ser un producto tangible y las segundas conformadas por las realidades sociales,

espectro donde la norma adquiere materialidad. Frente a este corto avance, el objeto de investigación jurídico-científica, son las normas, los hechos y los valores que coexisten en una unidad armónica, dialéctica y deontológica (Álvarez, 2009), dentro de la cual se puede clasificar esta investigación.

La actividad investigativa que transversalizó la labor, se puede definir como de estructura doctrinal-hermenéutica (Sánchez, 2011), sustentada en el método descriptivo transversal y respaldada en el análisis de fuentes formales. Su utilización satisfizo el estudio y la comprensión del problema de investigación que se planteó a modo de cuestionamiento: ¿es el agente encubierto anticorrupción una herramienta idónea para prevenir la corrupción?, lo cual cimentó el objetivo principal y del que derivaron como objetivos específicos el conocer las diferentes definiciones del término corrupción, las leyes adaptadas en Colombia y los conceptos que la Corte Constitucional había desarrollado sobre el tema, que se erigieron en las variables del análisis

y condujeron al establecimiento de un objetivo alternativo subsidiario que solventara la necesidad de encontrar una solución a una respuesta negativa y que ordenara la función anticipativa de lucha contra la corrupción. En desarrollo de este marco metodológico se llegó al estudio de la función de inteligencia y contrainteligencia, para fortalecer la hipótesis de posibilidad de anticipación del proceso de corrupción.

B. Resultados de la investigación

I. Construcción gnoseológica del fenómeno como objeto de conocimiento

Los sentidos gnoseológicos de la acepción y de su tipología, deben considerarse e interpretarse a partir del conocimiento integral del fenómeno, en tanto amenaza, es decir, partiendo de una caracterización mínima de sus manifestaciones, para luego escalar en sus significados y poder unívocamente referirnos a ella en su contexto. Inicialmente abordaremos sus cauces etiológicos, más recientes, y que vertimos en la tabla 1.

Tabla 1. Comparativo de definiciones de corrupción por diferentes autores

Autor	Definición
Peter Eigen (2004, p. 20)	“[...] la mala utilización de un bien público en beneficio privado [...]”.
Susan Rose-Ackerman (2002, p. 360)	“[...] un pago ilegal a un agente público para obtener un beneficio que puede o no ser obtenido en ausencia del pago”.
Edward Christie Banfield (1975, p. 602)	“[...] el comportamiento del agente que antepone sus intereses a los de su función principal”.
William Michael Johnston (1982, p. 22)	“[...] el abuso de una función pública para la obtención de un beneficio privado”.
Daniel Treisman (2000, p. 11)	“[...] el mal uso de la función pública para obtener ganancias personales [...]”.
Joseph LaPalombara (1994, p. 332)	“[...] en beneficio personal o de personas cercanas a ellos, lo cual manifiesta una conducta desviada de sus funciones institucionales”.
Transparencia Internacional (15 de mayo de 2001)	“[...] se refiere a comportamientos por parte de funcionarios del sector público, ya sean políticos o servidores públicos, que los enriquece –a ellos mismos o a sus allegados– inapropiada o ilegalmente mediante el mal uso del poder que se les ha encomendado [...]”.
Arnold Austin Rogow y Harold Dwight Lasswell (1963, p. 43)	“Un sistema de orden público y cívico exalta el interés común poniéndolo por encima de los intereses particulares; transgredir el interés común por los intereses particulares es corrupción”.

Fuente: elaboración propia.

A partir de la evaluación de las definiciones y de los estudios de los teóricos de la corrupción, en la investigación se construyó una definición que subsume la mayor parte de los criterios que se tienen en cuenta para caracterizarla, y a ella debe referirse de manera conclusiva y axiológica, como *toda violación y/o acto desviado, de cualquier naturaleza, con fines económicos o no, ocasionada por la acción u omisión de los deberes institucionales, de quien debía procurar la realización de los fines de la administración pública y que en su lugar los impide, retarda o dificulta.*

La corrupción como amenaza asume diversas, complejas y sofisticadas formas que la hacen difícil de controlar en un contexto donde el Estado mensura la satisfacción de necesidades y la prestación de servicios mediante índices de gestión (DNP, 2012), en los cuales el indicador se torna en lo importante, más que la calidad del servicio o el beneficio social. Algunos administradores del poder, lejos de ser o considerarse “operadores administrativos” o “servidores públicos” (ANC, art. 123, 1991), esto es, “funcionarios con vo-

cación de servicio”, han encontrado una forma singular de nombradía, a partir de la capacidad de “ejecución del presupuesto” con fines de lucro personal económicos y de relación (García, 2002), llegando al extremo de que algunas entidades están “escrituradas” a “políticos” o a partidos políticos como pago de favores, como fuente del financiamiento de las campañas electorales o como favor de la misma estrategia de “governabilidad”.

II. Antecedentes jurisprudenciales

Otra de las fuentes analizadas en el trabajo de investigación fue la doctrina derivada de las sentencias de la honorable Corte Constitucional, en especial la definición o el abordaje del tema, donde se permite vislumbrar la *facies* progresiva de las decisiones anticorrupción, que nos señalan su desarrollo jurídico, constituyéndose en referente de obligatoria consulta para conocer en profundidad las fuentes que históricamente han sustentado las más recientes normas anticorrupción, su orientación y praxis (véase tabla 2).

Tabla 2. Sentencias de la Corte Constitucional relacionadas con la amenaza de la corrupción

Sentencia	Contenido de la sentencia
C-397/1998	“Las prácticas de corrupción desde luego son contrarias y nugatorias de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, ellas se oponen a la realización efectiva de los mismos y los debilitan al punto de afectar gravemente el interés general. ‘En todos los casos y sin importar la forma en que se mire, la corrupción agrava la desigualdad. Al producir ese efecto, siembra las semillas de tensiones sociales y políticas, amenaza la propia estructura de la sociedad y mina la eficacia del Estado y la legitimidad política de los gobiernos’ [...]”.
C-030/1999	“La lucha contra la corrupción constituye una actividad íntimamente ligada a la realización de un fin del Estado consistente en el ejercicio de la función pública, en todos los órdenes, según los cánones más estrictos de moralidad y pulcritud. Este fin no es ajeno a ningún órgano del Estado. Por consiguiente, es esta una materia en la que se torna indispensable una actuación coordinada y armónica por parte de todos los órganos del Estado. Si bien las distintas misiones asignadas a cada uno de los órganos o ramas del poder público tienen distinta naturaleza –legislativa, judicial, administrativa y disciplinaria–, la armonización como tal a la que alude el artículo 113 de la C.P., cuando compromete variedad de órganos y de plexos competenciales, lo que se verifica en este caso, tiene una connotación que no puede sin más confundirse con la que es específica de un órgano o de una función en particular”.

Sentencia	Contenido de la sentencia
C-088/2000	<p>“Ha dado, pues, el Legislador, vigencia al principio de protección de los recursos presupuestales de la Nación; ha cumplido con el deber de velar por la intangibilidad de los recursos públicos; ha propendido por la estricta observancia de la moralidad administrativa y ha dado pleno cumplimiento al mandato contemplado en el artículo 133 de la Carta Política pues, ciertamente, la justicia y el bien común requieren de herramientas que aseguren una mayor eficacia en la defensa del interés colectivo representado en los recursos del patrimonio público. En la hora presente, sin lugar a dudas, los más altos intereses nacionales, claman por su vigorosa protección, dada su grave afectación por la corrupción que, como es sabido, también ha encontrado terreno fértil en la contratación pública”.</p>
C-977/2002	<p>“[...] De esta forma, considera que la mencionada ley ‘no solo pretendía reconocer legalmente la autonomía del derecho disciplinario, sino que buscaba fortalecer la función preventiva de los organismos de control, dotando al Ministerio Público de herramientas eficaces para lograr la corrección de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas, y sobre todo luchar contra la corrupción administrativa, que es uno de los mayores flagelos de nuestro país’” (Gaceta Congreso, 27 de junio 2000).</p>
C-851/2005	<p>“[...] pues se configura inequívocamente una situación en la que se impone hacer prevalecer el interés general, artículo 1o. de la C.P., el cual se ve gravemente amenazado por prácticas de corrupción que, como se dijo, atentan contra las bases mismas de la organización jurídico-política por la que optó el Constituyente, y contra sus principios y valores fundamentales”.</p>
C-028/2006	<p>“Para tales efectos, esta Corporación analizará [...] (v) los diversos instrumentos internacionales existentes encaminados a luchar contra la corrupción en armonía con la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y (vi) la interpretación armónica y sistemática que debe realizarse entre la Constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad. [...] Sin embargo, hay que señalar que en el afán de combatir problemas como la corrupción, no se puede por parte del Estado en ejercicio de ius puniendi irrespetar valores fundamentales como los de proporcionalidad, razonabilidad, adecuación, interdicción de exceso, por lo que hoy se ha hecho presente una verdadera dogmática del derecho disciplinario, para no caer en una falsa eficiencia a costa de los derechos fundamentales, pues la eficacia de estos es en últimas el objetivo perseguido por toda la actividad estatal”.</p>
C-172/2006	<p>“El análisis expuesto resulta plenamente aplicable para el asunto de la referencia. En efecto, la obligación del Estado colombiano de implementar instrumentos jurídicos de diversa naturaleza, dirigidos a la prevención de la corrupción es consecuencia natural de los postulados constitucionales que propugnan por la transparencia en el ejercicio de la función pública como condición necesaria para el debido funcionamiento del sistema democrático. [...] Así, ante la grave afectación que los actos de corrupción irrogan a bienes jurídicos intrínsecamente valiosos en tanto están estrechamente relacionados con principios y valores constitucionales, toda actuación que tenga por objeto la prevención del fenómeno es, no solo acorde a la Carta, sino también una vía adecuada y necesaria para la realización de las finalidades del aparato estatal”.</p>

Fuente: elaboración propia.

En estas irrupciones constitucionales se concluye que la Corte determina que la corrupción es taxonómica y principalmente una amenaza, genera tensiones sociales y públicas, agrava la desigualdad y se opone a la realización de los fines esenciales del Estado y su legitimidad política. Expresa que la lucha contra ella es un propósito que no debe ser ajeno a ningún órgano del Estado, quienes deben actuar armónica y coordinadamente en ese sentido,

dado que la corrupción afecta los más altos valores e intereses nacionales fundamentales. Manifiesta con especial énfasis que al combatir la corrupción no pueden irrespetarse los valores esenciales como el de proporcionalidad, razonabilidad, adecuación e interdicción del exceso, entre otros y el Estado debe implementar los instrumentos jurídicos de diversa naturaleza dirigidos a la prevención de la corrupción, la cual es acorde con la Carta y la

vía necesaria y adecuada para la realización de los objetivos del Estado.

III. Legislación anticorrupción

1. *El Estatuto Anticorrupción (ley 190/1995)*

En el año de 1995 se expide la ley 190, conocida como Estatuto Anticorrupción, cuyo objeto era la erradicación de la corrupción administrativa. Se establecieron variados mecanismos internos y externos, definiendo en su contenido un régimen de los servidores públicos, que fijaba un sistema de contratación y permanencia en el servicio, consagrando un régimen punitivo y un régimen financiero que buscaban controlar las actividades de flujo de capitales obtenidos mediante procesos de corrupción y en especial un sistema de control aplicable a las entidades sin ánimo de lucro.

En el mismo cuerpo legal se instituyeron los informes de gestión de las entidades públicas y se crearon la Comisión Nacional para la Moralización y la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción.

La norma fue sometida a auscultación constitucional y se modificó su contenido en varias ocasiones, por las leyes 200/1995, 443/1998, 600/2000, 617/2000 y 1221/2006. De igual forma fue reglamentada por los decretos 1477/1995, 1945/1995, 2150/1995, 2232/1995, 2329/1995, 1483/1996, 1964/1998, entre otros.

El resultado de la ley anticorrupción no logró el cumplimiento de sus objetivos, la deficiente visión y el restringido alcance especializaron la corrupción, con detrimento inexorable de los bienes del Estado e inclusive de su existencia (Procuraduría General de la Nación, 2012).

2. *La Ley Anticorrupción (ley 1474/2011)*

Estas variaciones y la necesidad de abordar la problemática con instrumentos eficientes y eficaces de lucha contra la corrupción dieron origen a la modificatoria de la ley 190/1995;

por eso se tramitó ante el Congreso el Nuevo Estatuto Anticorrupción, cuyo contenido se circunscribe a los siguientes aspectos: acometer contra las estructuras organizadas de la corrupción, prohibiendo la contratación con el Estado de quienes hayan sido condenados por actos de corrupción; impedir a aquellos que financien campañas electorales se beneficien de contratos públicos y se impida a contratistas del Estado financiar campañas políticas; ampliar los términos de prescripción en materia penal y disciplinaria, como también los términos en las investigaciones por delitos contra la administración pública y por defraudaciones al patrimonio del Estado; evitar que aquellos que son o fueron servidores públicos gestionen intereses particulares o contraten con entidades donde se desempeñaron; orientar a los interventores de los contratos públicos para que garanticen una mayor vigilancia; generar herramientas para hacer de la lucha contra la corrupción una política de Estado mediante la Comisión Nacional para la Moralización, de la cual formarán parte representantes de las tres ramas del poder público y de los organismos de control.

De igual manera, la norma regula las operaciones encubiertas de carácter reactivo, contra la corrupción, agregando a la ley 906/2004 el artículo 242a, que quedará así:

Los mecanismos contemplados en los artículos 241 y 242 podrán utilizarse cuando se verifique la posible existencia de hechos de delitos contra la administración pública en una entidad pública. Cuando en investigaciones de corrupción, el agente encubierto, en desarrollo de la operación, cometa delitos contra la administración pública en coparticipación con la persona investigada, el agente encubierto quedará exonerado de responsabilidad, mientras que el indiciado o imputado responderá por el delito correspondiente.

3. *La ley 1778/2016 de anticorrupción transnacional*

La norma otorga facultades a la Superintendencia de Sociedades para investigar y sancionar

a personas jurídicas matrices y subordinadas, que en el marco de conductas realizadas por sus empleados, contratistas, administradores y/o asociados den, ofrezcan y/o prometan a un servidor público extranjero, dinero o equivalente, beneficio o utilidad a cambio de que este último ejecute, omita y/o retarde actos ligados al ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción internacional. Las sanciones serán administrativas.

Es una norma complementaria de la ley 1474/2011, responde a requerimientos y compromisos internacionales asumidos contra la corrupción transnacional y procura combatir dicha amenaza en este aspecto global.

La expedición de estas normas no ha cambiado la percepción de corrupción, no ha modificado las actividades relacionadas, ni su decrecimiento.

IV. El agente encubierto y sus operaciones

1. Definición de agente encubierto

La Fiscalía en su *Manual único de policía judicial* lo define como:

[...] la infiltración¹ y/o penetración² a una organización delictiva realizada por servidores con funciones de Policía Judicial o particulares, cuando sea indispensable para el éxito de las tareas investigativas y con el fin de obtener información de interés para la investigación y EMP y EF (2005, p. 54).

De manera general y desde el Código de Procedimiento Penal, el agente encubierto es el funcionario de policía judicial y/o el particular, que mediante un plan metodológico

elaborado por la Fiscalía General de la Nación, se infiltra en una organización criminal, para conocer su estructura, actividades, relaciones e integrantes.

Se ha determinado en consecuencia que el “agente encubierto anticorrupción” es aquel cuya actividad se asocia con la investigación de delitos y actividades que subyacen tras el fenómeno de la corrupción, cuando alcanza relevancia jurídica y que así sea determinado por el fiscal investigador.

2. Características del agente encubierto

Varias son las características del agente encubierto, entre las más importantes tenemos:

1. La reserva de identidad: esencia de la figura, obliga al agente a crear una historia de vida ficticia y una identidad diferente, con la cual realizará la actividad programada.
2. La designación: que solo puede hacer la Fiscalía General de la Nación, sujeta a criterios de necesidad, ponderación, legalidad y corrección en el comportamiento, para evitar excesos que contraríen la función pública y afecten la justicia y los tratados internacionales ratificados.
3. La aceptación: parece una condición lógica, pero que tiene relevancia jurídica en cuanto ningún funcionario de policía judicial o particular, puede ser obligado a adelantar actividades como agente encubierto.
4. La temporalidad: que limita las actividades y la designación a un año, prorrogable justificadamente por un periodo igual.
5. La limitación de sus actividades: que obliga al agente encubierto a ejecutar aquellas actividades legalmente determinadas en el plan metodológico que autoriza el fiscal, cuando hay un indiciado o imputado y deben interesar a la investigación que se adelanta.

¹ La infiltración se conoce en la doctrina militar como una técnica mediante la que se introducen unidades propias en el blanco u objetivo, para que recolecten información sobre actividades, capacidades, composición, planes, proyectos y otros elementos de interés.

² La penetración también es una técnica, que consiste en lograr la colaboración consciente o no, de un miembro del blanco u objetivo, con el fin de obtener información confidencial, útil y fidedigna.

3. Actividades del agente encubierto

Normativamente el agente encubierto ha sido definido por sus actividades como una herramienta útil de policía judicial con la que la Fiscalía General de la Nación, cuando tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognitivos previstos en el Código de Procedimiento Penal, infiera que un indiciado o imputado continúa desarrollando una actividad criminal, mediante la cual designa y autoriza a funcionarios de la policía judicial o incluso a particulares, para que actúen en esta condición y realicen actos extrapenales de trascendencia jurídica como ejercer actos de comercio, asumir obligaciones, participar en reuniones de trabajo con el indiciado o imputado en su domicilio o lugar de trabajo y buscar y obtener información relevante, circunstancia que harán saber al fiscal para que se disponga que en el menor tiempo posible la policía judicial recoja los elementos materiales y evidencia física hallados (FGN, 2009).

Esta actividad se efectúa en la indagación o investigación, teniendo en cuenta la naturaleza y gravedad del delito y solicita al servidor de policía judicial respaldar los motivos fundados atendiendo lo dispuesto en el artículo 221 del Código de Procedimiento Penal. El fiscal diseña un plan con el agente encubierto y la forma de recibir y entregar la información recopilada, controlando las actuaciones que este adelante, de tal forma que su actividad debe ceñirse al plan. Pudiendo utilizar además los medios que la técnica aconseje y que la norma permita.

Si el agente encubierto encuentra en los lugares donde ha actuado, información útil para la investigación, lo comunicará al fiscal, para que disponga una operación especial por parte de policía judicial, para la recolección de los elementos materiales de prueba y la evidencia física, sometiendo a revisión de legalidad formal y material el procedimiento adelantado, ante el juez de garantías y dentro de las 36 horas siguientes a la terminación de la operación encubierta.

Si se pretende que obren procesalmente la evidencia física y/o los elementos materiales de prueba recolectados, se debe establecer su autenticidad y haber sido sometidos a cadena de custodia, trasladándola a la contraparte, al Ministerio Público y a la víctima para que expresen de manera sustentada si se excluye, rechaza, admite o inadmite y se evalúa su conducencia, pertinencia, eficacia y utilidad, con observancia del debido proceso, suscrito a la contradicción, publicidad, derecho de defensa y presunción de inocencia.

4. El agente encubierto en la lucha contra la corrupción

Frente a los delitos contra la administración pública asociados con la corrupción, la actividad del agente encubierto está condicionada según el Código de Procedimiento Penal a “cuando se verifique la posible existencia de hechos de delitos”, es decir, no podrá recurrirse a dicha herramienta si antes no se constata la avenencia de un hecho punible.

Cuando se ha producido la consumación y la materialización de la conducta típica, de cualesquiera de los delitos asociados a la corrupción, el Estado podrá a través de la Fiscalía General de la Nación, recurrir al agente encubierto, con los requisitos ya expuestos. No es una actividad preventiva o anticipativa, sino de investigación para reconducirla al cauce judicial, sujeta a la apreciación subjetiva del fiscal, cuando

[...] tuviere motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para inferir que el indiciado o el imputado en la investigación que se adelanta, continúa desarrollando una actividad criminal [...] podrá ordenar la utilización de agentes encubiertos, siempre que resulte indispensable para el éxito de las tareas investigativas (CRP, 2004).

Por ello se predica que las operaciones encubiertas establecidas en el ámbito penal tienen un

prominente carácter reactivo³ y forman parte de las herramientas utilizables por la policía judicial.

Esta sinopsis ayuda a inferir que el agente encubierto como herramienta en la lucha contra la corrupción desde su perspectiva normativa y deontológica no es adecuado para anticipar y/o prevenir el fenómeno de los delitos asociados con la corrupción, dado que su establecimiento y función deriva de la comisión previa de un delito y de la consecuente autorización de la Fiscalía General de la Nación, para la obtención de elementos materiales de prueba y evidencia física, bajo una estricta y obligatoria metodología de policía judicial.

Obsérvese que en ningún caso el agente puede tener iniciativa o incitar el delito, pues se estaría en presencia del agente provocador o determinador, lo cual pervierte los fines del Estado y anula la prosperidad de la actuación judicial (CSJ, proceso 19081, 22 de junio 2005). En este y otros eventos de igual connotación, se requiere una especial formación del agente encubierto que participa en operaciones contra los delitos que conforman las grandes variaciones y presentaciones de la corrupción, dado que su participación y la delicada enunciación normativa contienen un alto grado de especialización para su éxito. Así, la utilización del agente encubierto se supedita a necesidad de la Fiscalía en la investigación de los delitos consumados y para la obtención de elementos materiales de prueba o evidencia física. Esto patentiza la imposibilidad normativa de ser un instrumento que pueda prevenir la comisión de los delitos asociados con el fenómeno de la corrupción.

V. El incremento de la corrupción

En la actualidad se tiene el criterio invencible en la administración, de que la expedición de normativas anticorrupción *per se* –entre las cuales

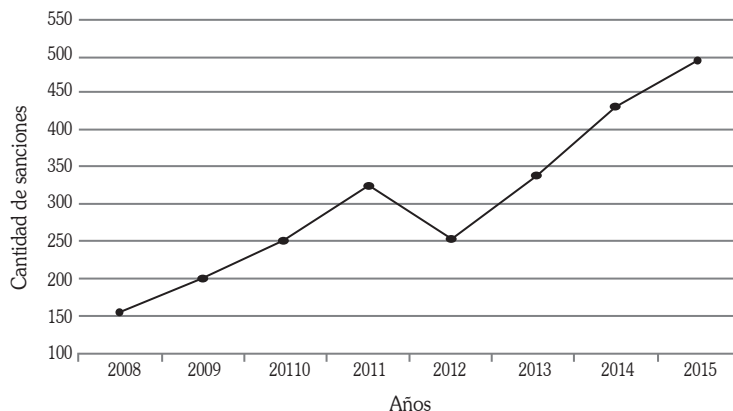
³ Cuando se hace uso de las acciones u operaciones de carácter reactivo, se hace referencia a aquellas que se realizan como fruto de otras que las anteceden (causa) y que son el motivo de esa consecuente actividad (efecto).

destacan el capítulo sobre Buen Gobierno en el Plan Nacional de Desarrollo; el Conpes 167 y la Política Pública Integral Anticorrupción (PPIA) de 2013; la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (ley 1712/2014) y a finales de 2011 la creación de la Secretaría de Transparencia para asesorar al presidente, ejercer la secretaría técnica de la Comisión Nacional para la Moralización y coordinar la implementación de la PPIA– es un mecanismo idóneo para la lucha contra la corrupción y/o cualquiera otra amenaza nacional o transnacional y que el establecimiento de “políticas” –procedimientos dentro de los cuales se encuentran los sancionatorios, el control interno y/o los sistemas de administración del riesgo, el área de innovación en la lucha contra la corrupción, entre otras–, es garantía suficiente para la erradicación de la amenaza de corrupción en el Estado.

Para contrastar los resultados de la investigación, se tiene como sustento el informe de Transparencia Internacional “Exportar corrupción. Informe de los países iberoamericanos” (2015), allí se resalta que 22 de los 41 países miembros de la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos contra la corrupción transnacional no han emprendido ninguna investigación ni acción penal durante los últimos cuatro años. Dentro de ese grupo aparece Colombia con un cumplimiento nulo o escaso, después de 16 años de vigencia de la convención.

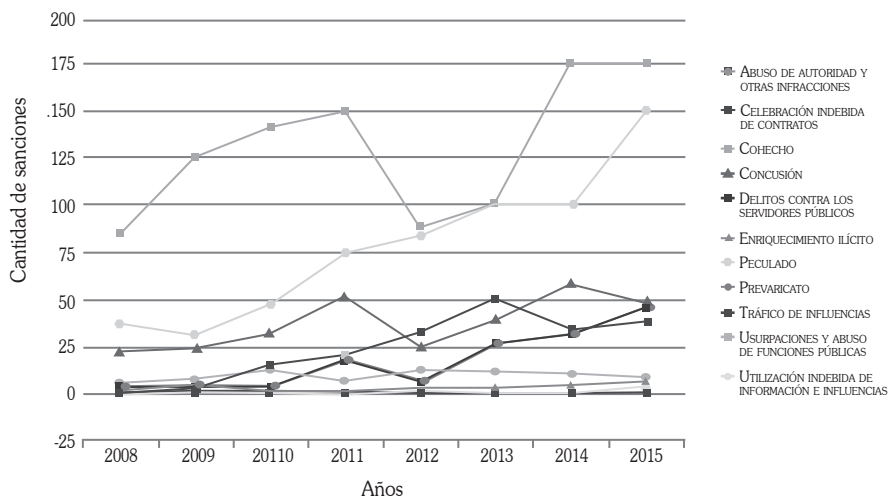
Asimismo, el Observatorio de Transparencia y Anticorrupción de la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República en la gráfica 1 expone cómo las sanciones penales por corrupción en Colombia han tenido un incremento que evidencia el crecimiento de la amenaza.

A partir de la misma fuente, se tiene que en el 2015 se impusieron 496 sanciones penales, en el año 2014, 429, en el 2013, 340, en el 2012, 256 y en el año 2011, 325, los delitos más cometidos son el cohecho y el peculado, seguidos de la concusión y el prevaricato (véase gráfica 2).



Gráfica 1. Sanciones penales por corrupción

Fuente: Sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad y Procuraduría General de la Nación (2016).



Gráfica 2. Delitos sancionados asociados con actos de corrupción

Fuente: Sistema de Información de Registro de Sanciones y Causas de Inhabilidad y Procuraduría General de la Nación (2016).

VI. Alternativa propositiva de implementación de un instrumento de prevención y lucha contra la corrupción

Es menester que el Estado use los mecanismos y funciones en su haber para hacer frente a la corrupción, y he aquí que el Estado tiene organismos especializados para prevenir y combatir

esta amenaza, provenga del ámbito interno o externo; por ello deviene aplicable la ley 1621 del 17 de abril de 2013, que fortalece el marco normativo que le permite a los organismos de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y que en su artículo 2 declara:

Definición de la función de inteligencia y contrainteligencia. La función de inteligencia

y contrainteligencia es aquella que desarrollan los organismos especializados del Estado del orden nacional, utilizando medios humanos o técnicos para la recolección, procesamiento, análisis y difusión de información, con el objetivo de proteger los derechos humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el régimen constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional, y cumplir los demás fines enunciados en esta Ley.

Ahora, sus operaciones preferencialmente encubiertas, a través de sus agentes de inteligencia y contrainteligencia, no se encuentran en los rediles del derecho penal y no se soportan en la doctrina o metodología de policía judicial o lineamientos de la Fiscalía General de la Nación; y su rango de función determinada en la orden de operación o misión de trabajo, circunscrita a aspectos muy ligados y particulares de la amenaza, abarca elementos de suyo diferentes, pudiendo ser coincidentes, pero no útiles para el proceso penal, por disposición normativa consagrada en el artículo 36 de la ley antes nombrada.

En desarrollo de la función de inteligencia y de manera suficiente y proficiente se pueden adelantar acciones y operaciones para detectar e identificar las actividades de la corrupción como amenaza⁴, para que una vez identificadas, se tomen las decisiones necesarias para su “neutralización” y se dé curso si ello es viable, a las actividades de policía judicial, en los precisos términos contenidos en el artículo “242a” de la ley 906/2004, para facilitar la “judicialización” de personas dedicadas a delinquir mediante estructuras en extremo organizadas y dedicadas a la realización sofisticada de conductas punibles, atentatorias contra la administración pública. Es

⁴ El artículo 3 de la nueva Ley de Inteligencia y Contrainteligencia (ley 1621/2013) expresa que dichas actividades pueden ser llevadas a cabo por los organismos que faculte para ello la ley, por ende, la distancia jurídica es salvable y se complementa con el artículo 4 de protección de las personas e instituciones del Estado y sus recursos, en especial con la consecución de sus fines esenciales frente a amenazas que atenten contra ellas.

muy importante analizar el artículo 36 de la Ley de Inteligencia y Contrainteligencia, referido a los informes, en tanto solo pueden constituir “criterio orientador” durante la indagación⁵, lo cual asegura la independencia funcional de estas actividades, frente al panel punitivo.

Las actividades de agente encubierto como policía judicial, solo pueden tener cabida una vez se *verifique la posible existencia de hechos de delitos contra la administración pública*, en tanto que la función de inteligencia y contrainteligencia cuenta con un espectro diferente, dado su carácter anticipativo y preventivo, que no desemboca de modo finalista en el proceso penal. Es muy frecuente confundir la función, los términos y las actividades de policía judicial, con la función, términos y actividades de inteligencia y contrainteligencia, generando distorsiones normativas e interpretativas que desnaturalizan sus respectivas esencialidades, cometiendo el error de endilgarle al funcionario de policía judicial labores de inteligencia y contrainteligencia y viceversa, eventos que son incompatibles por su naturaleza jurídica.

El marco de la función de inteligencia y contrainteligencia se limita a proteger los derechos humanos, prevenir y combatir amenazas internas o externas contra la vigencia del régimen democrático, el régimen constitucional y legal, la seguridad y la defensa nacional; adicionalmente tiene por finalidad: asegurar la consecución de los fines esenciales del Estado, la vigencia del régimen democrático, la integridad territorial, la soberanía, la seguridad y la defensa de la nación, la protección de las instituciones democráticas de la República, así como los derechos de las personas residentes en Colombia y de los ciudadanos colombianos en todo tiempo y lugar –sobre todo los derechos a la vida y la integridad personal– frente a amenazas tales como el terrorismo, el

⁵ La indagación se inicia con la noticia criminal y temporalmente puede transcurrir hasta la prescripción de la acción penal; es la fase de colección de elementos materiales probatorios y evidencia física, individualización de los autores o partícipes del hecho punible; su finalidad es determinar la ocurrencia o no de un hecho punible.

crimen organizado, el narcotráfico, el secuestro, el tráfico de armas, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, el lavado de activos, y otras amenazas similares e igualmente proteger los recursos naturales y los intereses económicos de la nación y el marco de la función de policía judicial se circunscribe a un único fin: el de obtener información útil a la investigación puesta en marcha por la Fiscalía General de la Nación.

La actual normativa anticorrupción –en especial el Código de Procedimiento Penal– adoptó de la doctrina de inteligencia sus figuras más cardinales y paradigmáticas como el análisis, el seguimiento pasivo, la entrega vigilada y la infiltración de organización criminal y la del agente encubierto, que de manera limitada fueron incorporadas en los artículos 241 y 242 citados (CRC, ley 906/2004), anexándolas a las actividades que pueden desplegar los organismos que desempeñan funciones de policía judicial, que como auxiliares de la administración de justicia, colaboran en una tarea eminentemente *judicial* y que conforman el presupuesto indispensable de las sentencias y providencias que profieren los jueces penales (CC, sentencia C-034/1993). Es decir, la función de policía judicial requiere la autorización de la Fiscalía General de la Nación, quien la dirige y coordina y que según la etapa procesal, actúa “sustancialmente” para comprobar hechos y circunstancias que importan al proceso, esto es: investigar los delitos cometidos.

Sin embargo, dada las limitaciones que se enunciaron en los programas metodológicos de policía judicial, conviene al Estado recurrir a las actividades de inteligencia y contrainteligencia, previo el diseño de un plan estratégico que afronte de modo integral la lucha contra la corrupción, de conformidad con las necesidades y las capacidades institucionales. Combatir la corrupción urge de herramientas que superen la función de policía judicial; la actividad discreta, clandestina y secreta de los actos de corrupción, que solo se evidencian una vez se produce el resultado, hace que en este ámbito los aspectos de anticipación y de prevención propios de la inteligencia y la contrainteligencia, cobren capital importancia.

Las actividades encubiertas de inteligencia y contrainteligencia pueden complementarse con algunas actividades de policía judicial, principalmente en demostrar el desarrollo de la conducta delictiva, la estructura criminal, sus integrantes y los demás hechos relevantes de la teoría del delito, que garanticen el éxito de la fase de judicialización, imperativo no permitido al agente de inteligencia y contrainteligencia, por no tener la investidura de policía judicial y de tenerla estaría en contradicción con su naturaleza normativa y la relación especial de sujeción (CC, sentencia T-350/2010).

Determinadas las diferencias fundamentales, debe considerarse que los actos de corrupción deben primordialmente anticiparse, prevenirse y/o neutralizarse.

La inteligencia en consecuencia, puede identificar plena y primariamente esta amenaza y evitar que logre vulnerar la estructura y función del Estado; por tanto, puede llegar a conducir las actividades para impedir que el resultado se produzca, esto es: que los fenómenos de corrupción se realicen.

La inteligencia mediante su doctrina, y a través de sus agentes especializados –quienes además se mantienen en un programa de formación permanente y científica, que incluye planeación estratégica, medios de búsqueda de información, procesamiento de la misma y análisis integral de esta amenaza–, puede caracterizarla, identificar a sus actores y sus estructuras, descubrir sus alcances, sus *modus operandi*, sus planes y proyecciones, las áreas de la administración donde va a ejecutar sus actos, sus relaciones con otras organizaciones y otros aspectos relevantes, cuyo resultado es un informe que le permite al decisor adoptar variadas alternativas, en escenarios de incertidumbre, para garantizar el logro esperado: erradicar la corrupción.

Estas precisiones revelan la importancia de concatenar todos los organismos de control, con las labores de inteligencia y contrainteligencia y las coordinaciones interinstitucionales, con el fin de identificar y “conocer” las actividades relacionadas con la corrupción desde sus primeras

posibilidades, aspecto que aventaja las gestiones hasta ahora realizadas por el Estado y que implica la estructuración de iniciativas anticipativas, para modificar los resultados y evitar sus adversas manifestaciones.

Conclusiones

La corrupción en el ámbito administrativo es toda violación o acto desviado, de cualquier naturaleza, con fines económicos o no, ocasionada por la acción u omisión de los deberes institucionales, de quien debía procurar la realización de los fines de la administración pública, y que en su lugar los impide, retarda o dificulta.

La corrupción comprende una amenaza real y un problema estructural, que afecta la existencia del Estado y la ejecución de sus fines esenciales, asumiendo diversas, complejas y sofisticadas formas, difíciles de controlar en un escenario donde se mensura la satisfacción de necesidades y la prestación de los servicios a través de índices y abstracciones numéricas, no conectados con la calidad real de los servicios y su eficiente beneficio social.

En consecuencia, la Corte Constitucional señala como obligación constitucional del Estado colombiano la implementación de instrumentos jurídicos de diversa naturaleza, dirigidos a la prevención de la corrupción, que garanticen la transparencia de la función pública, como elemento necesario para el debido funcionamiento del sistema democrático. Concluyendo que todo acto preventivo del fenómeno de la corrupción además de constitucional es la vía correcta y necesaria para el logro de los fines del aparato estatal.

Los instrumentos jurídicos diseñados por el Estado no han sido suficientes para frenar la dinámica de la corrupción; la legislación anticorrupción y las herramientas que de ella se han derivado, no han logrado prevenirla y de acuerdo con las observaciones, el fenómeno ha crecido en múltiples aspectos, formas y sofisticación, convirtiendo los delitos asociados en empresas altamente complejas y transnacionales.

Dentro de las herramientas preventivas diseñadas para luchar contra la corrupción se encuentra la figura del agente encubierto, cuya naturaleza jurídica, funciones, tareas y objetivos, impiden la realización de actividades capaces de anticipar el fenómeno, dado que su labor comienza con la consumación del fenómeno e inicio de las indagaciones por parte de la Fiscalía General de la Nación, cuando se consuma el punible. La figura adicionalmente reviste mayor riesgo cuando se emplean particulares en la labor, cuya formación, capacidad e idoneidad, no son las adecuadas para la ejecución de esta clase de operaciones encubiertas.

A partir de la vigencia de la ley 1621/2013, se fortaleció el marco normativo de la función de inteligencia, estableciéndole como objetivo “prevenir y combatir, amenazas internas y externas” que atenten contra el sistema democrático. En ese sentido jurídico, existen estos organismos especializados del Estado, cuya idoneidad en la realización de actividades encubiertas, se sustenta en la formación y labor permanente de sus agentes, lo cual garantizaría el conocimiento del fenómeno, de los actores y de los escenarios asociados con la corrupción y el éxito de las operaciones anticorrupción, en los aspectos anticipativos y preventivos. La justificación jurídica de sus funciones en este aspecto anticorrupción, se soporta en las sentencias de la Corte Constitucional en cuanto “El Estado se ve gravemente amenazado por prácticas de corrupción” que “atentan contra el sistema democrático”.

Referencias

- Álvarez, G. (2009). *Curso de investigación jurídica* (3ª ed.). Santiago de Chile: Legal Publishing.
- Banfield, E. C. (1975). Corruption as a feature of governmental organization. *Journal of Law and Economics*, 18(3), 587-605.
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (2012). *Guía metodológica para la construcción de indicadores de gestión*. Bogotá: DAFP.

- Departamento Nacional de Planeación. (2009). *Guía metodológica para la formulación de indicadores*. Bogotá: DNP.
- Eigen, P. (2004). *Las redes de la corrupción*. Madrid: Bronce.
- Fiscalía General de la Nación. (2005). *Manual único de policía judicial*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Fiscalía General de la Nación. (2009). *Manual de procedimiento de Fiscalía en el sistema penal acusatorio*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Garzón, E. (2002). Acerca del concepto de corrupción. En: M. Carbonell & R. Vásquez (coords.). *Poder, derecho y corrupción* (pp. 28-44). Ciudad de México: Siglo Veintiuno Editores.
- Johnston, W. M. (1982). *Political corruption and public policy in America*. Monterrey: Brooks Cole.
- LaPalombara, J. (1994). Structural and institutional aspects of corruption. *Social Research*, 61(2), 325-351. Procuraduría General de la Nación. (2010). *Informe sobre presupuesto de inversión del Gobierno Central y entes territoriales*. Bogotá: PGN.
- Rogow, A. A. & Lasswell, H. D. (1963). *Power, corruption and rectitude*. Nueva Jersey: Prentice Hall.
- Rose-Ackerman, S. (2002). When is Corruption Harmful? En: A. J. Heidenheimer & M. Johnston (eds.). *Political corruption* (3ª ed.) (pp. 353-371). Londres: Transaction Publishers.
- Sánchez, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 14, 317-358.
- Transparency International. (2015). Corruption perception index. Disponible en: http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2016/01/america_ipc-015.pdf
- Transparency International. (2015). Exportar corrupción. Informe de los países iberoamericanos. Disponible en: http://www.transparency.org/files/content/publication/2015_ExportarCorrupcion_Informes-PaisesIberoamericanos_ES.pdf
- Treisman, D. (2000). The causes of corruption: a cross-national study. *Journal of Public Economics*, 76(3), 399-457.

Leyes:

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política*. Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (1995). Ley 190 “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”. Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2004). Ley 906—Código de Procedimiento Penal. Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley 1474 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2013). Ley 1621 “Por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el marco jurídico que permite a los organismos que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones”. Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2016). Ley 1778 “Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”. Colombia.

Sentencias:

Corte Constitucional de Colombia. (1993). Sentencia C-034. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia C-709. M. P.: Antonio Barrera Carbonell. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia C-319. M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia C-397. M. P.: Fabio Morón Díaz. Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia T-350. M. P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Colombia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (22 de junio de 2005). Apelación, proceso 19081. M. P.: Germán Galán Castellanos. Colombia.

LOS CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES NO SINDICALIZADOS: CASO COLOMBIANO*

Francisco Rafael Ostau de Lafont de León**

Leidy Ángela Niño Chavarro***

Fecha de recepción: 12 de enero de 2017

Fecha de evaluación: 6 de octubre de 2017

Fecha de aprobación: 7 de noviembre de 2017

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3333>

Forma de citación: Ostau de Lafont, F. R. & Niño, L. A. (2018). Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y la negociación colectiva de los trabajadores no sindicalizados: caso colombiano. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 21, 41, 115-129. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3333>

RESUMEN

El presente artículo tiene por finalidad analizar la coexistencia entre la convención colectiva (acuerdo entre organización sindical y empleador) y el pacto colectivo de trabajo (acuerdo entre trabajadores no sindicalizados y empleador) en una empresa, como una realidad que desconoce los convenios 87, 98 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo y los criterios de su Comité de Libertad Sindical. Con el empleo de la sociología jurídica se aborda el tema de estudio a partir de la metodología del análisis documental de la norma laboral y su aplicación a través del desarrollo jurisprudencial, tomando como caso la realidad laboral colombiana, como aporte académico en materia de protección y garantía de la libertad sindical, a fin de concluir que esta coexistencia ha sido producto de la construcción jurisprudencial a contrario sensu de los convenios internacionales sobre libertad sindical.

Palabras clave:

Pacto colectivo, convención colectiva, libertad sindical, gobernanza laboral.

* Artículo producto del proyecto de investigación sobre el futuro del trabajo en Colombia en el marco del centenario de la OIT adelantado dentro de la línea de investigación de derecho laboral del grupo de derecho público y TIC-G, TICCY de la facultad de derecho de la Universidad Católica de Colombia (Bogotá) y el grupo derecho laboral y estándares internacionales del centro de investigaciones sociojurídicas de la Universidad Libre de Colombia (Bogotá).

** Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad La Gran Colombia (Bogotá, Colombia), especializado en Derecho Laboral y Acción Social de la Universidad Nacional de Colombia (Bogotá, Colombia). Doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, Universidad del Rosario y Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas de la Universidad Externado de Colombia; filósofo de la Universidad Libre de Colombia (Bogotá, Colombia). Docente investigador de la Universidad Católica de Colombia (Bogotá, Colombia). Correo electrónico: laninoc@ucatolica.edu.co

*** Abogada de la Universidad Libre de Colombia (Bogotá, Colombia), especializada en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Magíster en Derecho con énfasis en Derecho del Trabajo de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Docente investigadora del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad Libre de Colombia (Bogotá, Colombia). Correo electrónico: angie_nomore@yahoo.es

THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION AGREEMENTS AND THE NON-UNIONIZED WORKERS COLLECTIVE BARGAINING: THE COLOMBIAN CASE

SUMMARY

This research article has a goal to analyze the coexistence between the collective bargaining – agreement between the union and the employer – and the collective agreement – agreement between non-unionized workers and the employer – within a company as a reality that does not recognize the 87, 98 nor the 154 International Labour Organization and Committee on Freedom of Association agreements. By using legal sociology both the labor law and its application are approached from a documentary analysis methodology from Colombian labor reality as an academic input with regard to the protection and warranty of the freedom of association. The purpose is to conclude that this coexistence is a jurisprudence's outcome contrario sensu to international agreements of freedom of association.

Key words:

Collective bargaining, collective agreement, freedom of association, labor governance.

OS ACORDOS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DOS TRABALHADORES NÃO SINDICALIZADOS: CASO COLOMBIANO

RESUMO

O objetivo deste artigo de pesquisa tem por finalidade analisar a coexistência entre o acordo coletivo (acordo entre a organização sindical e empregador) e o acordo de negociação coletiva de trabalho (acordo entre trabalhadores não sindicalizados e empregador) em uma empresa, como uma realidade que desconhece as convenções 87, 98 e 154 da Organização Internacional do Trabalho e os critérios do seu Comitê de Liberdade Sindical. Com o uso da sociologia jurídica, o tema do estudo é abordado a partir da metodologia da análise documental da norma do trabalho e sua aplicação através do desenvolvimento jurisprudencial, tomando como caso a realidade trabalhista colombiana, como contribuição acadêmica em matéria de proteção e garantia da liberdade sindical, a fim de concluir que esta coexistência tem sido o produto da construção jurisprudencial a contrario sensu das convenções internacionais sobre liberdade sindical.

Palavras chave:

Acordo coletivo, convenção coletiva, liberdade sindical, governança trabalhista.

Introducción

El Código Sustantivo del Trabajo (CST) de Colombia aprobado mediante los decretos de Estado de sitio 2663/1950 y 3743/1950 como legislación transitoria y posteriormente adoptado como legislación permanente con la ley 141/1961,

estableció que el acuerdo entre trabajadores que no ejercen el derecho de asociación sindical y un empleador se denominaría pacto colectivo. Por otra parte, consagró que el acuerdo producto de la negociación colectiva entre el empleador y la organización sindical (convención colectiva) y en virtud del decreto 2351/1965, es extensivo a todos

los trabajadores, afiliados o no a la organización sindical cuando los afiliados a esta excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa (decreto 2351/1965, art. 38). Posteriormente, el decreto 671/1972 reglamentó el anterior precepto normativo, estipulando que en las empresas donde se haya firmado una convención colectiva con un sindicato que excede de la tercera parte del total de los trabajadores, no se podrá suscribir pacto colectivo.

El decreto 1469/1978¹ fue objeto, en la mayoría de su articulado, de declaratoria de nulidad por parte del Consejo de Estado (expediente 2913/1980), quedando vigentes los siguientes tres criterios sobre la materia: (i) si el sindicato excede de la tercera parte de los trabajadores de la empresa, esta no puede suscribir pacto colectivo, (ii) se deberán expedir tantos ejemplares del pacto como sean las partes y (iii) la existencia de un pacto colectivo en una empresa no impedirá al sindicato de sus trabajadores presentar pliego de peticiones y suscribir convención colectiva de trabajo. En todo caso, la existencia del pacto colectivo no podrá alterar la aplicación del principio de a trabajo igual salario igual (decreto 1469/1978, arts. 46, 59 y 61).

En la actualidad, cuando el sindicato no excede de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, la convención colectiva se aplica a los miembros de la organización sindical o a los trabajadores que se adhieran a ella o ingresen después al sindicato (CST, arts. 470-472).

En consecuencia, se puede señalar que la convención colectiva suscrita con un sindicato que tenga afiliados que superen más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa, se aplicará de manera automática a todos los trabajadores de la empresa, incluyendo a los no sindicalizados. Cuando los afiliados al sindicato no excedan la tercera parte de los trabajadores de la empresa, la convención se aplicará voluntariamente a los trabajadores no sindicalizados que se adhieran a

ella. Asimismo, mediante un acto gubernamental, el Gobierno puede hacer extensivas, en todo o en parte, las convenciones colectivas a las demás empresas de la misma industria de esa región, que sean de igual o semejante capacidad técnica y económica, pero siempre que en dichas empresas no existan convenciones que consagren mejores condiciones para los trabajadores (CST, art. 472).

El pacto colectivo, como acuerdo entre un trabajador no sindicalizado que lo suscribe y un empleador, es producto del principio de la libertad sindical negativa (Barreto, 2007), el cual no puede usarse como elemento de discriminación ni como herramienta del empleador para atentar contra el derecho de asociación sindical. En 1990, la ley 50 modifica el artículo 481 y adiciona el artículo 70, allí dispuso lo siguiente: los pactos colectivos entre trabajadores no sindicalizados y empleadores se rigen por las disposiciones de los títulos II y III del capítulo primero, parte segunda del CST y estos solamente serán aplicables a quienes los han suscrito o adhieran posteriormente a ellos.

De lo anterior surgen los siguientes interrogantes: ¿quiénes presentan un pliego de peticiones? ¿Cada trabajador puede entregar un pliego de peticiones? ¿Quién puede denunciar el pacto colectivo? ¿La denuncia puede ser presentada por cada trabajador que suscribió el pacto? ¿Quién nombra a los negociadores del pacto? O ¿cada trabajador es negociador de su propio pacto? ¿Quién nombra a los árbitros de un conflicto colectivo? ¿La huelga quién tendría que decidirla? ¿Todos los trabajadores de la empresa o todos los trabajadores beneficiarios del pacto colectivo?

En consideración a lo precedente y a que la coexistencia de los pactos colectivos con las convenciones colectivas nace de la interpretación jurídica de los operadores judiciales *a contrario sensu* al permitirse en una empresa, donde el sindicato no abarca más de la tercera parte de los trabajadores, ¿la coexistencia entre pacto colectivo y convención colectiva de trabajo, obedece a una interpretación contraria a los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)?

¹ Este decreto reglamentaba las leyes 26/1976 y 27/1976 por medio de las cuales se ratificaban los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo.

El tema de estudio de este artículo parte del concepto de la negociación colectiva, estableciéndose que en el marco de los convenios 87, 98 y 154 de la OIT, es un término que se emplea para aquellos acuerdos que surgen de los pliegos de peticiones que presentan las organizaciones sindicales, como sujetos sociales capaces de modificar las condiciones de las relaciones laborales individuales y colectivas. De aquí que este análisis se hará a partir de la realidad jurídica de los convenios internacionales de la OIT, que se conciben para la protección del trabajo humano, no solamente en el marco de los tratados internacionales de derechos humanos. Para ello, se utilizará la sociología jurídica que permite además examinar la norma positiva y los discursos en el campo judicial, la gobernanza laboral y la práctica sindical de las organizaciones sindicales.

A. Resultados

A fin de resolver las inquietudes que aparecen de la aplicación del artículo 481 del CST, hay que resaltar que el pacto colectivo no es más que una manifestación de acuerdo de un trabajador que no ha ejercido el derecho de asociación sindical, sin que el trabajador pueda ser mitificado, analizado o tenido en cuenta como un colectivo no sindicalizado. Por ende, el pacto colectivo de trabajo no es la expresión del derecho laboral colectivo sindical, ni de la representación colectiva sino del derecho laboral individual contractual más cercano al derecho civil, por lo tanto, no es un acuerdo producto del colectivo laboral que nazca en el marco de la organización sindical autónoma y representativa del mundo del trabajo.

El artículo 70 de la ley 50/1990 adicionó que el sindicato (o sindicatos) que agrupe a más de la tercera parte de los trabajadores de una empresa, esta no podrá suscribir un pacto colectivo o prorrogar los que están vigentes, es decir, si en una empresa hay un sindicato, no puede coexistir un pacto colectivo y una convención a la vez.

La interpretación de las anteriores normas relativas al pacto colectivo por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia aceptada por

el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, deja sentado que cuando hay un sindicato que agrupe a menos de la tercera parte de los trabajadores podrá coexistir pacto colectivo y convención colectiva. Al respecto, las altas cortes coinciden en una interpretación del derecho civil que tiene por objeto aclarar el sentido de la cláusula de un negocio jurídico, cual es la interpretación romana, *a contrario sensu*, que permite postular que en una empresa en donde hay un sindicato que cobije a menos de la tercera parte de los trabajadores de ella, es posible que puedan coexistir convención y pacto colectivo, siendo esta la regla jurisprudencial que impera en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta interpretación la ha empleado de forma distorsionada el sector empresarial colombiano (Ostau de Lafont, 2006) que, en algunos casos, con toda intencionalidad, ha querido menoscabar, liquidar y desaparecer a las organizaciones sindicales a través de privilegiar, por medio de un pacto colectivo, a los trabajadores no sindicalizados. Como este pacto solamente se aplica a los trabajadores no sindicalizados que lo suscriban, los trabajadores se ven en la necesidad de renunciar a la organización sindical para beneficiarse de su contenido, situación contraria a lo preceptuado por el decreto 1469/1978 en su artículo 61, que declaró que la existencia del pacto colectivo no podrá alterar la aplicación del principio “a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales debe corresponder salario igual”.

En el 2013 se expide el decreto 2264 reglamentando el artículo 400 del CST, el cual ordenó que el empleador tiene la obligación de retener las cuotas sindicales a favor de las organizaciones sindicales y la suma que los trabajadores no sindicalizados deben pagar por el beneficio de la convención colectiva salvo si existe renuncia expresa de los beneficios a la convención. En consideración a la renuncia expresa, es pertinente decir que si la organización sindical tiene como afiliados a más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa, la convención colectiva se aplicará automáticamente a los trabajadores

no sindicalizados, situación que no permitiría la renuncia de los derechos convencionales, toda vez que estos derechos constituyen los mínimos derechos laborales convencionales que deben aplicarse al interior de la empresa, de no ser así, se desconocería el principio de la irrenunciabilidad. En caso de que el sindicato sea minoritario, la aplicación de la convención colectiva es voluntaria, y en esta circunstancia si el trabajador no manifiesta su voluntad para que le apliquen los beneficios de la convención colectiva, no estaría renunciando a ningún beneficio, pero podría darse la violación del principio contenido en el Convenio 100 sobre igual remuneración por trabajo de igual valor² que forma parte del bloque de constitucionalidad.

El Estado colombiano, en cumplimiento de las recomendaciones de los órganos de control de la OIT, modificó el artículo 200 del Código Penal mediante la ley 1453/2011 y en relación con la vulneración de los derechos de reunión y asociación, instituyó pena privativa de la libertad y multa a quien celebre pactos colectivos en los que, en su conjunto, se otorguen mejores condiciones a los trabajadores no sindicalizados, respecto de aquellas condiciones convenidas en convenciones colectivas con los trabajadores sindicalizados de una misma empresa. Ante esta situación se podría decir que:

1. Un pacto colectivo no supera en su conjunto una convención colectiva, dado que su pretensión es modificar esencialmente los elementos salariales para dismantelar la organización sindical. Por el contrario, la gran importancia de la convención colectiva es la generación de nuevas prestaciones sociales y garantizar la estabilidad laboral. Por ello, los empleadores se podrían cuidar de hacer un pacto que no supere a la convención,

pero que otorgue derechos inmediatos a los trabajadores de la empresa. De este modo, el artículo en mención sería inaplicable.

2. Nos preguntamos si la condena de uno a tres años y la multa que impone este tipo penal, es una sanción para todos los que suscriban el pacto colectivo, incluidos los trabajadores o para quienes elaboren el pacto. Es bueno recordar que el pacto colectivo es un acuerdo entre dos partes y teóricamente no es la imposición de unas condiciones de una parte sobre la otra, entonces, ¿para quién es la pena? (Ostau de Lafont y Niño, 2012, p. 57).

La Corte Constitucional en sentencia C-571/2012 declara exequible el citado artículo por considerar que no viola el principio de consecutividad. Se vislumbra así cómo los operadores judiciales no se pronuncian de fondo en cuanto a esta materia, toda vez que sus pronunciamientos recaen sobre aspectos estrictamente formales de la ley, que se alejan del contenido esencial del derecho. En este caso, era necesario un fallo sobre la coexistencia entre los pactos y convenciones colectivas a que hace referencia el artículo del Código Penal comentado.

El decreto único reglamentario 1072/2015 compiló los artículos 46, 59 y 61 del decreto 1469/1978 que pretendía reglamentar el Convenio 87 de la OIT, en sus artículos 2.2.2.1.10.11 y 2.2.2.2.3, fijando la obligatoriedad de depositar el pacto colectivo dentro de los quince días siguientes a su firma, el cual deberá celebrarse por escrito y extenderá tantos ejemplares como sean las partes, es decir, cuántos trabajadores lo suscriban. En todo caso, la existencia del pacto colectivo no impide la presentación del pliego de peticiones y suscripción de una convención colectiva. Tampoco la existencia de un pacto colectivo podrá alterar el principio a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales debe corresponder igual salario, y de nuevo consagra que en aquellas empresas en que hay un sindicato con más de la tercera parte de los trabajadores no podrá suscribirse pactos colectivos.

² Para la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT “‘el trabajo de igual valor’ incluye pero va más allá de la igualdad de remuneración por un trabajo ‘igual’, el ‘mismo’ o ‘similar’, y también engloba trabajos que son de una naturaleza absolutamente diferente, pero que, sin embargo, son de igual valor” (OIT, 1951, Observación General, 2006, párrafo 3).

La contradicción que plantea la coexistencia de pacto y convención colectiva de trabajo desde la óptica de la Constitución de 1991, se analizará según diferentes perspectivas, que ayudarán a fundar argumentos cuyo resultado final será que la coexistencia de estos instrumentos es contraria a la normativa constitucional, especialmente a los convenios 87, 98 y 151 de la OIT como parte del bloque de constitucionalidad. Así:

1. La Constitución Política de Colombia en su artículo 53 consigna: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna”. Colombia ha ratificado 61 convenios, de los cuales 55 se encuentran en vigor y 6 están denunciados. La Corte Constitucional ha construido algunos elementos dentro de la teoría del bloque de constitucionalidad (sentencias C-401/2005, C-1001/2005, C-047/2006, A.V. C-394/2007, C-228/2009 y C-307/2009, con sustento en el Preámbulo y los artículos 1, 5, 9, 39, 53, 56, 93³, 94, 102 y 214 de la Carta Política) partiendo de dos lecturas. En *stricto sensu* (sentencias C-617/2008, C-228/2009 y C-307/2009) el bloque de constitucionalidad se conforma por aquellos principios y normas de valor constitucional que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicho y a los tratados internacionales que consagran derechos humanos cuya limitación esté prohibida durante los estados de excepción.

En *lato sensu* (sentencias C-401/2005, C-1001/2005, C-047/2006, A.V. C-394/2007, C-228/2009, C-307/2009 y A.V. C-394/2007) el bloque de constitucionalidad está compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven de parámetro para efectuar el control de constitucionalidad, esto es, la Constitución, los tratados internacionales (artículo 93 de la Carta), las leyes orgánicas y en algunas ocasiones las leyes estatutarias. Para la Corte Constitucional,

³ Corte Constitucional, sentencias T 568/1999 (reiterada en sentencia C-567/2000) y C-038/2004.

todos los convenios internacionales sobre derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad.

2. Las normas que componen el bloque de constitucionalidad cumplen diversas funciones dentro del ordenamiento jurídico colombiano; en relación con la fijación de límites al margen de configuración del legislador efectúan: una función interpretativa –sirve de guía en la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales– y una función integradora –provisión de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por remisión directa de los artículos 44, 53, 93 y 94 superiores–. Ambas funciones han sido aplicadas por la Corte Constitucional en su jurisprudencia sobre los límites del margen de configuración del legislador en materia penal, sea para identificar un desconocimiento de la Constitución con la ayuda interpretativa de las normas incluidas en el bloque, o para aplicar directamente los parámetros de tales normas en ausencia de una cláusula constitucional concreta.

La Corte Constitucional estimó que los convenios 87, 98, 151 y 154 son parte del bloque de constitucionalidad (Ostau de Lafont y Niño, 2010) por ser convenios sobre derechos humanos, conteniendo cláusulas *non self-executing* pero dada su característica especial de fundamentales, estas cláusulas no pueden ser consideradas no aplicables o no ejecutivas, toda vez que no puede ser excusa de la responsabilidad del Estado la falta de reglamentación para no aplicarla. En el caso colombiano esta situación tiene como fundamento que al ser parte del bloque de constitucionalidad los convenios de derechos humanos se convierten en parte integrante de la Constitución, por lo que prevalecen frente a la norma interna como el CST.

Así pues, estos convenios son normas constitucionales, por lo que no requieren regla-

mentación para su aplicabilidad directa en caso de que ella pueda resolver alguna conflictividad en el mundo del trabajo, como lo manifestó la Corte Constitucional en el caso del artículo 53 de la Carta, que resuelve: “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios fundamentales [...]” y a pesar de su ausencia, este artículo tiene aplicabilidad directa⁴.

3. En lo que atañe a la aplicación del bloque de constitucionalidad y los convenios fundamentales en materia de libertad sindical (Von Potobsky, 1998), se puede señalar que el Convenio 87 de la OIT sobre derecho de asociación ratificado por Colombia con la ley 26/1976 relativo a la libertad sindical, consagra entre sus principios el derecho de los trabajadores a constituir las organizaciones que estimen convenientes y afiliarse a las mismas sin autorización previa; el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente a sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades, el de formular su programa de acción, sin injerencia de las autoridades públicas y el derecho a la negociación colectiva libre y voluntaria. Este convenio está destinado a proteger el libre ejercicio del derecho de asociación de las organizaciones de empleadores y trabajadores frente a las autoridades públicas (Odero y Guido, 1995).

El Convenio 98 ratificado mediante la ley 27/1976 y el Convenio 154 ratificado a través de la ley 524/1999 junto con su recomendación 163/1981 sobre el fomento de la negociación colectiva, determinan como principio general que ninguna persona debe ser objeto de discriminación en el empleo a causa de su actividad o de su afiliación sindical legítimas, siendo esta protección particularmente necesaria para los dirigentes sindicales. Estipula que la protección contra los actos de

discriminación antisindical debe ser efectiva, debiendo la legislación contener disposiciones que protejan a los trabajadores sindicalizados de manera suficiente y consagrar la existencia de procedimientos capaces de garantizar que las quejas sean examinadas con prontitud, imparcialidad, economía y eficacia.

En el caso colombiano, es claro que la Corte Constitucional en reiteradas decisiones ha sostenido que son fuentes directas de aplicación en materia del mundo del trabajo, los convenios internacionales ratificados, que forman parte del bloque de constitucionalidad, prevaleciendo en el ordenamiento normativo interno (Ostau de Lafont y Niño, 2010). De ahí que, para Colombia, el derecho internacional del trabajo –en especial los convenios de la OIT– ha adquirido preponderancia como fuente directa de aplicación normativa, razón por la cual, las cláusulas de los convenios *self-executing* pueden aplicarse en forma inmediata, dado que las cláusulas *non self-executing* requieren un procedimiento legislativo posterior.

De acuerdo con lo anterior, se puede decir que los tratados internacionales ratificados por Colombia, prevalecen frente a la norma del derecho interno (CST), ya sea por ser parte del bloque de constitucionalidad, por aplicación del principio de favorabilidad, por la declaratoria de inexecutable de la Corte Constitucional o por vía de excepción de inconstitucionalidad de los operadores judiciales (Pla, 1965).

En términos del derecho constitucional, el ejercicio del derecho de asociación sindical es un derecho fundamental que lleva implícito el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga. Sin embargo, en los últimos años han hecho carrera jurisprudencial los derechos laborales inespecíficos, presentándose algunos elementos contradictorios entre los derechos fundamentales de los trabajadores y de los empleadores y esta clase de derechos. Cuando se aborde el tema del pacto se podrá establecer que hay unos derechos inespecíficos del empleador, como ciudadano, como parte de una sociedad y que

⁴ Al respecto véase: Corte Constitucional, sentencia T-205/2006.

tiene derecho a la libre empresa, a administrar sus bienes, a determinar los rumbos y criterios de la administración, entre otros. Empero, estos derechos inespecíficos no pueden ser contrarios al derecho de asociación sindical (Mucha, 2010), por cuanto se trata del ejercicio de un derecho fundamental que lleva implícita la negociación colectiva a través de la organización sindical.

No obstante, si un trabajador no ejerce el derecho a la libre asociación significa que tiene derechos inespecíficos como ciudadano, como lo es el derecho a la reunión y al debido proceso, por ejemplo. De allí que por derechos laborales inespecíficos se entiendan aquellos derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos que son también trabajadores, que a la postre los convierten en derechos laborales en virtud del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en el contexto de la cual se hacen valer (Pasco, 2012).

B. El pacto colectivo y los criterios de la Organización Internacional del Trabajo

En el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones para la Conferencia Internacional del Trabajo en su 94ª reunión de 2006, en relación con la aplicación del Convenio 98, se anota:

2. Pactos colectivos con trabajadores no sindicalizados. En lo que respecta a la firma de pactos colectivos en desmedro de la convención colectiva, la Comisión toma nota de que el gobierno señala que los pactos colectivos están previstos por la legislación y subraya la igualdad existente entre los pactos colectivos y las convenciones colectivas. La Comisión observa que de acuerdo con los artículos 481 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo, los pactos colectivos solo podrán celebrarse en aquellos casos en que la organización sindical no afilie a más de un tercio de los trabajadores. La Comisión observa que de acuerdo con la información recabada por la Visita Tripartita de Alto Nivel, con frecuencia en la práctica, los trabajadores que

son miembros de una organización sindical son incitados a desafiliarse de la misma y a firmar un pacto colectivo (los miembros de un sindicato no pueden firmar pactos colectivos), lo cual acarrea la disminución de dicho número de afiliados por debajo de la tercera parte de los trabajadores de la empresa. La Comisión recuerda una vez más el artículo 4 del convenio relativo al pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria con las organizaciones de trabajadores con el objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo y subraya que la negociación directa con los trabajadores solo debería ser posible en ausencia de organizaciones sindicales. En este sentido, la Comisión pide al gobierno que tome medidas para garantizar que los pactos colectivos no sean utilizados para menoscabar la posición de las organizaciones sindicales y la posibilidad en la práctica de celebrar convenciones colectivas con estas, y que facilite informaciones sobre el número total de convenios colectivos y de pactos colectivos y sobre el número de trabajadores cubiertos por unos y otros.

En el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones para la Conferencia Internacional del Trabajo en su 97ª reunión de 2008, de acuerdo con la aplicación del Convenio 98, se indica:

En este sentido, la Comisión pide una vez más al gobierno que garantice que los pactos colectivos no menoscaben la posición de las organizaciones sindicales y la posibilidad en la práctica de celebrar convenciones colectivas con estas. La Comisión pide asimismo al gobierno que facilite informaciones sobre el número total de convenios colectivos y de pactos colectivos, así como el número de trabajadores cubiertos por unos y otros.

En la reunión del 2014 la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones insiste en que los acuerdos colectivos con trabajadores no sindicalizados solo deberían ser

posibles en ausencia de organizaciones sindicales. Para el 2015, la Comisión recuerda que conforme con el deber de fomentar y promover la negociación colectiva en virtud del Convenio, los pactos colectivos con trabajadores no sindicalizados solo deberían ser posibles en ausencia de organizaciones sindicales representativas.

De la lectura de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, se puede resaltar que coinciden en que en la empresa donde haya una organización sindical no puede hacerse una negociación colectiva con los trabajadores no sindicalizados, puesto que la organización sindical representa en la negociación a todos los trabajadores de la empresa, tal cual como lo ha manifestado el Comité de Libertad Sindical (OIT, 2006)⁵. El ejercicio del derecho de asocia-

ción sindical contemplado en el Convenio 87, así como la capacidad de ese ejercicio para la negociación colectiva, garantiza la representatividad del mundo del trabajo por parte de las organizaciones sindicales, sin importar si estas son mayoritarias o minoritarias como se pretende implantar en el caso colombiano, donde si son minoritarias serán compatibles con la negociación colectiva sindical y si son mayoritarias no serán compatibles.

Esta tesis de compatibilidades o incompatibilidades no puede estar sujeta al ejercicio del derecho de asociación sindical ni a la garantía de la negociación colectiva y, por lo tanto, si en una empresa hay organización sindical, esta representará al mundo del trabajo, por lo que no podrá haber negociación con los trabajadores no sindicalizados, pues de lo contrario se convertiría en un acto que niega la representación sindical como un todo y en un acto atentatorio contra el ejercicio del derecho de asociación sindical y contra el principio de la buena fe en la negociación colectiva, por cuanto sería un acto de mala fe negociar con trabajadores no sindicalizados existiendo una organización sindical.

Para finalizar, se puede decir que los organismos de control de la OIT coinciden en el criterio según el cual el derecho de asociación sindical como derecho fundamental es ejercido por los trabajadores, estos actúan en el marco de un derecho fundamental colectivo que les permite modificar y mejorar sus condiciones de trabajo, por ende, al representar el colectivo laboral no puede el empleador proponer una negociación colectiva a los trabajadores que no pertenezcan a esa organización sindical, sea esta mayoritaria o minoritaria.

El argumento central de esta propuesta es que el mejoramiento de las condiciones laborales para los trabajadores que no ejerzan el derecho de asociación sindical debe darse a partir del derecho individual o contractual o de relaciones de trabajo de cada uno de ellos con el empleador. De allí que la legislación colombiana instituye que el pacto colectivo se aplicará a quienes lo

⁵ El párrafo 944 de la recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT apunta: “La recomendación sobre los contratos colectivos, 1951 (núm. 91), da preeminencia, en cuanto a una de las partes de la negociación colectiva, a las organizaciones de trabajadores, refiriéndose a los representantes de los trabajadores no organizados solamente en el caso de ausencia de tales organizaciones. En estas circunstancias, la negociación directa entre la empresa y sus trabajadores, por encima de las organizaciones representativas cuando las mismas existen, puede en ciertos casos ir en detrimento del principio por el cual se debe estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores y organizaciones de trabajadores”.

El párrafo 945 agrega:

“La recomendación núm. 91 sobre los contratos colectivos (1951) dispone: «A los efectos de la presente recomendación, la expresión ‘contrato colectivo’ comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional». A este respecto, el Comité subrayó que la mencionada recomendación pone énfasis en el papel de las organizaciones de trabajadores en tanto que parte de la negociación colectiva. La negociación directa entre la empresa y sus trabajadores, por encima de las organizaciones representativas cuando las mismas existen, puede en ciertos casos ir en detrimento del principio por el cual se debe estimular y fomentar la negociación colectiva entre empleadores y organizaciones de trabajadores”.

suscriban de forma individual y no en representación de un colectivo.

C. La gobernanza del mundo del trabajo y el pacto colectivo

El 28 de abril de 2015, el Ministerio del Trabajo, mediante concepto, reconoció la validez jurídica⁶ de la coexistencia jurídica entre la convención y el pacto colectivo cuando el sindicato es minoritario, realizando una interpretación que no es acorde con los preceptos legales ni con los métodos *a contrario sensu*, por cuanto no se trata de ningún negocio jurídico ni corresponde a una forma de integración que responda a un ejercicio lógico (Zegarra, 2005), siendo nocivo y violatorio del principio de la libertad sindical.

De lo precedente se puede concluir que la gobernanza del mundo del trabajo, en el caso colombiano, ha sido intervenida por los empleadores imponiéndose los criterios jurisprudenciales sobre la coexistencia de pacto y convención colectiva, pese a que dicha compatibilidad debilita a las organizaciones sindicales disolviéndolas a favor del sector empresarial. Por ello, cuando se analiza la realidad del pacto colectivo y su utilización por parte del sector empresarial a pesar de las innumerables inspecciones laborales que ha efectuado el Ministerio sobre los pactos colectivos y planes de beneficio como en el 2015, que realizó 5856 visitas y en ninguna de ellas hizo alusión a la coexistencia de convenciones colectivas, pactos colectivos y planes de beneficios, se entrevisté que de cincuenta casos denunciados en el mismo año se han sancionado dos y el 40 % quedó en etapa de averiguación preliminar (Tangarife, 2016).

El panorama sindical en Colombia demuestra el bajo índice de solución de conflictos colectivos de trabajo por medio de convenciones colectivas, en donde más del 70 % de los trabajadores está cobijado por pactos colectivos. Así, se encuentra

⁶ Al respecto véase también: http://apps.procuraduria.gov.co/sim/relatoria/.webdocumento?accion=verDocumentoWeb&elementId=ALERO_MAIN:201604171147019::RELATO_DATA_TYPE&docId=3859&mode=1

que para el 2015, los trabajadores beneficiarios de pactos colectivos ascendieron a 100.875 en comparación con el 2014 que cubrió a 86.717 según datos publicados por la Escuela Nacional Sindical (2016).

La Central Unitaria de Trabajadores (CUT), Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC) y la Confederación General de Trabajadores (CGT) en diferentes informes que han presentado ante la OIT sobre la situación de la negociación colectiva en Colombia, denuncian cómo a través de los pactos colectivos se viene ejecutando una actividad antisindical (Palma, 2014), teniendo como objetivo la disolución de las organizaciones sindicales. Así por ejemplo, la práctica empresarial ha implementado los planes de beneficios para los trabajadores no sindicalizados con el fin de disminuir la tasa de afiliación sindical, otorgar mejores beneficios a los afiliados al pacto (CUT, s. f.), conceder los mismos beneficios que la convención colectiva con la exigencia de que el trabajador no pertenezca o renuncie al sindicato, entre otros (Escuela Nacional Sindical, 2014).

Del análisis de la estadística sobre la negociación colectiva en Colombia, se infiere que al aceptarse la coexistencia entre los pactos colectivos y la convención colectiva se demuestra la negación de la negociación colectiva de las organizaciones sindicales, anteponiendo los acuerdos de los trabajadores no sindicalizados, evidenciando en la práctica el interés del sector empresarial colombiano de usar esta herramienta en contra de la Constitución Política de 1991, como un elemento más de la intolerancia hacia el ejercicio del derecho de asociación sindical.

En definitiva, la gobernanza del mundo del trabajo en Colombia (administrativa o judicial) es débil frente a los criterios jurisprudenciales que favorecen al sector empleador, toda vez que los pactos colectivos en nuestro caso se utilizan como mecanismos para debilitar o disolver a las organizaciones sindicales en el marco de la cultura empresarial colombiana, intolerante en el ejercicio del derecho de asociación sindical.

Basta analizar la estadística de la Escuela Nacional Sindical del 2014 para reconocer que mientras se firman 1019 convenciones colectivas que cobijan a 251.410 trabajadores, paralelamente se firman 768 pactos colectivos que cobijan a 211.993 trabajadores. Si a ello se le suma la figura del contrato sindical para debilitar a las organizaciones sindicales, se tiene una cobertura de un total de 316.993 trabajadores no sindicalizados (Tangarife, 2016).

Conclusiones y recomendaciones

En relación con la coexistencia y contradicción entre el pacto colectivo y la convención colectiva en una misma empresa, es dable destacar:

1. La presente investigación tuvo como objetivo aclarar en el marco teórico, partiendo de la lectura de la norma laboral colombiana, si es o no posible la coexistencia de la negociación colectiva de trabajadores sindicalizados y de los no sindicalizados en el marco de la Constitución Política nacional, especialmente de los convenios 87 y 98 de la OIT que forman parte integral de la Carta constitucional en virtud de su pertenencia al bloque de constitucionalidad.
2. El derecho laboral surge y actúa en la categoría del derecho de asociación sindical y negociación colectiva fijando compromisos colectivos, mientras que el derecho contractual civil determina categorías e instituciones individuales, por ello se puede establecer que la independencia del derecho laboral, su autonomía como ciencia jurídica, tiene como elemento particular en el marco del proteccionismo laboral, la autonomía del colectivo para el ejercicio de la negociación y de la organización sindical, por ello hablar de pacto colectivo es afirmar que este como acuerdo de derecho civil es aplicable para los trabajadores que no ejercen el colectivo laboral. No hay negociación colectiva real sin el ejercicio del derecho de asociación sindical.
3. La Carta Magna consagra en su artículo 55 la garantía del derecho de negociación colectiva, así como en el artículo 39 garantiza la constitución de organizaciones sindicales o asociaciones. De conformidad con los convenios 87 y 98 de la OIT el derecho de negociación colectiva es inherente al derecho de sindicalización, como lo manifestó la Corte Constitucional en sentencia C-112/1993, decretando que la negociación es un mecanismo idóneo para fijar las condiciones de empleo. De aquí que la negociación no es un mecanismo residual de las relaciones laborales, sino un instrumento que desplaza el sistema de fijación por el Estado de las condiciones de trabajo, como producto de la voluntad de las partes en la negociación.

En sentencia STC 3016-16 (3026-16) del Tribunal Constitucional de Chile (s. f.) se debate alrededor de la representación de los trabajadores en la negociación colectiva, estableciéndose la negociación colectiva como un derecho fundamental de los trabajadores, por tanto, los trabajadores no sindicalizados también pueden realizar negociación colectiva. Frente a los anteriores criterios es dable aseverar que si bien es cierto el derecho a la negociación colectiva puede producirse a partir de un colectivo de trabajadores, no se puede decir que ellos no son sindicalizados, por cuanto se estaría violentando la capacidad de cada uno para ejercer el derecho de asociación sindical y como consecuencia su negociación colectiva.

Los anteriores argumentos justifican los criterios que instauró el Comité de Libertad Sindical según los cuales en una empresa donde haya organización sindical no puede coexistir negociación colectiva con trabajadores no sindicalizados. Por eso, la única forma en que haya negociación con un colectivo de trabajadores es que no exista organización sindical, por cuanto este no ha ejercido el derecho de asociación sindical y, por ende, la representatividad sindical.

Los trabajadores que no ejercen el derecho de asociación sindical pueden realizar negociaciones siempre y cuando no exista organización sindical (Villa, s. f.)⁷.

4. La legislación laboral colombiana no consagra una norma que disponga la negociación colectiva con los trabajadores no sindicalizados, como es el caso de Chile, donde la legislación sí permite que un grupo de trabajadores no sindicalizados negocie colectivamente al igual que los sindicatos (Relatoría General: La representación colectiva de los trabajadores: evolución de los regímenes legales desde la perspectiva de la autonomía colectiva y la libertad sindical, s. f., p. 39).

Lo que dicta la norma colombiana es que si la negociación colectiva se realiza por un número de trabajadores que no ejerzan el derecho de asociación sindical, este acuerdo se llamará pacto colectivo y se negociará con las mismas reglas de la negociación colectiva de la convención colectiva.

Por lo anterior, si en una empresa hay una organización sindical, no podrá llevarse a cabo una negociación con los trabajadores no sindicalizados y solamente podrá haber negociación con estos trabajadores si hay sindicato. Pese a lo precedente, la jurisprudencia insiste, como producto de una desviación jurisprudencial, de la cual el sector empresarial y algún sector académico comparten (Relatoría General: La representación colectiva de los trabajadores: evolución de los regímenes legales desde la perspectiva de la autonomía colectiva y la libertad sindical, s. f., p. 40), que al interior de una empresa pueden coexistir pacto y convención colec-

tiva como una permisión legal sobre la base de que el sindicato sea minoritario. Dice el Comité de Libertad Sindical que

[...] la prioridad para celebrar negociaciones colectivas con el empleador recae en las organizaciones sindicales de trabajadores, y solo en ausencia de ellas se realizaría con los representantes de los trabajadores no organizados (CLS 944). La negociación directa entre la empresa y sus trabajadores, cuando existen organizaciones sindicales representativas, en ciertos casos podría ir en detrimento del principio que garantiza que la existencia de representantes libremente electos no se va a utilizar en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados (CLS 946) [...] (OIT, 2006, p.202).

5. La coexistencia de un pacto colectivo y de la convención colectiva en el caso colombiano, no ha sido disposición legal sino una mera especulación jurisprudencial de los operadores judiciales colombianos, que empleando un método de interpretación no aplicable a la norma laboral sino a los negocios jurídicos civiles como es *a contrario sensu*, han venido desarrollando una actitud antisindical, violando los artículos 2 y 3 del Convenio 98 de la OIT ratificado por Colombia mediante la ley 27/1976, que forma parte de la Constitución Nacional, por lo que claramente esa interpretación es contraria a la norma constitucional.
6. Referente al pacto colectivo del artículo 200 del Código Penal, es violatorio del Convenio 98 de la OIT, ya que establece como principio esencial de la negociación colectiva que esta surja de la voluntad libre y de buena fe de las partes. De ahí que, si el artículo determina que el empleador o las partes no pueden superar en una negociación colectiva la convención colectiva de la empresa, se estaría restringiendo la voluntad de las partes en dicha negociación y se estaría violentando el Convenio 98.

⁷ “[...] la negociación de pactos colectivos con grupos de trabajadores no sindicalizados que forman coaliciones transitorias para este solo fin será cada día un fenómeno más excepcional. Las normas laborales estimularán la creación de sindicatos y estos se opondrán radicalmente a que se puedan adelantar negociaciones por fuera de la organización. Muchos empresarios desearán también darle un piso más firme a las relaciones laborales” (Villa, s. f., p. 22).

7. En definitiva, para los organismos de control de la OIT, si en una empresa hay organización sindical sin importar que esta sea mayoritaria o minoritaria, no puede haber negociación colectiva con los trabajadores no sindicalizados. En el caso colombiano, al interpretar la jurisprudencia *a contrario sensu*, el artículo en mención acepta que si hay una organización sindical minoritaria (menos de la tercera parte de la empresa), puede coexistir entonces pacto y convención colectiva, prestándose esta interpretación para dismantelar a las organizaciones sindicales nacionales, dividir las o fragmentar a los trabajadores.

El Estado colombiano no ha tenido en cuenta las observaciones de los órganos de control; sin embargo, se resalta el criterio jurídico de los autores de que, si en una empresa hay una organización sindical, no pueden coexistir convención y pacto colectivo, sin importar si es mayoritario o de minorías.

De conformidad con los criterios del Comité de Libertad Sindical, las organizaciones sindicales minoritarias tienen derecho a la negociación colectiva y en caso de que en dicha empresa existan estas organizaciones no puede haber negociaciones con los trabajadores no sindicalizados. Si se llega a presentar el caso de que en una empresa exista una organización sindical y se negocie un pacto colectivo, ese pacto es contrario a los convenios 87 y 98 (OIT, 2006).

Es pertinente entonces realizar las siguientes sugerencias:

1. A los operadores judiciales administrativos se insiste en que no deben aceptar el depósito del pacto colectivo de conformidad con el artículo 469 del CST, para que no produzca los efectos jurídicos de la modificación de los contratos de trabajo.
2. A los operadores judiciales, tener en cuenta que la compatibilidad entre convención y pacto es una errónea lectura del artículo 470

del CST, por lo tanto, los pactos colectivos no pueden coexistir en una empresa si hay organización sindical, sea esta minoritaria o mayoritaria, en concordancia con los criterios de los órganos de control de la OIT. Esta situación no niega el derecho que puedan tener los trabajadores no sindicalizados a la negociación colectiva, siempre y cuando no exista una organización sindical al interior de la empresa y se realicen los procedimientos de la negociación, que sin embargo se convierten en negociaciones individuales.

De aquí que los operadores judiciales pueden decretar la nulidad de los pactos colectivos que existan en una empresa en que haya una organización sindical.

3. A los legisladores, en aras de una mayor claridad de la legislación laboral se les sugiere derogar los artículos 470 y 471 del CST y establecer normativamente que cuando en una empresa exista sindicato o sindicatos no podrán suscribir pacto colectivo o prorrogarse los que tengan vigencia o la inexistencia automática de los pactos colectivos a partir del nacimiento de una organización sindical.

Referencias

- Barreto, H. (2007). Cinco temas actuales y polémicos en el derecho colectivo del trabajo. Ponencia presentada en el XIX Encuentro de Jueces del Trabajo de Río Grande, Brasil, octubre. Disponible en: revistas.ufpr.br/direito/article/download/8745/6062
- Central Unitaria de Trabajadores. (2015). Sindicatos ganan querrela presentada contra el BBVA por imposición ilegal del pacto colectivo. Disponible en: <http://aceb.org.co/sindicatos-ganan-querrela-presentada-contra-el-bbva-por-imposicion-ilegal-de-pacto-colectivo/>
- Consejo de Estado. (1980). Sentencia de 2 de octubre. Expediente 2913. M. P.: Aydée Anzola.

- Corte Constitucional. (2006). Sentencia T-205. M.P. Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional. (2012). Sentencia C-571. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Escuela Nacional Sindical. (2014). Seis casos que muestran cómo pactos colectivos atentan contra los derechos de asociación y libertad sindical. Disponible en: <http://www.colectivodeabogados.org/Seis-casos-que-muestran-como>
- Escuela Nacional Sindical. (2016). Sistema de información laboral y sindical. Reporte a junio de 2015. Disponible en: http://ens.org.co/apc-aa-files/40785cb6c10f663e3ec6ea7ea03aaa15/SISLAB_2015_1_1.pdf
- Ministerio del Trabajo. (2015). Radicado No. ID-48381. Extensión beneficios convencionales. Disponible en: <file:///D:/Documentos/Downloads/71498%20Extenci%C3%B3n%20beneficios%20convencionales.pdf>
- Mucha, R. E. (2010). Los derechos inespecíficos y conflictos entre los derechos fundamentales de los empleadores y trabajadores. *Revista Derecho y Cambio Social*, 7(20), pp. 23-32.
- Odero, A. & Guido, H. (1995). *The law on freedom of association: standards and procedures*. Ginebra: International Labour Office.
- Organización Internacional del Trabajo. (1951). Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:3142153,102595,Colombia,2013
- Organización Internacional del Trabajo. (1951). Convenio relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Disponible en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:2699043,102595,Colombia,2011
- Organización Internacional del Trabajo. (2006). Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Disponible en: [http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(2006\)1A.pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(2006)1A.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo. (2006). *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT* (5ª ed. revisada). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo.
- Ostau de Lafont, F. R. (2006). *El discurso paternalista en la formación de la norma laboral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ostau de Lafont, F. R. & Niño, L. A. (2010). Aplicación de los convenios de la OIT en materia de derecho de asociación sindical y negociación colectiva en las decisiones de los jueces laborales en Colombia. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, XIII(26), pp. 89-105.
- Ostau de Lafont, F. R. & Niño, L. A. (2012). Análisis de los efectos de las recomendaciones de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo sobre el cumplimiento de los Convenios 87 y 98 por parte del Estado colombiano. *Diálogo de Saberes*, 37, 49-67.
- Palma, E. (2014). Los pactos colectivos y los manuales de beneficios no deben coexistir con las convenciones colectivas de trabajo. Disponible en: <http://laboralistapalma.blogspot.com.co/2014/07/los-pactos-colectivos-y-los-manuales-de.html>
- Pasco, M. (2012). Los derechos laborales inespecíficos. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3(5), pp. 8-15.

- Pla, A. (1965). *Los convenios internacionales del trabajo*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República.
- Relatoría General: La representación colectiva de los trabajadores: evolución de los regímenes legales desde la perspectiva de la autonomía colectiva y la libertad sindical. (s. f.). Disponible en: http://isssl.org/wp-content/uploads/2013/08/Guayaquil-Relatoria-General_Thema2_ES.pdf
- Tangarife, C. L. (2016). *Libertades sindicales: esenciales para lograr trabajo decente. Informe de coyuntura económica, laboral y sindical, 2015*. Bogotá: Escuela Nacional Sindical.
- Tribunal Constitucional de Chile. (s. f.). Síntesis STC 3016-16 (3026-16) CPT parte que acoge. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/wp-content/uploads/S%C3%ADntesis-STC-3016-16-3026-16-parte-que-acoge.pdf>
- Villa, H. (s. f.). Tendencias y perspectivas de la negociación colectiva en América Latina. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5212508.pdf>
- Von Potobsky, G. (1998). Freedom of association: the impact of Convention No. 87 and ILO action. *International Labour Review: Special Issue: Labour Rights, Human Rights*, 137(2), pp. 32-45.
- Zegarra, G. (2005). Contradicción sin contradicción (ni enmienda): Yanacocha y un test para argumentar válidamente a contrario. *Revista de Derecho Thémis*, 51, 65-77. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110799.pdf>

EL DELITO ADUANERO DE CONTRABANDO: IDENTIFICACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE SU TIPO PENAL EN COLOMBIA*

Juan José Peña Cuervo**
Luisa Fernanda Martínez Espinosa***
Luis Alejandro Peña Cuervo****

Fecha de recepción: 10 de julio de 2017
Fecha de evaluación: 2 de agosto de 2017
Fecha de aprobación: 8 de noviembre de 2017

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.2944>

Forma de citación: Peña Cuervo, J. J., Martínez Espinosa, L. F. & Peña Cuervo, L. A. (2018). El delito aduanero de contrabando: identificación de los elementos de su tipo penal en Colombia. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 21, 41, 131-147+. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.2944>

RESUMEN

En este artículo se busca analizar el delito de contrabando en Colombia, que se establece en el artículo 319 de la ley 599/2000 modificado por el artículo 4 de la ley 1762/2015, enfocándose en la conducta que implica y la estructura misma de su tipo penal. Mediante los métodos del análisis y la síntesis se abordan algunos conceptos del derecho de la hacienda pública, derecho tributario, derecho aduanero y derecho penal, para generar un marco teórico que permita comprender la conducta punible de contrabando, debido a la relación constitutiva de este delito con aquellos conceptos y por su configuración como tipo penal en blanco en el Código Penal colombiano.

Palabras clave:

Contrabando, tipo penal, elementos del tipo, delito aduanero, tributo, derechos de aduana.

* Artículo producto del proyecto de investigación “El delito de contrabando en el Código Penal colombiano”, desarrollado en el marco del Semillero de Investigación Eduardo Umaña Palmira de la Universidad Santiago de Cali. El proyecto se ejecutó entre agosto de 2016 y mayo de 2017.

** Abogado y estudiante de maestría en Derecho de la Universidad Santiago de Cali (Cali, Colombia). Integrante del Grupo de Investigación en Ciencia Política, Derecho y Relaciones Internacionales y asistente de la Oficina de Aseguramiento de la Calidad de la misma universidad. Correo electrónico: juanpena@usc.edu.co

*** Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá, Colombia). Profesora de dedicación exclusiva, consejera de la Facultad de Derecho y directora del Semillero de Investigación Eduardo Umaña Seccional Palmira de la Universidad Santiago de Cali (Cali, Colombia). Correo electrónico: luisa.martinez00@usc.edu.co

**** Abogado y estudiante de maestría en Derecho de la Universidad Santiago de Cali (Cali, Colombia). Integrante del Semillero de Investigación Eduardo Umaña Seccional Palmira y asesor del consultorio jurídico de la misma universidad. Correo electrónico: consultoriojuridicopalmira01@usc.edu.co

THE CUSTOM FELONY OF SMUGGLING: IDENTIFYING ITS CRIMINAL ELEMENTS IN COLOMBIA

SUMMARY

This article pursues to analyze the smuggling felony in Colombia (which is established by the article 319, law 533/2000, modified by the article 4, law 1762/2015) focusing in the intended behavior and the structure of its criminal type. Through both the analysis and synthesis methods public finances, tax law, customs law and criminal law concepts are approached in order to generate a theoretical framework to understand the smuggling felony as a punishable conduct. This is the result of this felony essential relationship with the aforementioned concepts and its nature as criminal law in blank in the Colombian Criminal Code.

Keywords:

Smuggling, elements of a crime, custom offense, tribute, customs rights.

O CRIME ADUANEIRO DE CONTRABANDO: IDENTIFICAÇÃO DOS ELEMENTOS DO SEU TIPO CRIMINAL NA COLÔMBIA

RESUMO

Neste artigo procura-se analisar o crime de contrabando na Colômbia, que se estabelece no artigo 319 da Lei 599/2000, modificada pelo artigo 4 da Lei 1762/2015, com foco na conduta que implica e na própria estrutura de seu tipo criminal. Através dos métodos de análise e a síntese são abordados alguns conceitos da lei das finanças públicas, do direito tributário, do direito aduaneiro e do direito penal, para gerar um quadro teórico que permita compreender a conduta punível do contrabando, devido à relação constitutiva deste crime com esses conceitos e por sua configuração de tipo criminoso em branco no Código Penal colombiano.

Palavras chave:

Contrabando, tipo criminal, elementos do tipo, crime alfandegário, tributo, direitos aduaneiros.

Introducción

El contrabando es un delito cuyo análisis supone adentrarse tanto en el derecho penal como en las normas del derecho de la hacienda pública, el derecho tributario y el derecho aduanero, debido a que al ser un tipo penal en blanco su “supuesto de hecho se encuentra desarrollado total o parcialmente por una norma de carácter extrapenal” (Corte Constitucional, Sentencia C-121/2012). Por esta razón, existen conceptos básicos de estas áreas del derecho que se encuentran en normas jurídicas y que contribuyen a dar claridad sobre

lo que connotan los elementos del tipo penal de este delito, como son: gasto público, ingreso público, tributos, obligación tributaria, hecho imponible, contribución, derechos de aduana, territorio aduanero, importación, exportación, entre otros. De modo que, el desconocimiento de estos conceptos conlleva problemas semánticos al momento de interpretar y aplicar este tipo penal, además que ello impide saber lo que es el contrabando y las implicaciones de su comisión para la sociedad.

Así las cosas, el objetivo principal de este artículo es analizar el delito de contrabando, que determina el artículo 319 de la ley 599/2000 modificado por el artículo 4 de la ley 1762/2015, en relación con la conducta que comporta y la estructura misma de su tipo penal. En cuanto a la metodología, se trata de una investigación básica por cuanto se da prioridad a la sistematización de conceptos jurídicos del tema objeto de investigación con sustento en la doctrina y la jurisprudencia. El tipo de estudio es descriptivo-explicativo, el método es el análisis y la síntesis, pues se identifican y delimitan los elementos del tipo penal del contrabando y se evidencia teóricamente su nexo con los conceptos aludidos. En tal sentido, este artículo científico contribuye a esclarecer el tema para los operadores judiciales, abogados y personas en general sobre la adecuación típica del actuar de los procesados con esta norma penal.

Para lograr este fin se propone una noción de contrabando desde un enfoque que abarca el derecho penal, el derecho de la hacienda pública, el derecho tributario y el derecho aduanero; y se descompone el tipo penal del contrabando establecido en el artículo 319 de la ley 599/2000 modificado por el artículo 4 de la ley 1762/2015, para señalar cada uno de sus elementos. Por último se exponen las conclusiones.

A. Noción de contrabando

Ferreira (2006) explica que etimológicamente la palabra contrabando es de raíz hispánica y se compone por la preposición ‘contra’: en contra de y por el sustantivo ‘bando’: ley, disposición gubernamental o bando; pues esta palabra se generó inicialmente para significar la producción y el comercio de mercancías que se realizaban en contra de las leyes emitidas por el Estado.

Sin embargo, con el tiempo el sentido de la palabra contrabando ha dejado tal generalidad y ha pasado a significar el delito “que consiste en introducir al país o exportar de él productos o mercancías gravados por impuestos, sin satisfacer íntegramente esta exigencia [...]” (Indriago,

1976, p. 2). Con base en la anterior definición y para una mayor precisión en el contexto colombiano, se puede afirmar por el momento que el contrabando es un delito que consiste en la introducción y extracción del territorio aduanero nacional de mercancías sin el pago de los derechos de aduana.

Los derechos de aduana o aranceles aduaneros son impuestos, considerados por la doctrina como una clase de tributo (López, 2014), que tienen las siguientes funciones según la Corte Constitucional:

Los autores coinciden en destacar el doble carácter o función de estos impuestos: fiscal (instrumento de recaudo público) y económico (instrumento de desarrollo y estabilidad económicas). Estos dos elementos normalmente van unidos y dependiendo de la época histórica uno ha prevalecido sobre el otro. Por el aspecto fiscal el impuesto de aduanas provee ingresos fiscales al Estado y obra en su exclusivo beneficio. Por el aspecto económico, el impuesto de aduanas, no se utiliza como fuente de exacción fiscal sino como instrumento de políticas orientadas a favorecer la producción nacional (gracias a su capacidad para discriminar mediante la manipulación de la tarifa y el régimen entre la producción nacional y la extranjera) y promover la estabilidad económica (el aumento o disminución de los aranceles, la contracción o ampliación de las importaciones, pueden afectar el nivel general de precios y los movimientos de la oferta y la demanda) (Sentencia C-510/1992).

De esta manera, la primera función de los derechos de aduana consiste en lo recaudado a favor de los ingresos públicos, mientras que la segunda función es extrafiscal, ya que el impuesto de aduanas sirve también para exteriorizar la política económica del Estado, la cual representa todas aquellas decisiones estatales encaminadas a intervenir en la economía nacional y conducirla para lograr unos resultados determinados, como la disminución del desempleo, proteger e incentivar la producción nacional, buscar la estabilidad económica y en últimas alcanzar un

orden económico y social justo en pro de todas las personas.

El fundamento de lo anterior se encuentra en que el Estado colombiano tiene el deber de realizar las acciones pertinentes para conseguir el bienestar de las personas y la sociedad (Ramírez, 1998). Colombia al ser un Estado social de derecho según el artículo 1 constitucional y de acuerdo con las Sentencias T-533/1992 y SU-747/1998 de la Corte Constitucional, además de garantizar formalmente los derechos de los ciudadanos debe cumplir con unos fines en la sociedad mediante su intervención en ella para la materialización de esos derechos. Incluso, el artículo 2 de la Carta Política establece que:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, 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 afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

El gasto público es un instrumento importante que tiene el Estado para llevar a cabo un orden económico y social, impulsar el crecimiento económico y ejecutar sus demás fines (Chávez, 2000). El gasto público es “la inversión de los ingresos de las entidades públicas en la satisfacción de las necesidades colectivas” (García y Ortega, 2004, p. 50), lo cual incide directamente en la materialización de los derechos constitucionalmente reconocidos. No obstante, no todo gasto público se realiza en servicios que se prestan a la comunidad que representan una inversión al mejorar la calidad de vida de los individuos y la fuerza productiva de la sociedad –como educación, salud, obra pública, vivienda, entre otros–, sino que también este gasto se hace para suplir los costos de funcionamiento del Estado y el pago de la deuda pública¹.

¹ La deuda pública se adquiere de diversas maneras, por ejemplo, cuando el Estado hace emisión de los títulos valores denominados bonos para que los agencien los

Entonces, si el ingreso público es el recaudo de aquello útil y necesario para el funcionamiento y cumplimiento de los fines del Estado, su relación con el gasto público deviene de la idea de que de todo deber nace un derecho, es decir que, si el Estado debe garantizar tanto su existencia como la prestación de servicios a favor de los derechos de las personas, tiene el derecho de abastecerse de medios pecuniarios indispensables para adelantar tales tareas (Carrara, 1982).

Así pues, una de las principales fuentes de ingresos públicos son los tributos, definidos como prestaciones pecuniarias a favor del Estado que se decretan por la ley en desarrollo de los siguientes principios del derecho de la hacienda pública: (i) principio de solidaridad: el dinero que será destinado a la inversión en la sociedad a través del gasto público puede tener como origen el sector privado, pues todos los sujetos tienen el deber moral y legal de contribuir a la satisfacción de las necesidades de la comunidad y a la existencia misma del Estado; y (ii) principio de reserva de ley: los tributos solo pueden imponerse mediante normas jurídicas aprobadas por un órgano de representación popular respetando el derecho de propiedad de las personas (García y Ortega, 2004; Plazas, 2005).

Sobre este último principio, el término ley debe entenderse en este contexto en un sentido material y no formal, pues no solo se refiere a las normas expedidas por el Congreso de la República de Colombia llamadas de tal forma, sino que igualmente comprende los actos administrativos de carácter general, las ordenanzas que expiden las asambleas departamentales y los acuerdos emitidos por los concejos municipales, así como los decretos del presidente de la República que establecen los tributos denominados derechos de aduana. Por esta razón, los tributos son expresión de la soberanía, de la cual es titular el pueblo de acuerdo con el artículo 3 de la Constitución Política, que es ejercida directamente o a través

individuos en calidad de acreedores, o también cuando al Estado le es otorgado un crédito por otro Estado u órgano internacional como el Fondo Monetario Internacional, etc.

de sus representantes como lo son aquellos servidores públicos que conforman los órganos estatales antes mencionados (Amatucci y González, 2001; Plazas, 2005).

Los fundamentos constitucionales de los tributos son el artículo 58 que expresa que “La propiedad es una función social que implica obligaciones [...]”, y el artículo 95 numeral 9 al instaurar que son deberes de todo ciudadano “Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”. La Corte Constitucional en Sentencia C-040/1993 afirma que en esta última norma constitucional “el término ‘contribuir’ se usa [para] entenderse en el sentido más corriente menos técnico posible, pues se refiere, al acto material de aportar dinero, cualquiera que sea la categoría u origen de la obligación [...]”, dando pie para que la Corte proponga que la palabra tributo es genérica y engloba: tasas, contribuciones especiales e impuestos. Al respecto, Plazas (2005) asegura que se crea la tricotomía de los tributos en el derecho de la hacienda pública en Colombia mediante la sentencia anterior.

Cuando las normas jurídicas determinan tributos, de ellos devienen obligaciones para las personas, cuyo cumplimiento es una de las formas en que efectúan sus deberes como ciudadanos. Estas obligaciones tributarias las caracteriza la Corte Constitucional como vínculos jurídicos entre las personas y el Estado que contienen los siguientes elementos:

[...] 1) el sujeto activo o acreedor, que es el Estado, el cual se concreta y particulariza a través de los correspondientes órganos y dependencias del orden nacional y territorial. 2) el sujeto pasivo o deudor, constituido por los contribuyentes y los no contribuyentes, sean personas naturales, jurídicas, sociedades, o asimiladas. 3) el objeto u obligación que consiste en dar, hacer y no hacer. Es decir, dar: en cuanto el sujeto pasivo tiene que pagar el valor del impuesto a cargo en efectivo, con títulos valores u otros medios económicamente idóneos; hacer: que se traduce en una

serie de actos positivos, tales como declarar, retener en la fuente, certificar esa retención, e informar en los casos y condiciones que la Administración Tributaria exija con arreglo a la Constitución y la ley. Conductas que por otra parte explican el hecho de que los no contribuyentes sean considerados sujetos pasivos de la obligación fiscal, pues según se aprecia, el carácter de sujeto pasivo no es exclusivo de quienes están obligados a pagar. Antes bien, el simple llamado o invitación a un no contribuyente para que rinda legalmente cierta información ante la Administración Tributaria, lo hace sin más sujeto pasivo de la obligación tributaria; no hacer, que implica una abstención, entendida esta como la prohibición legal de evadir o eludir el tributo. 4) la causa, que es de dos naturalezas, a saber: causa remota, o sea la ley misma, por cuanto no puede haber tributo sin ley previa que lo establezca; causa inmediata, o sea el hecho económico, también conocido como hecho generador o hecho imponible (Sentencia C-711/2001).

Este último elemento, la causa inmediata o hecho generador, se define como el presupuesto que tiene la norma tributaria que al realizarse nace la obligación para el sujeto pasivo, aunque para el cumplimiento de esta obligación se debe cuantificar si consiste en una prestación de dar, pues si el tributo es fijo, la misma norma tributaria instituye la cantidad que siempre se debe pagar, pero si el tributo es variable la norma establece es la base gravable y la tasa, que aplicándose la tasa a la base gravable se determina el monto que debe pagar el contribuyente.

La base gravable se determina gracias al hecho imponible y conceptualmente es la dimensión o magnitud del objeto gravado² por la norma tributaria, por ello se expresa en medidas de moneda, de peso, de volumen, de longitud, etc., mientras que la tasa es el índice o porcentaje sobre la base gravable que tiene el Estado derecho a

² El objeto gravado o el objeto del tributo es aquel sobre el cual el Estado ha impuesto una carga o contribución.

cobrar al sujeto pasivo de la obligación tributaria (Ferreiro, 2001; Russo, 2001).

Aplicado lo anterior a los derechos de aduana, su hecho imponible es la importación³ al territorio aduanero colombiano de mercancías para consumo⁴, aunque excepcionalmente⁵ también se pueden generar por la exportación⁶ de estas; la base gravable de estos impuestos es el valor de las mercancías, que se obtiene mediante procedimientos de valorización establecidos en el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 –Código de Valorización de la Organización Mundial del Comercio–, aprobado en Colombia con la ley 170/1994.

La tasa de los derechos de aduana son los porcentajes fijados en el decreto 4927/2011⁷ –Arancel de Aduanas–, que el Estado tiene derecho a cobrar; el sujeto activo o acreedor de los derechos aduaneros es la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales⁸

³ La importación consiste en la introducción de mercancías provenientes de otros territorios aduaneros al territorio aduanero colombiano cumpliendo las exigencias que la ley impone.

⁴ El consumo de la mercancía connota tanto su uso o utilización como su consumo propiamente dicho, ya sea total o parcialmente.

⁵ Gravar la exportación es excepcional porque es una desventaja para la mercancía sobre la que recaen los derechos de aduana, pues su precio aumenta y cuando se oferte en un territorio aduanero extranjero tendrá un precio más alto frente a las mercancías de la misma especie que se encuentran allí, lo cual es un evento no querido ni por el comerciante exportador ni por el Estado, ya que va en contra de la producción nacional y del fortalecimiento de su economía, por ello se grava la exportación solo cuando la mercancía no tiene la anterior afectación o cuando el Estado busca que cierta mercancía no abandone el territorio aduanero nacional.

⁶ La exportación consiste en la salida de mercancías del territorio aduanero colombiano hacia otros territorios aduaneros cumpliendo las exigencias que la ley impone.

⁷ El Arancel de Aduanas compila las mercancías sobre las que recaen los derechos de aduana, allí se organizan por categorías y se encuentra expresamente la tasa de cada mercancía.

⁸ La autoridad aduanera o aduana en Colombia son los servidores públicos que pertenecen a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que como entidad estatal se encarga de exigir el cumplimiento del conjunto

según el numeral 1 del artículo 33 del decreto 390/2016 –estatuto aduanero colombiano vigente–, mientras que el sujeto pasivo o deudor de estos impuestos según el mismo artículo 33 es el importador, el exportador, los declarantes de un régimen aduanero, los operadores de comercio exterior y toda persona que en desarrollo de su actividad haya intervenido de manera indirecta en el cumplimiento de cualquier formalidad, trámite u operación aduanera; y la causa remota se refiere al conjunto de normas jurídicas que regulan los derechos de aduana en Colombia, como son la ley 7/1991, la ley 170/1994, el decreto 4927/2011, la ley 1609/2013 –ley marco de aduanas– y el decreto 390/2016 (Pardo, 2009).

Por lo que, el contrabando es un delito aduanero en razón a que su comisión conlleva el incumplimiento de obligaciones jurídicas, tales como: (i) no se realiza una obligación que se tiene como contribuyente cuya prestación es de dar o pagar los derechos de aduana; (ii) el incumplimiento de una obligación de hacer, que consiste en rendir información cierta a la aduana para que esta lleve a cabo efectivamente su función de control de las mercancías que entran y salen del territorio aduanero colombiano; y (iii) el incumplimiento de una obligación de prestación de no hacer, que es la de abstenerse de realizar la introducción o extracción del territorio aduanero colombiano de mercancías por zona secundaria aduanera, es decir, por un lugar que no está habilitado por la aduana para ejercer tales actividades.

Con base en todo lo anterior, se comprende que el contrabandista se apropia de la contribución que el Estado tiene derecho a recibir y que este podría usar, ya sea para suplir los gastos de su funcionamiento o para la prestación de los derechos constitucionalmente reconocidos mediante los distintos servicios públicos que brinda a las personas. Pero además, el contra-

de las normas jurídicas de carácter tributario y aduanero, implicando ello que debe controlar la introducción y extracción de mercancías del territorio aduanero, verificar si las mercancías que están siendo transportadas no están prohibidas por razones de salud o seguridad pública, cobrar los impuestos aduaneros, entre otras funciones.

bando no permite que se materialice la función extrafiscal de los derechos de aduana por ir en contra de los resultados económicos que busca el Estado con su política económica, pues este delito incrementa el desempleo y deteriora la producción nacional en detrimento del orden económico y social, debido a que el no pago de derechos de aduana acarrea que las mercancías contrabandeadas tengan precios más bajos al competir con otras en el territorio aduanero colombiano y sean por ello preferidas por los consumidores, produciendo esto una disminución en los ingresos de las empresas nacionales que sí pagan sus contribuciones y ejecutan sus actividades comerciales en el marco legal, viéndose estas en la necesidad de reducir el número de sus trabajadores o incluso dejar de operar por insolvencia. Por lo que “el contrabando es una manera sucia de ganar dinero y altamente perjudicial para el país” (Ferreira, 2006, p. 58).

En el Estado colombiano, el contrabando ha sido un flagelo que “ha existido durante décadas, incluso en algunas regiones fronterizas hace parte de la cotidianidad de la población, puesto que se dedican a intercambiar productos con los países vecinos, en ocasiones con el mismo apoyo de las autoridades” (Muñoz, 2015, p. 8).

La Corte Constitucional expresa sobre este tema, conociendo de una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 319 de la ley 599/2000 modificado por el artículo 4 de la ley 1762/2015, que

El contrabando, desarrollado a gran escala, afecta gravemente al aparato productivo colombiano, en la medida en que los industriales y agricultores deben entrar a competir en condiciones de marcada desventaja, dado que sus productos deben ser vendidos a un mayor precio, debido a la respectiva carga tributaria asumida.

El impacto fiscal de las empresas que compiten legalmente es la reducción de la participación en el mercado, la disminución de sus utilidades, la pérdida de empleos, entre otros.

Al mismo tiempo, el contrabando afecta gravemente las finanzas del Estado colombiano en dos niveles: nacional y departamental. La Nación deja de percibir importantes recursos, que deberían entrar a sus arcas, debido al pago de aranceles, impuesto de valor agregado y renta. A su vez, las entidades territoriales no recaudan recursos muy significativos, en especial, en productos tales como cigarrillos y licores, faltantes que terminan afectando el disfrute de derechos económicos, sociales y culturales (Sentencia C-203/2016).

Sin embargo, cabe señalar que existen zonas de régimen especial aduanero que generan flexibilización de las normas jurídicas sobre importación y exportación, pues estas zonas son “áreas delimitadas, que para efectos aduaneros no se entienden parte del territorio nacional, dado que en ellas se aplican beneficios aduaneros y tributarios especiales con relación a operaciones que se realizan en el territorio nacional” (Naranjo y Zapata, 2012, p. 8). Este tipo de zonas las regula en Colombia el decreto 390/2016 y son: (i) Puerto libre de San Andrés, Providencia y Santa Catalina; (ii) Urabá, Tumaco, Guapi, Leticia, Inírida, Puerto Carreño, La Primavera y Cumaribo; y (iii) Maicao, Uribe y Manaure.

La finalidad de las zonas de régimen especial aduanero es promover el comercio de mercancías para generar ciertos estímulos de desarrollo cultural, económico y social en esos territorios, siempre que dichas mercancías se consuman en su interior. Sobre el particular, Naranjo y Zapata (2012) agregan que

El propósito de las zonas de régimen especial aduanero es incentivar la inversión de las empresas tanto nacionales como extranjeras, brindándoles y garantizándoles unos beneficios especiales, lo cual hace más atractiva la inversión, dichas zonas se encuentran apartadas de las grandes ciudades y por lo general no cuentan con una gran infraestructura, pero a su vez por estar ubicadas en lugares estratégicos de nuestro país presentan una gran oportunidad de ser competitivos a la hora de entrar en la globalización de los mercados, el

gobierno con el fin de lograr que las grandes empresas realicen la inversión en cada una de estas zonas, ofrece incentivos y beneficios a cambio de que garanticen empleo para la población y así poder dinamizar la economía y hacer un gran trabajo en la parte social, esta estrategia usada por el gobierno que opera hoy en día no ha dado los resultados esperados debido a que la utilización de estas zonas no ha alcanzado la meta establecida inicialmente y los habitantes de cada una de estas poblaciones no se están viendo beneficiados con la puesta en marcha de estas zonas (p. 10).

La forma en que se introducen y extraen mercancías de estas zonas la regula el mismo decreto 390/2016, en específico sus títulos XII y XIII, por lo que si se desea saber si se genera importación, exportación o contrabando en un caso concreto que involucra una zona de régimen especial aduanero, deben verse las particularidades de esa zona y el tipo de mercancía que se trata. Se precisa que no se hará un estudio detallado de las zonas de régimen especial aduanero en este artículo científico por cuestiones de extensión y por no ser el objeto de análisis, siendo incluso un tema que merece una investigación independiente.

I. Tipología de contrabando

La palabra tipología alude a las clases de contrabando que se establecen en la ley penal. El delito de contrabando se encuentra tipificado en Colombia en el artículo 319 de la ley 599/2000 modificado por el artículo 4 de la ley 1762/2015, siendo los dos primeros incisos de este artículo los siguientes:

El que introduzca o extraiga mercancías en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, al o desde el territorio colombiano por lugares no habilitados de acuerdo con la normativa aduanera vigente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa del doscientos (200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito.

En [sic] que oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero mercancías en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, o las ingrese a zona primaria definida en la normativa aduanera vigente sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, incurrirá en la misma pena de prisión y multa descrita en el inciso anterior.

Analizando los incisos anteriores y con base en lo expuesto en el documento *Tipologías de lavado de activos relacionadas con contrabando* elaborado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y la Unidad de Información y Análisis Financiero (2006), se puede afirmar que en Colombia existen dos clases de contrabando, ya que el primer inciso del artículo antes citado establece el contrabando abierto y el segundo inciso de este el contrabando técnico.

Luego, el contrabando abierto es la introducción o extracción de mercancías gravadas por el Estado a través de lugares no habilitados por la autoridad aduanera –es decir, a través de zona secundaria aduanera–, eludiendo de esta forma a la aduana y haciendo que esta no realice su función de control sobre tales mercancías.

Por su parte, el contrabando técnico consiste en introducir o extraer del territorio aduanero colombiano mercancías gravadas por el Estado a través de lugares habilitados para ello por la autoridad aduanera –esto es, a través de zonas primarias aduaneras–, ya sea ocultando las mercancías para que no sean vistas por la aduana, disimulándolas entre otras cuando se estén inspeccionando o sustrayéndolas de los lugares en que se almacenan después de su decomiso, pero en cualquier caso buscando que la autoridad aduanera no realice a cabalidad su función de control sobre las mercancías. Al respecto, Carantón (2016) asevera que

Se puede evidenciar que la evasión de controles e impuestos por parte de los criminales, encuentran la manera de cometer sus ilícitos simulando algo de “legalidad” en sus operaciones para no ser detectados fácilmente, es

importante notar que este tipo de prácticas van acompañadas de la complicidad muchas veces de otros intermediarios de las operaciones de comercio que resultan ser facilitadores de este delito (p. 14).

B. El tipo penal de contrabando en Colombia

El tipo penal es un mecanismo legal que sirve para determinar, describir, calificar, hacer conocer y prohibir los comportamientos que el legislador considera como delito, implicando que se dé con preexistencia legal la definición inequívoca de la conducta humana amenazada con pena (Gómez, 2005).

Ahora bien, el contenido del tipo penal consta de: (i) un tipo subjetivo que comprende la parte interna de la descripción típica; y (ii) un tipo objetivo que comprende el núcleo real u objetivo de todo delito, abarcando lo que debe existir del tipo penal en el mundo externo (Welzel, 1956, 2004).

Así las cosas, el tipo subjetivo está compuesto por alguna de las modalidades de la conducta punible, que según el artículo 21 de la ley 599/2000 –Código Penal colombiano– son el dolo, la culpa y la preterintención, definidos en la misma ley así:

Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

Artículo 23. Culpa. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

Artículo 24. La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.

Pero, el tipo subjetivo está compuesto también en ocasiones por los elementos subjetivos, los cuales son los propósitos, intenciones, motivos o impulsos del sujeto activo en la comisión del delito que se encuentran descritos en algunos tipos penales (Velásquez, 2004).

Por otra parte, el tipo objetivo se estructura con los elementos básicos que son: (i) los sujetos activo y pasivo, el primero de estos es el individuo que lleva a cabo la conducta descrita en el tipo penal y el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido en el caso concreto –la persona, el Estado o el conglomerado social–, pudiéndose clasificar ambas clases de sujetos, siempre que sean personas por su número en singular o plural, según se trate de una o más de una persona, como también clasificarse en sujetos indeterminados y calificados, según pueda cualquiera ocupar tal papel o requiera unas calidades especiales para ello; (ii) la conducta humana, que se refiere a la acción u omisión que describe el tipo penal, pues el legislador valiéndose de un verbo rector realiza la concreción de lo prohibido, aunque en ocasiones hace uso de verbos accesorios al verbo rector para lograr una mayor descripción y precisión; (iii) el resultado, que se entiende como el efecto o la consecuencia de la conducta en el mundo, pudiéndose encontrar en el plano físico como en el psicológico; (iv) el objeto de la acción, el cual es todo aquello sobre lo que se materializa la afectación al bien jurídico tutelado y hacia lo que el sujeto activo orienta su comportamiento en el mundo; y (v) el bien jurídico, que es un concepto abstracto entendido como aquello que el tipo penal protege (Velásquez, 2004).

Sobre el bien jurídico, Fernández (1989) afirma que su protección es la razón o finalidad del tipo penal, pues no puede el legislador prohibir o sancionar conductas humanas sin motivo alguno, sino que lo debe hacer para otorgar protección a los bienes más importantes del individuo y la sociedad, constituyéndose el bien jurídico en el objeto jurídico del delito.

Ahora bien, se debe agregar que el tipo objetivo tiene en ocasiones elementos aleatorios o

accidentales, presentándose estos solo en algunos tipos penales: (i) los elementos descriptivos, que realizan una mayor caracterización de la conducta humana en cuanto al modo, tiempo y lugar de su ocurrencia; (ii) los elementos normativos, que se refieren a todos aquellos términos que remiten a otras normas jurídicas u otro campo del conocimiento humano para su interpretación; y (iii) las circunstancias agravantes y atenuantes de la responsabilidad de carácter genérico y concreto, que aunque la mayoría estén establecidas en los artículos 55 al 58 de la ley 599/2000, pueden también a veces estar específicamente en el tipo penal y ser verdaderos elementos de este (Gómez, 2005; Velásquez, 2004).

Con base en lo anterior, se procederá ahora a señalar los elementos del tipo penal del contrabando, el cual como ya se indicó, se consigna en el artículo 319 de la ley 599/2000 modificado por el artículo 4 de la ley 1762/2015, establecido de la siguiente manera:

Artículo 319. Contrabando. El que introduzca o extraiga mercancías en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, al o desde el territorio colombiano por lugares no habilitados de acuerdo con la normativa aduanera vigente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa del doscientos (200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito.

En [sic] que oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero mercancías en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, o las ingrese a zona primaria definida en la normativa aduanera vigente sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera, incurrirá en la misma pena de prisión y multa descrita en el inciso anterior.

Si las conductas descritas en los incisos anteriores recaen sobre mercancías en cuantía superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales, se impondrá una pena de nueve (9) a doce (12) años de prisión y multa del doscientos

(200%) al trescientos (300%) por ciento del valor aduanero de los bienes objeto del delito.

Se tomará como circunstancias de agravación punitiva, que el sujeto activo tenga la calidad de Usuario Altamente Exportador (Altex), de un Usuario Aduanero Permanente (UAP), o de un Usuario u Operador de Confianza, de un Operador Económico Autorizado (OEA) o de cualquier operador con un régimen especial de acuerdo con la normativa aduanera vigente. Asimismo será causal de mayor punibilidad la reincidencia del sujeto activo de la conducta.

Parágrafo. La legalización de las mercancías no extingue la acción penal.

I. El tipo subjetivo del tipo penal de contrabando

De acuerdo con el artículo 21 de la ley 599/2000, las modalidades de la conducta punible de la culpa y la preterintención son castigadas solo cuando la ley penal expresamente lo señale, implicando que por regla general los tipos penales son dolosos. Entonces, al no haber en el tipo penal del contrabando indicación alguna de las modalidades de la culpa o preterintención, significa que este delito se agota únicamente mediante dolo.

En cuanto a los elementos subjetivos, no hay ninguno en el tipo penal del contrabando al no haber ninguna descripción de propósitos, intenciones, motivos o impulsos del sujeto activo en la comisión del delito.

II. El tipo objetivo del tipo penal de contrabando

El sujeto activo del tipo penal del contrabando es singular e indeterminado, pues tanto en el inciso 1 –contrabando abierto– como en el inciso 2 –contrabando técnico– se establece “El que”, para significar que cualquier persona individual puede cometer contrabando abierto y técnico. Sin embargo, en el segundo inciso en realidad se indica es “En [sic] que”, sobre lo cual

se puede afirmar que es un error de redacción que se cometió en alguna etapa del proceso de elaboración y sanción de la ley 1762/2015, siendo evidente que la voluntad del legislador colombiano consistió en tipificar “El que”.

Por su parte, el sujeto pasivo de este delito es el Estado y el conglomerado social, pues por una parte la comisión de este delito implica el no pago de derechos de aduana que conlleva un menoscabo para los ingresos públicos y que no se permita realizar el control de aduana adecuadamente, pero además comporta una vulneración a la sociedad que se refleja en la calidad de vida y el bienestar de todas las personas.

Sobre la conducta del tipo penal del contrabando, se identifican los verbos rectores en el inciso 1 –contrabando abierto– de: (i) “introduzca”: verbo que significa entrar una cosa a un lugar; y (ii) “extraiga”: verbo que significa sacar una cosa de un lugar. Pero también en el inciso 2 –contrabando técnico– son verbos rectores: (i) “oculte”: verbo que significa esconder una cosa en otra; (ii) “disimule”: verbo que significa camuflar, disfrazar o hacer pasar una cosa por otra; (iii) “sustraiga”: verbo que significa quitar el dominio de alguien una cosa; y (iv) “ingrese”: al igual que introducir, verbo que significa entrar una cosa a un lugar. Implicando lo anterior que el delito de contrabando es de acción y alternativo, debido a que sus verbos rectores significan que el sujeto activo debe hacer un algo positivo en el mundo exterior y puede cometerse contrabando realizando uno solo de estos. Además, no hay verbos accesorios en el tipo penal del contrabando.

Sobre esos verbos rectores del tipo penal del contrabando, la Corte Constitucional afirma que:

[...] no son ingredientes normativos del tipo, en cuanto no existe una norma constitucional, legal o administrativa que precise el sentido de dichas expresiones. Se trata de formas verbales cuya interpretación debe ser la usual a partir de la búsqueda de su semántica. Esto cumple la función de límite a la libertad, en cuanto se trata de expresiones corrientes,

accesibles a la comprensión de todas las personas y no solamente del juez, lo que permite que las personas tengan conciencia de los límites penales a su actuación. Este método de interpretación lógica, pero restrictiva, es el que garantiza la exclusión de la arbitrariedad, lo que ocurriría con interpretaciones extensivas, teleológicas o analógicas, contrarias al principio de legalidad. En tratándose de restricciones a la libertad, una interpretación restrictiva de sus límites es la única constitucionalmente válida. Ahora bien, luego de un análisis semántico de las expresiones verbales utilizadas, esta Corte concluye que no son oscuras, pero no es función de este Tribunal entrar a definir las una a una, porque correría el riesgo de desbordar su competencia o bien respecto de la configuración de la ley o bien, respecto de la función del juez quien, en cada caso concreto, deberá interpretarlas de manera razonable, motivada en los precedentes horizontales y verticales, luego de haber sometido la interpretación al debate propio del debido proceso, que conduce a la adecuación definitiva de los hechos a las normas. En esta medida, los verbos rectores utilizados por el legislador, radican en el operador jurídico, fiscal y juez penal, un grado admisible de discrecionalidad, que no de arbitrariedad y, por lo tanto, satisfacen las exigencias constitucionales de tipicidad (Sentencia C-191/2016).

En cuanto al objeto de la acción, el delito de contrabando se materializa en las mercancías que sean de cuantía superior a cincuenta salarios mínimos legales mensuales que se ingresen o extraigan del territorio aduanero colombiano sin el pago de los derechos de aduana correspondientes. El precio de las mercancías se determina mediante procedimientos de valoración establecidos en el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

Además, el límite de “cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales” es considerado como parte del elemento básico

del objeto material de este tipo penal, porque su función es delimitar aquello que es delito de lo que no lo es, permitiendo al sujeto activo orientar su actuar de acuerdo con la gravedad de la conducta y sanción correspondiente, pues si se introducen o extraen del territorio aduanero colombiano mercancías que sean de cuantía inferior a “cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales”, la consecuencia jurídica no es la pena que se determina en el artículo 319 de la ley 599/2000 modificado por el artículo 4 de la ley 1762/2015, sino que corresponde la imposición de sanciones de carácter administrativo en concordancia con el título XV del decreto 390/2016 (Trujillo, 2007).

Por otra parte, el tipo penal del contrabando protege el bien jurídico del orden económico social (Sampedro, 2006), el cual ha sido examinado por la Corte Suprema de Justicia de la siguiente manera:

Trátase [sic] el orden económico social –sin dar por superada la controversia o dificultad en encontrar un criterio unánime para delimitar el bien que es objeto de garantía– de ser comprendido en sus dos diversas connotaciones, esto es, tanto referido a la libertad de competencia económica dentro de los límites que la dirección general de la economía que corresponde al Estado y que ejerce mediante su permanente intervención con miras a racionalizar la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, como también respecto de la actividad económica privada en concreto.

De manera tal que el orden económico social como bien plural, estaría comprendido por la protección del justo equilibrio que debe surgir entre aquellos valores de orden económico privado y aquellos que son de carácter público e interesan al Estado (fallo del 21 de julio de 2004, p19702).

Lo anterior implica que el Estado y el conglomerado social son los titulares del bien jurídico del

orden económico social, pues el elemento común de resultado en el tipo penal del contrabando es de carácter físico, consistiendo en impedir que se manifieste la función extrafiscal de los derechos de aduana, en tanto estos impuestos sirven para exteriorizar la política económica del Estado, la cual representa decisiones sobre formas de intervencionismo estatal. Pero también son resultados de este delito la disminución de los ingresos del Estado y los daños para la sociedad como el aumento del desempleo, la reducción de ingresos de las empresas privadas que realizan sus actividades conforme a la ley, etc.

En cuanto a los elementos descriptivos, el tipo penal del delito de contrabando tiene un elemento de este tipo en el inciso 1 –contrabando abierto– que es “al o desde el territorio colombiano por lugares no habilitados de acuerdo con la normativa aduanera vigente”, pues caracteriza la conducta en cuanto a lugar que ocurre, que no es más que en zona aduanera secundaria. Pero también, en el inciso 2 de este tipo penal –contrabando técnico– existen elementos descriptivos como “zona primaria definida en la normativa aduanera vigente” y “sin el cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera”, en tanto el primero de estos elementos define la conducta en cuanto a lugar y el segundo la caracteriza en cuanto al modo.

Sobre los elementos normativos, el tipo penal del contrabando contiene los siguientes: (i) “mercancías”: su significado se encuentra con base en el artículo 3 del decreto 390/2016, pudiéndose definir como aquellos bienes capaces de ser comercializados y transportados, cuyo ingreso y salida del territorio aduanero colombiano es grabado por el Estado con derechos de aduana, estando entonces clasificados en el decreto 4927/2011; (ii) “salarios mínimos legales mensuales”: es el salario más bajo que puede pagar legalmente un empleador a su trabajador en Colombia y que es fijado anualmente por el Gobierno nacional, para el año 2017 el decreto 2209/2016 estableció el salario mínimo mensual en 737.717 pesos colombianos; (iii) “territorio colombiano”: se refiere al territorio aduanero colombiano, cuyo

significado se basa en el artículo 3 del decreto 390/2016, definiéndose como el aspecto espacial que implica la vigencia de la legislación aduanera colombiana y el traspaso de su demarcación con mercancías da origen a los derechos de aduana; (iv) “lugares no habilitados de acuerdo con la normativa aduanera vigente”: igualmente su significado se apoya en el artículo 3 del decreto 390/2016, definiéndose en este la zona primaria aduanera como el lugar del territorio aduanero colombiano habilitado por la autoridad aduanera para la realización de operaciones materiales de recepción, almacenamiento y movilización de mercancías que entran o salen del país, en donde la aduana ejerce en concordancia con las normas tributarias y aduaneras su función de control y vigilancia, pero además el mismo artículo define zona secundaria aduanera como la parte del territorio aduanero colombiano que no es zona primaria aduanera, es decir, aquel lugar que no está habilitado para la introducción y extracción de mercancías del territorio aduanero colombiano; y (v) “valor aduanero de los bienes objeto del delito”: es el precio de las mercancías sobre las que se materializa el delito de contrabando, el cual es determinado mediante procedimientos de valorización establecidos en el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994. La Corte Constitucional expresa sobre este último elemento normativo que:

La aplicación del valor en aduanas o valor aduanero para establecer el monto mínimo constitutivo de delito se refiere entonces a la tipicidad del delito, mientras que su utilización como patrón de la multa, se refiere a la legalidad de las penas (Sentencia C-191/2016).

Otros elementos normativos del tipo penal del contrabando son: (vi) “zona primaria definida en la normativa aduanera vigente”: su significado se soporta en el artículo 3 del decreto 390/2016, entendiéndola como zona primaria aduanera; (vii) “cumplimiento de las formalidades exigidas en la regulación aduanera”: alude a los requisitos para la importación y exportación que ordena el decreto 390/2016 y demás normas aduaneras

que lo complementen; (viii) “Usuario Altamente Exportador (Altex)”: es una calidad otorgada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a las personas por reunir los requisitos fijados en el artículo 36 del decreto 2685/1999, otorgándose los beneficios que aparecen en el artículo 39 del mismo decreto para realizar sus actividades de exportación; (ix) “Usuario Aduanero Permanente (UAP)”: es una calidad concedida por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a las personas por reunir los requisitos establecidos en el artículo 28 del decreto 2685/1999, otorgándose beneficios instituidos en el artículo 33 del mismo decreto para sus actividades aduaneras, (x) “Usuario u Operador de Confianza”: es una calidad reconocida por el numeral 2 del artículo 34 del decreto 390/2016, la cual confiere la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a las personas, dándoles los beneficios creados en el artículo 35 del mismo decreto; (xi) “Operador Económico Autorizado (OEA)”: es una calidad reconocida por el numeral 1.2. del artículo 34 del decreto 390/2016 y que regula el decreto 3568/2011, la cual es otorgada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales a las personas, proporcionándoles los beneficios que se consignan en el artículo 8 del decreto 3568/2011; (xii) “cualquier operador con un régimen especial de acuerdo con la normativa aduanera vigente”: es un término general que engloba cuanta calidad aduanera especial exista o pueda crearse luego de la expedición de la ley 1762/2015, a través de decretos emitidos por el presidente de la República y reglamentados por resoluciones de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Sobre las figuras de Altex y UAP, el numeral 1 del artículo 675 del decreto 390/2016 les da la posibilidad de operar por cuatro años más a partir de la entrada en vigencia de ese decreto, es decir que, “los usuarios aduaneros permanentes y altamente exportadores se descalificarán el 22 de marzo de 2020, por lo que es necesario migrar a alguna de las figuras y no perder de vista la competitividad como objetivo de esta nueva regulación” (Cano, 2016, p. 13).

Se debe señalar igualmente sobre la figura de Altex, que el literal b del artículo 39 del decreto 2685/1999 le otorga como beneficio la “Eliminación de la inspección física aduanera, sin perjuicio de que la autoridad aduanera pueda realizarla de manera aleatoria o selectiva cuando lo considere conveniente”, flexibilizándose con ello las normas sobre importación y exportación respecto a esa obligación que tienen las personas de someter a control e inspección las mercancías a las autoridades aduaneras. Es por eso que si se desea determinar la tipificación del delito de contrabando en un caso específico que involucre un Altex, se debe tener en cuenta que esta figura por aspectos circunstanciales puede tener la excepción de la inspección por la autoridad aduanera, lo que no significa que este sujeto especial de derecho aduanero tenga permitido la comisión de contrabando.

Similar a lo anterior sucede con la figura del OEA, pues los numerales 5 y 6 del artículo 8 del decreto 3568/2011 le otorga los siguientes beneficios:

5. Disminución del número de reconocimientos, inspecciones físicas y documentales para las operaciones de exportación, importación y tránsito aduanero por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y, disminución de inspecciones físicas para las operaciones de exportación por parte de la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional.
6. Utilización de procedimientos especiales y simplificados para el desarrollo de las diligencias de reconocimiento o de inspección, según sea el caso, cuando estas se determinen como resultado de los sistemas de análisis de riesgos por parte de las autoridades de control.

Por otra parte, hay elementos aleatorios de circunstancias agravantes de la responsabilidad en el tipo penal del contrabando en los incisos 3 y 4: (i) la primera circunstancia agravante es de carácter específico y se establece en el inciso 3, que hace uso de un límite cuantitativo, pues

si el contrabando recae “sobre mercancías en cuantía superior a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales” la pena privativa de la libertad ya no será de “cuatro (4) a ocho (8) años” como se indica en el inciso 1 de este artículo, sino que la pena a imponer corresponderá “de nueve (9) a doce (12) años de prisión”, implicando que entre mayor sea la cuantía de las mercancías objeto de contrabando mayor será la lesión al bien jurídico del orden económico social; (ii) en el inciso 4 hay una circunstancia agravante consistente en que el sujeto activo de la conducta sea “Usuario Altamente Exportador (Altex), de un Usuario Aduanero Permanente (UAP), o de un Usuario u Operador de Confianza, de un Operador Económico Autorizado (OEA) o de cualquier operador con un régimen especial de acuerdo con la normativa aduanera vigente”, agravándose la pena en razón a que la comisión del delito de contrabando se realiza con abuso de los beneficios otorgados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales con previo cumplimiento de los requisitos legales, beneficios que tienen como fin la facilitación de las actividades comerciales aduaneras; y (iii) la última circunstancia de agravación punitiva del tipo penal del contrabando se encuentra igualmente en el inciso 4 del artículo 319 de la ley 599/2000 modificado por el artículo 4 de la ley 1762/2015, la cual consiste en la reincidencia del sujeto activo del delito.

Conclusiones

El contrabando es un delito que consiste en la introducción y extracción del territorio aduanero nacional de mercancías sin el pago de los derechos de aduana, siendo tipificado por el artículo 319 de la ley 599/2000 modificado por el artículo 4 de la ley 1762/2015, conteniendo su tipo penal elementos que para su comprensión e interpretación requieren necesariamente del entendimiento de conceptos que se encuentran en normas del derecho de la hacienda pública, el derecho tributario y el derecho aduanero, en razón a la relación constitutiva del delito de contrabando con aquellos conceptos y por ser un tipo penal en blanco.

No obstante, la existencia de zonas de régimen especial aduanero genera una flexibilización de las normas jurídicas sobre importación y exportación, pues con aquellas zonas lo que se busca es dar estímulo al desarrollo en esas partes del Estado colombiano mediante la concesión de beneficios al comercio; por lo que cuando en un caso concreto se desee saber si se tipifica contrabando e involucra una de estas zonas, se debe tener en cuenta los títulos XII y XIII del decreto 390/2016 para determinarlo.

También la flexibilización de las normas sobre importación y exportación ocurre en relación con esa obligación que tienen las personas de permitir el control e inspección de las autoridades aduaneras sobre las mercancías, cuando se trata de los sujetos especiales de derecho aduanero de Altex y OEA, pues estas figuras tienen el beneficio de eliminación o disminución del número de reconocimientos, inspecciones físicas y documentales por las autoridades aduaneras, según el literal b del artículo 39 del decreto 2685/1999 y los numerales 5 y 6 del artículo 8 del decreto 3568/2011. Lo que no connota que estén autorizados estos sujetos especiales del derecho aduanero para cometer contrabando, siendo incluso agravada la pena cuando se realiza este delito en el abuso de sus beneficios concedidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales al cumplirse previamente con los requisitos para esas figuras.

Finalmente, el delito de contrabando en su tipo penal tiene circunstancias de agravación punitiva y entre ellas la reincidencia, la cual se encuentra establecida de forma singular, pues en el sistema jurídico colombiano solo está tipificada para la pena de prisión en el artículo 319 de la ley 599/2000 modificado por el artículo 4 de la ley 1762/2015.

Referencias

- Amatucci, A. & González, E. (2001). El concepto de tributo. En: A. Amatucci, E. González & C. Trzaskalik (eds.). *Tratado de derecho tributario. La relación jurídico-tributaria del procedimiento de la aplicación de la norma tributaria*. Tomo II. (pp. 3-16). Bogotá: Temis.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente.
- Cano, J. (2016). La nueva regulación aduanera: ¿solución a los problemas del comercio exterior colombiano? *Revista de Derecho Fiscal*, 8, 29-42. Disponible en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/fiscal/article/view/4749>
- Carantón, M. (2016). Incentivos que promueven el contrabando técnico en Colombia. Tesis de especialización en Gerencia de Comercio Internacional. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada. Disponible en: <http://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/15447>
- Carrara, F. (1982). *Programa de derecho criminal. Parte especial*. Vol. II. (4ª ed.). Bogotá: Temis.
- Chávez, J. (2000). *Para recobrar la confianza en el gobierno hacia la transparencia y mejores resultados con el presupuesto público*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia C-510. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. (1992). Sentencia T-533. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. (1993). Sentencia C-040. M. P.: Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional de Colombia. (1998). Sentencia SU-747. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia C-121. M. P.: Jairo Alberto Corzo.
- Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia C-121. M. P.: Luis Ernesto Vargas.
- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia C-191. M. P.: Alejandro Linares.

- Corte Constitucional de Colombia. (2016). Sentencia C-203. M. P.: Alberto Rojas.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2004). Sala de Casación Penal. Proceso 19702. M. P.: Alfredo Gómez Quintero.
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales & Unidad de Información y Análisis Financiero. (2006). Tipologías de lavado de activos relacionadas con contrabando. Disponible en: http://www.legiscomex.com/bancomedios/archivos/tipologias_contrabando_enero_2006.pdf
- Fernández, J. (1989). *Derecho penal fundamental, teoría general del delito y punibilidad*. Vol. II. (2ª ed.). Bogotá: Temis.
- Ferreira, F. (2006). *Derecho penal especial*. Tomo II. Bogotá: Temis.
- Ferreiro, J. (2001). Elementos constitutivos de la obligación tributaria. En: A. Amatucci, E. González & C. Trzaskalik (eds.). *Tratado de derecho tributario. La relación jurídico-tributaria del procedimiento de la aplicación de la norma tributaria*. Tomo II. (pp. 44-60). Bogotá: Temis.
- García, H. & Ortega, A. (2004). *Hacienda pública* (2ª ed.). Bogotá: Ecoe editores.
- Gómez, J. (2005). *Tratado de derecho penal parte general, la tipicidad*. Tomo III. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Indriago, J. (1976). *El delito de contrabando legislación penal fiscal*. Bogotá: Temis.
- Ley 7 de 1991. Por la cual se dictan normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular el comercio exterior del país, se crea el Ministerio de Comercio Exterior, se determina la composición y funciones del Consejo Superior de Comercio Exterior, se crean el Banco de Comercio Exterior y el Fondo de Modernización Económica, se confieren unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 39632.
- Ley 170 de 1994. Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la “Organización Mundial de Comercio (OMC)”, suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino. *Diario Oficial* 41637.
- Ley 599 de 2000. Por la cual se expide el Código Penal. *Diario Oficial* 44.097.
- Ley 1609 de 2013. Por la cual se dictan normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al Régimen de Aduanas. *Diario Oficial* 48661.
- Ley 1709 de 2014. Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 49039.
- Ley 1762 de 2015. Por medio de la cual se adoptan instrumentos para prevenir, controlar y sancionar el contrabando, el lavado de activos y la evasión fiscal. *Diario Oficial* 49565.
- López, J. (2014). La nueva ley marco de aduanas –Ley 1609 de 2013– análisis y cambios normativos frente a la regulación y tributación aduanera en Colombia. Tesis de especialización en Derecho Tributario. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en: <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/14928>
- Muñoz, K. (2015). Impacto de la ley anticontrabando 1762 de 2015 en instituciones como la DIAN, la UIAF, la policía fiscal y aduanera y la comisión interinstitucional en su lucha contra el contrabando en Colombia. Tesis de pregrado de Relaciones Internacionales y Estudios Políticos. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada. Disponible en: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/15319/5/Mu%C3%B1oz%20Clavijo%20Karen%20Steffany%20A%C3%B1o%202016.pdf>

- Naranjo, A. & Zapata, D. (2012). Zonas de régimen aduanero especial. Tesis de especialización en Políticas y Legislación Tributaria. Medellín: Universidad de Medellín. Disponible en: <http://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/369/Zonas%20de%20r%C3%A9gimen%20aduanero%20especial.pdf?sequence=1>
- Pardo, G. (2009). *Tributación aduanera*. Bogotá: Legis.
- Plazas, M. (2005). *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario. Tomo II. Derecho tributario* (2ª ed.). Bogotá: Temis.
- Presidencia de la República. (2011). Decreto 4927 “Por el cual se adopta el Arancel de Aduanas y otras disposiciones”. *Diario Oficial* 48.297. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Presidencia de la República. (2016). Decreto 390 “Por el cual se establece la regulación aduanera”. *Diario Oficial* 49808. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Ramírez, A. (1998). *Hacienda pública* (4ª ed.). Bogotá: Temis.
- Russo, P. (2001). Obligación tributaria. En: A. Amatucci, E. González & C. Trzaskalik (eds.). *Tratado de derecho tributario. La relación jurídico-tributaria del procedimiento de la aplicación de la norma tributaria*. Tomo II. (pp. 17-43). Bogotá: Temis.
- Sampedro, C. (2006). Delitos aduaneros. En: *Lecciones de derecho penal* (pp. 711-744). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Trujillo, C. (2007). Los límites cuantitativos en los delitos económicos (arts. 297, 319, 320, 321 Código Penal colombiano). Tesis de pregrado. Medellín: Universidad Eafit. Disponible en: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/461/Catalina_TrujilloBetancur_2007.pdf?sequence=1
- Velásquez, F. (2004). *Manual de derecho penal* (2ª ed.). Bogotá: Temis.
- Welzel, H. (1956). *Derecho penal parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor.
- Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema del derecho penal*. Buenos Aires: B de F.

LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL: NUEVA LEX MERCATORIA COMO ALTERNATIVA AL DERECHO ESTATAL*

Mabel Cándano Pérez**

Fecha de recepción: 22 de agosto de 2017
Fecha de evaluación: 7 de diciembre de 2017
Fecha de aprobación: 22 de diciembre de 2017

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3335>

Forma de citación: Cándano, M. (2018). La unificación del derecho comercial internacional: nueva *lex mercatoria* como alternativa al derecho estatal. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 21, 41,149-162. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3335>

RESUMEN

La nueva lex mercatoria ha alcanzado un lugar en la unificación del derecho comercial internacional, para convenir la forma más justa de dirimir los conflictos entre comerciantes. Esto se refleja en un marco normativo conocido como los Principios de UNIDROIT, a pesar de la existencia de ordenamientos jurídicos en todo el mundo. En este artículo se analiza, a partir de las nuevas tendencias en el comercio internacional, las ventajas que trae consigo la figura de la lex mercatoria, como una alternativa al derecho estatal. En especial, se intenta exponer, a través de una metodología analítica, las causas, la naturaleza y los efectos de los Principios de UNIDROIT para los contratos internacionales. En consecuencia, se concluye que la concepción de esta figura se fundamenta en una elaboración detallada de un codificador privado, con términos flexibles, y su aplicación no está al margen de la intervención jurisdiccional de los Estados.

Palabras clave:

Contratos internacionales, derecho estatal, lex mercatoria, Principios de UNIDROIT.

* Artículo de investigación que se enmarca dentro de los resultados del curso optativo “Principios de contratación internacional”, del doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes (Santiago de Chile, Chile).

(**) Abogada por la Universidad de La Habana (La Habana, Cuba), magíster en Derecho Constitucional y Administrativo por la misma institución. Magíster en Gestión de los Derechos Intelectuales por la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial (La Habana, Cuba). Estudiante de doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes (Santiago de Chile, Chile). Correo electrónico: mmcandano@gmail.com

THE UNIFICATION OF THE INTERNATIONAL BUSINESS LAW: THE NEW LEX MERCATORIA AS A LAW ALTERNATIVE

SUMMARY

The New Lex Mercatoria has gained a place in the unification of the International Business Law to reconcile the fairest way to solve conflicts that take place between merchants. This is displayed into a legal frame known as UNIDROIT principles, even though the fact that there are several legal systems around the world. This article analyzes the advantages brought by the Lex Mercatoria from the international commerce new tendencies as an alternative to the state law. Specially, it is attempted to show through an analytic methodology the causes, nature and outcomes of the UNIDROIT principles to the international contracts. As a consequence, it is concluded that this figure conception is based onto a detailed development of a private encoder with soft terms and, its application is not set aside from the state jurisdictional intervention.

Keywords:

international contracts, state law, Lex Mercatoria, UNIDROIT principles.

A UNIFICAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL: NOVA LEX MERCATORIA COMO ALTERNATIVA AO DIREITO ESTADUAL

RESUMO

A nova lex mercatoria tem atingido um lugar na unificação do direito comercial internacional, para concordar com a maneira mais justa de resolver disputas entre comerciantes. Isso se reflete num quadro normativo conhecido como os Princípios de UNIDROIT, apesar da existência de sistemas jurídicos em todo o mundo. Neste artigo analisa-se, a partir das novas tendências no comércio internacional, as vantagens que a figura da lex mercatoria traz, como uma alternativa ao direito estadual. Em particular, tenta-se expor, através de uma metodologia analítica, as causas, a natureza e os efeitos dos Princípios de UNIDROIT para os contratos internacionais. Consequentemente, conclui-se que a concepção desta figura baseia-se numa elaboração detalhada de um codificador privado, com termos flexíveis, e a sua aplicação não está fora da intervenção jurisdicional dos Estados.

Palavras chave:

Contratos internacionais, direito estadual, lex mercatoria, Princípios de UNIDROIT.

Introducción

El derecho romano fue deficiente en la unificación del derecho comercial internacional, con el pasar del tiempo comienzan a surgir usos y costumbres concebidos por y para los comerciantes que agrupan una especie de “derecho consuetudinario y corporativo” creado por los gremios, y es la llamada *lex mercatoria*, la cual siempre ha sido

fuente de críticas y se planteaba que no reunía los requisitos mínimos de imperatividad y precisión para ser considerada derecho.

En tal sentido, los legisladores juntaron las instituciones y elaboraron códigos nacionales, los cuales difieren entre sí en materias comerciales. Frente a esto, surge la idea de la unificación del derecho, con el fin de otorgar certeza jurídica y

volver a la internacionalización de la *lex mercatoria*, mediante reglas comunes para todos los sistemas jurídicos.

Vemos cómo, en el plano internacional, las instituciones intergubernamentales o gremiales son las que han propuesto las bases para la unificación de las instituciones del derecho privado, entre ellas se destaca: la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (en adelante UNIDROIT)¹ y la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Adviértase bien que, en las últimas décadas, se han conocido en el mundo importantes modificaciones en el volumen y en las características del comercio internacional. Hoy se observa un profundo incremento en el flujo comercial entre los Estados, aprobado, en gran medida, por el enorme desarrollo tecnológico y el perfeccionamiento de los medios de transporte y comunicación.

Por tal motivo, en este artículo se realiza un examen de la nueva *lex mercatoria* como derecho de los comerciantes, a la luz del derecho comercial internacional y los Principios de UNIDROIT para los contratos internacionales, teniendo en cuenta la relevancia que revisten en la interpretación de sentencias por parte de los encargados de impartir justicia y cómo se ve afectada la contratación internacional por las actuales estructuras del comercio y su dependencia al derecho estatal.

En la presente investigación, mediante el método analítico, se tuvo en consideración la revisión de fuentes documentales, la cual obedece a la revisión de la literatura teórica sobre el tema, que se encuentra publicada en libros, tesis de posgrados

¹ UNIDROIT es una institución de carácter internacional que forma parte del conjunto de agencias formuladoras. Es un organismo creado con el fin de unificar y armonizar el derecho privado y lo hace a través de la expedición de diferentes instrumentos que tanto los Estados como los particulares pueden incorporar al ordenamiento o al contrato. Su sede principal se encuentra en Roma, Italia. Chile es parte de UNIDROIT al haber publicado su Estatuto en el Diario Oficial, el 25 de agosto de 1982, cuenta con 61 miembros.

y documentos de investigación que aparecen en distintas revistas de ciencia, técnica e innovación.

Vale aclarar entonces, que una vez analizamos el nuevo escenario que surge con la figura de la *lex mercatoria*, como resultado de esta investigación, se logró un soporte bibliográfico, donde se evidencia que la visión cosmopolita de un derecho uniforme que ya se percibía y se pretendía en la Edad Media, sobre la base de un mercado económico supranacional, vuelve a cobrar hoy valor y a plantear la universalidad del derecho comercial internacional.

A. Nuevas tendencias en el comercio internacional

En líneas generales, un sistema de comercio internacional ha de establecer una serie de principios rectores (Ballesteros, 1977). Primero, no debe ser discriminatorio, lo cual quiere decir, que en un país no existe la discriminación entre sus interlocutores comerciales, por lo que se concede a todos, de forma igualitaria, la condición de “nación más favorecida” (Forner y Delaygua, 1988) y tampoco debe discriminar entre sus propios productos, servicios o ciudadanos y los productos, servicios o ciudadanos extranjeros, concediéndosele el “trato nacional”.

Segundo, la libertad, en el sentido que las dificultades deben reducirse mediante las negociaciones y ser previsibles, ya que tanto las empresas, como los inversores y los gobiernos extranjeros, han de confiar en que no se implantarán arbitrariamente obstáculos comerciales, que incluyen los aranceles, ni tampoco, obstáculos no arancelarios y otras medidas (Ballesteros, 1977).

Tercero, el comercio deberá ser más competitivo, en cuanto a que se desalientan las prácticas “desleales” –como las subvenciones a la exportación y el *dumping* de productos– para ganar partes de mercado. Y un último principio es, que el comercio debe ser más ventajoso para los países menos adelantados, debiendo estos tener más tiempo para adaptarse, mayor flexibilidad y mayores privilegios (Fernández, 2000).

No obstante, existe una nueva realidad que reporta algunos cambios. Si analizamos a los sujetos del comercio internacional, por ejemplo, dentro de esa novedad ocupa una posición destacada el Estado y las empresas multinacionales. Varían, además, los bienes susceptibles de comercio, si recordamos que ahora se comercializa *software* y productos industriales, a diferencia de épocas anteriores. Y, en cuanto a la forma en que se realizan las transacciones, vemos que antes había comercio de particular a particular y ahora se empieza a desarrollar la contratación entre ausentes².

En definitiva, se evidencia una nueva realidad del comercio internacional claramente diferenciada de la práctica comercial de años pasados. Al decir de Fernández (2000, p. 171):

[...] el sector del comercio internacional es el más afectado por la incidencia de la internacionalización de la economía, el régimen de los intercambios internacionales y la contratación internacional, el mismo queda afectado por las estructuras del comercio internacional, diseñadas, principalmente, a través de las instituciones internacionales y de la regionalización de los mercados [...].

Con todo, si se analizan las tendencias, quizá la más relevante para participar exitosamente en el comercio globalizado, sea la innovación tecnológica, que no es más que aquella capacidad para procesar información y convertirla en conocimiento útil.

En este sentido, la Organización Mundial del Comercio sostiene que las mejoras en transporte y tecnologías de la información y las telecomunicaciones, junto a la mayor integración económica y la apertura del comercio, dan lugar a una mayor difusión de la tecnología, así como a un aumento de la movilidad y de la acumulación de los factores productivos a lo largo del tiempo.

Por lo que, a través de esta tendencia, las exportaciones de los países no estarán especializadas

² Esta contratación entre ausentes vendrá también determinada por las condiciones generales de contratación.

en productos concretos, sino en la producción de bienes o componentes similares entre ellos, lo que trae como consecuencia una pérdida de importancia en la ventaja comparativa manejada por las naciones, al momento de diferenciar sus productos.

De esta manera, varios países en vías de desarrollo, caracterizados por poseer mercados pequeños, han optado por modelos de crecimiento soportados en esta tendencia, aplicada a sus exportaciones, llevándolos a la firma de acuerdos, tratados y convenios, con el propósito de incrementar la inversión extranjera directa, como por ejemplo en Cuba, con la puesta en vigor de la ley 118, Ley de la Inversión Extranjera (Consejo de Estado República de Cuba, 2014).

Dadas estas circunstancias, los volúmenes del comercio internacional han evolucionado favorablemente, se han producido cambios en la estructura de las exportaciones, ya que cada vez son más importantes los intercambios de manufacturas y servicios, que los de materias primas o productos básicos.

Por lo que han surgido también, nuevos temas prioritarios en la agenda del comercio mundial. Entre ellos, cabe resaltar el tratamiento a las exportaciones de servicios y el respeto a los derechos de propiedad intelectual, para lograr un mayor flujo de inversiones, es decir, una adecuada legislación para proteger los registros, las marcas, las patentes, los derechos de autor, las franquicias y las denominaciones de origen.

Se incluye además, el tratamiento a las inversiones, que pretende minimizar las diferencias entre los inversionistas nacionales y los extranjeros. En el sentido que ambos deben tener iguales derechos en todos los países y de esta manera establecer un balance de divisas al momento de llevar a cabo una negociación.

A modo de resumen, podemos ver que las nuevas tendencias del comercio mundial están dadas por su rápido crecimiento, su cambio de estructura y el desarrollo tecnológico; y por la existencia de mercados más abiertos y, por ende, los consu-

midores se encuentran mejor informados y son más exigentes. Es por ello que existe un cambio en el paradigma competitivo.

Coincidimos con De Masi (2001) en que la naturaleza de la actividad comercial implica dinamismo y a lo largo de la historia se observa una estrecha relación entre especialización, tamaño del mercado y comercio internacional. Por tal razón se estima que cuando se habla de comercio, se alude a cambio y como es un cambio acelerado y formamos parte de él, en ocasiones nos cuesta comprenderlo y hace que no actuemos en consecuencia con los nuevos tiempos.

I. Beneficios del comercio internacional

El comercio internacional permite que un país cuente con mayor cantidad de bienes que los que podrían producirse en aislamiento, con una dotación escasa de recursos productivos. Mientras más favorable sea la relación real de intercambio para un país, mayor será el beneficio que le traerá el comercio internacional en comparación con el que obtengan los restantes países (Mendoza, Hernández y Pérez, 2014).

Por tal motivo, se aprovecha la diversidad de las condiciones de producción de las diferentes áreas del planeta y la multiplicidad en los gustos de los consumidores, por lo que se puede sacar mejor partido de esa dotación de recursos naturales o quizá de los avances tecnológicos que tengan algunos Estados y otros no (Rodríguez, 2012). De esta forma, se obtienen unos beneficios muy superiores respecto a si esos Estados fueran autosuficientes (así se reducirían los mercados y se pondría freno al desarrollo tecnológico).

Esto se traduce en un considerable aumento de operaciones internacionales realizadas por las empresas. El fenómeno del comercio internacional ofrece tres efectos de singular valor: (i) la interdependencia en el mercado de producto, puesto que crecen las importaciones y exportaciones; (ii) la interdependencia en el mercado de trabajo, por todos los desplazamientos transfronterizos de los trabajos y profesionales; y (iii) la interdependen-

cia en el mercado de capitales, es decir, ahora el dinero se invierte a escala internacional, allí donde genere más rendimientos (Honnold, 1995).

En síntesis, el comercio internacional permite una mayor movilidad de los factores de producción entre países, si se tiene en cuenta que cada uno se especializa en aquellos productos donde tiene una mayor eficiencia, lo cual posibilita utilizar mejor sus recursos productivos y elevar el nivel de vida de sus trabajadores. Se alcanza un equilibrio entre la escasez y el exceso, así como los movimientos de entrada y de salida de mercancías dan paso a la balanza en el mercado internacional.

Se plantea entonces, que un hecho de tal magnitud está obligado a proyectar las relaciones que va a tener con el derecho. Se necesita una reglamentación jurídica que regule este tráfico mercantil internacional. En tal sentido, estimamos que es válido el reconocimiento universal del principio liberal de la autonomía de la voluntad, lo que coadyuva en la formación progresiva de un derecho uniforme, que está basado en los convenios o tratados internacionales, las condiciones generales y los contratos tipo, así como en las prácticas y usos del comercio internacional.

B. Principios de UNIDROIT para los contratos internacionales. Su naturaleza, funciones y propósitos básicos

Resulta imprescindible aquí para entender la nueva *lex mercatoria* y el sentido de la unificación del derecho comercial, hacer referencia a los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, en tanto su naturaleza, funciones y principios básicos.

Estos se publicaron por primera vez en 1994³ y no son más que reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, de

³ Hasta ahora se han publicado tres ediciones de los Principios. La primera en 1994, la segunda en 2004 y la tercera en 2016. En cada una de ellas se amplía su contenido para incluir alguno de los aspectos de la contratación comercial internacional no regulados en las anteriores.

aplicación cuando las partes del contrato hayan decidido que los mismos se rijan por estos principios (autonomía de la voluntad) o hayan acordado que sus contratos se guíen por principios generales del derecho, la *lex mercatoria* o expresiones semejantes.

Por ende, los Principios de UNIDROIT son lo que se suele definir en derecho internacional como *soft law*, esto es, instrumentos cuasilegales que por sí mismos no son vinculantes jurídicamente, por carecer de rango normativo, ya que las instituciones que los crean no tienen poder legislativo (Guarín, 2015). Solo son recomendaciones, declaraciones, principios, códigos de conducta, que emiten algunos organismos internacionales y que cada vez adquieren más relevancia en la práctica legal internacional por su creciente utilización (Principios de UNIDROIT, 2016).

En este sentido, la utilidad radica en que son reconocidos por una serie de especialistas en la materia como habituales en la práctica diaria del comercio internacional, siendo por tanto principios, usos y maneras del comercio internacional también conocidos como *lex mercatoria*. Estos principios y costumbres por lo común no se suelen tener en cuenta en los códigos de comercio ni en la legislación interna de los países, más enfocada en las transacciones nacionales que en las internacionales.

No obstante, tal y como se recoge en el artículo 1.4 de los Principios, estos no restringen la aplicación de normas de carácter imperativo, sean de origen nacional, internacional o supranacional, que resulten aplicables conforme a las normas pertinentes de derecho internacional privado.

Estos principios se diferencian de las leyes estatales. A modo de ejemplo se menciona lo dispuesto en la formación del contrato internacional, en cuanto a la existencia de la libertad de forma. Los Principios de UNIDROIT se limitan a disponer que “nada de lo expresado en estos principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede

ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos” (artículo 1.2). Por otro lado, reconocen los usos y costumbres del comercio internacional. En este sentido el artículo 1.9. (2) dispone que:

[...] las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.

A su vez, incorporan el deber de confidencialidad, así lo consigna su artículo 2.1.16:

[...] si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla ni utilizarla injustificadamente en provecho propio, independientemente de que con posterioridad se perfeccione o no el contrato. Cuando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte.

De igual modo, resuelven el problema de la batalla de las condiciones generales de la contratación (*battle of forms*). Los Principios disponen que

[...] cuando ambas partes utilizan cláusulas estándar y llegan a un acuerdo excepto en lo que se refiere a dichas cláusulas, el contrato se entenderá perfeccionado sobre la base de los términos acordados y de lo dispuesto en aquellas cláusulas estándar que sean sustancialmente comunes, a menos que una de las partes claramente indique con antelación, o que con posterioridad y sin demora injustificada informe a la contraparte, que no desea quedar obligada por dicho contrato (artículo 2.1.22).

También habría que destacar que los principios ofrecen unos estándares para regular las negociaciones previas. El artículo 2.1.15 (2) dispone que “la parte que negocia o interrumpe las negociaciones de mala fe es responsable por los daños y perjuicios causados a la otra parte”.

Es válido reconocer que los redactores de los Principios han sabido ver que los negocios transnacionales a los que se dirigen estos, están siempre en continuo perfeccionamiento y que reclaman la aplicación de reglas que se adapten a ellos con facilidad y, sobre todo, que resulten útiles y eficaces para la regulación de sus relaciones contractuales. Al decir de Oviedo (2000, p. 97):

[...] en los principios de UNIDROIT se enuncian reglas que son comunes a la mayoría de los sistemas legales existentes y al mismo tiempo, se adoptan soluciones para un mayor desarrollo del tráfico internacional.

Lo anterior supone un paso adelante en el desarrollo de una nueva *lex mercatoria* internacional, como cuerpo autónomo del derecho.

C. La nueva *lex mercatoria*. Sus ventajas como derecho de los comerciantes

Luego del breve enunciado acerca de la *lex mercatoria*, resulta oportuno profundizar en el tema, debido al estrecho vínculo que tiene con el derecho mercantil internacional. Esta, no es más que un orden jurídico autónomo, independiente de los sistemas jurídicos nacionales, creado espontánea y paulatinamente por quienes se encuentran envueltos en relaciones económicas internacionales y consistente en usos y costumbres globales, precedentes arbitrales y principios como los de derecho contractual de UNIDROIT (Craig, Park y Paulsson, 2000).

Según Vicent Chuliá (2000) la *lex mercatoria* debe abarcar con su conceptualización las condiciones generales de contratación y los contratos tipo formulados de manera unilateral por empresas o grupos de empresas vendedoras, o pactados con las asociaciones de compradores; y además, las condiciones generales elaboradas por las organizaciones en el escenario intergubernamental o privado, que intentan refundir y, sobre todo, seleccionar las prácticas más justas.

Se destaca con fuerza la labor efectuada por UNIDROIT en la redacción de los principios aplicables a los contratos comerciales internacionales. Son los mismos principios quienes han incorporado su legislación al ámbito internacional como una recopilación de prácticas, mejoradas de acuerdo con las exigencias de justicia y solidaridad, que no prevalecen necesariamente en el mercado internacional, pero que son un imperativo, en tanto las desigualdades deben minimizarse a la hora de resolver un conflicto, sin atender al poder económico de las empresas en juego. Los mismos principios se autodenominan *lex mercatoria* en tanto resultan aplicables a los contratos con la sola referencia a esta.

En este sentido, la nueva *lex mercatoria* está dirigida a regular los contratos comerciales internacionales, tal como surge de la compilación cada vez más extendida en el tiempo, de los Principios de UNIDROIT, obra de juristas que, sin embargo, actúa a instancia de la ley, para juzgar los contratos en su validez, interpretación y ejecución, las cláusulas compromisorias en ellos insertas, asignan competencia a las cámaras arbitrales internacionales. Los principios de derecho que la gobiernan y los laudos arbitrales que dirimen las controversias que de ellas se derivan, no señalan la supremacía de ninguno de los derechos nacionales de nuestro tiempo: del *common law* sobre el *civil law* y mucho menos de Occidente sobre de Oriente.

Hasta hace poco la tendencia jurisprudencial era considerar inválidas las cláusulas contractuales que hicieran referencia a una *lex mercatoria* como normativa propia, no obstante, actualmente las admiten jueces nacionales y árbitros internacionales (Oviedo, 2000).

La *lex mercatoria* resuelve las cuestiones propias del comercio internacional, y su práctica ha dado lugar a un derecho de índole universal aplicable a las relaciones mercantiles y que va a nacer de esos usos o prácticas comunes de los comerciantes.

A partir de esta ley se regulan las relaciones entre esos comerciantes y dentro de un ámbito determinado. Entre sus características esenciales se encuentra la autonomía, porque estos usos

y prácticas del comercio surgen al margen del Estado. Es por lo tanto un derecho social de una clase emergente (*ius mercatorum*), vinculado a la actividad profesional de la misma.

Por otro lado, se define por la uniformidad internacional: porque frente al particularismo y al pluralismo de ordenamientos, aquí luce una profunda identidad de rasgos generales dentro del tráfico mercantil, lo cual constituye la respuesta a exigencias de cambio de bienes. También por la progresividad y expansión: porque va a acceder en su ámbito a los estrechos límites territoriales de las unidades políticas existentes, y de esta manera empieza a asumir un relieve europeo.

Otro rasgo característico es el origen privado, es decir, que la fuente de la misma no está en el derecho internacional o nacional, sino en la acción normativa que producen los particulares en esos usos y costumbres elaborados por la propia sociedad o por la comunidad internacional de comerciantes. Esta comunidad se apoya en corporaciones profesionales que diseñan un derecho corporativo y que someten sus operaciones mercantiles a las condiciones generales, a los contratos tipo, pero también favorecen el empleo del arbitraje.

Broseta Pont (1991) afirma que el modelo codificador actualmente no se adecúa a las exigencias internacionales del tráfico y comercio supranacionales, a las cautelas que son necesarias frente a las sociedades multinacionales, ni a la cada vez mayor internacionalización de la *lex mercatoria*. También sostiene el autor que el código es contradictorio con el método de creación del derecho comunitario mediante reglamentos y directivas.

Para Calvo y Carrascosa (2006) existe una acepción tradicional o moderada de la nueva *lex mercatoria* y una acepción avanzada de la misma. En el primer supuesto, se concibe como un conjunto de usos, contratos-tipo, reglas de asociaciones privadas, que reglamentan algunos aspectos de la contratación internacional. Es decir, no es un orden jurídico independiente de los ordenamientos nacionales, pues debe su

existencia precisamente a ellos. Los derechos nacionales no se opondrían a que los contratantes incluyan en sus contratos reglas más flexibles creadas por los mismos comerciantes. En el segundo supuesto, la *lex mercatoria* son prácticas creadas por los comerciantes internacionales, siendo un verdadero orden jurídico que compite con los derechos nacionales y que puede regular un contrato internacional de modo autónomo, sin el concurso del derecho estatal.

No obstante, se observan como herramientas esenciales al momento de la solución de controversias por parte de los árbitros internacionales, según Jaramillo (1998), los siguientes principios que han sido enumerados como constitutivos de la *lex mercatoria*:

- El *Pacta sunt servanda*, el contrato es ley para las partes.
- El *rebus sic stantibus*, los cambios sustanciales en las condiciones de contratación, pueden generar la revisión del mismo.
- La *culpa in contrahendo*.
- La buena fe.
- El soborno genera la nulidad o ineficacia del contrato.
- Un Estado no puede evadir sus obligaciones, negando su propia capacidad de realizar un acuerdo arbitral.
- El interés de un grupo de compañías es considerado como un todo al contratar en nombre de todas ellas.
- Una parte no puede ser exonerada de sus obligaciones en razón a sus propios actos, si estos formaban parte de sus obligaciones.
- Los tribunales están obligados a aceptar los alcances dados por las partes al contrato.
- Una parte debe actuar prontamente para exigir sus derechos, no sea que se entienda que ha renunciado a ellos.
- La falta de respuesta de la correspondencia se considera evidencia de asentimiento de sus términos (Matute, 2002).

I. Importancia de los Principios de UNIDROIT en la interpretación de sentencias

Si bien las soluciones que recogen los principios no son reconocidas por todos los ordenamientos jurídicos, especialmente por el derecho civil continental, en el ámbito de la contratación internacional son con frecuencia aceptadas (Guarín, 2015). Habría que indicar en este punto que, en muchas ocasiones, los principios han servido de modelo para el legislador de un determinado Estado en la creación o modificación de su derecho interno de contratos.

Asimismo, hay que subrayar la importancia que han adquirido con el tiempo, a la hora de interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme del comercio internacional, por parte de jueces y tribunales (Espigares, 2016). Lo cual está dado porque recogen distintas culturas jurídicas y económicas que permiten el acceso a innovadores, de las soluciones que contribuyen a enriquecer y renovar la jurisprudencia.

Estas decisiones en las que se tienen en cuenta los principios, en muchos casos son laudos arbitrales de la CCI, en la que ejercen su función normativa e interpretativa, pero a su vez se asimilan a la *lex mercatoria* y a la “justicia natural”. Es oportuno señalar que los principios se aplican al contrato, siempre y cuando no intenten derogar las normas de carácter imperativo del país.

En cuanto a su forma de aplicación, podemos observar dos grandes grupos: el primero, por la elección de las partes contratantes; y el segundo, por la complementariedad con el derecho internacional o nacional, cuando las partes no hayan manifestado su intención de aplicarlos directamente en sus contratos (Guarín, 2015). En el primer caso, los contratantes señalan que el contrato se regirá por los Principios de UNIDROIT o bien usan expresiones análogas, como *lex mercatoria* o principios generales de la contratación o del derecho.

En el segundo, a pesar de que las partes no acuerden someterse a ellos, el juez los considera un elemento relevante para interpretar cierto precepto o para integrar un vacío normativo. Dentro de los principios más aplicados se encuentra lo dispuesto en los artículos 1.3 (carácter obligatorio del acuerdo entre las partes), 4.1, 4.2 (interpretación de la declaración escrita de una de las partes como constitutiva del aviso de terminación) y 7 (derecho a terminación del contrato).

Singular referencia cobra en este plano el trabajo hecho por UNIDROIT, en tanto permite acceder a los principios recopilados de las prácticas comerciales internacionales, y se evidencia la existencia de numerosa jurisprudencia arbitral donde se aplican dichos principios (Marella y Gélinas, 1999).

En este sentido, nos percatamos de que el aporte del arbitraje a la formación y desarrollo de la *lex mercatoria* resulta evidente en diferentes laudos arbitrales, los cuales se apoyan en sentencias precedentes, podemos citar los casos 9593 y 7119 de la Corte de Arbitraje Internacional (Marella y Gélinas, 1999) y el tramitado por el Tribunal Arbitral en Milán, Italia, en el año 1996⁴ (Oviedo, 2003).

En este aspecto, encontramos otros laudos que toman a los Principios de UNIDROIT como forma de interpretar la ley nacional (Oviedo, 2003). Tal es el ejemplo del laudo del 4 de diciembre de 1996 en Roma, donde el procedimiento a seguir por el Tribunal Arbitral era tener en cuenta los usos comerciales según las leyes nacionales, pero después se consideraron los Principios de UNIDROIT como parámetro de principios y usos

⁴ Este caso es un contrato de agencia comercial para la distribución de artículos de mobiliario, concluido entre una compañía italiana (como principal) y un agente en los Estados Unidos. El principal declaró finalizado el contrato ante la inejecución del agente (ausencia de resultados esperados). El agente, que era el demandante, alegó terminación injusta por parte del principal y reclamó indemnización por los daños causados. Las partes estuvieron de acuerdo en que el Tribunal Arbitral aplicara los Principios de UNIDROIT (Oviedo, 2003).

del comercio internacional. Debe destacarse lo anterior, aun cuando la ley aplicable según el contrato era la italiana, y de acuerdo con esta, el tribunal debía estimar los términos del contrato y los usos del comercio (Arbitral Award, 1996).

Otro caso que puede servir de referencia, es el laudo 9797 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, de fecha 28 de julio de 2000, donde el tribunal manifestó que los Principios de UNIDROIT son fuente fidedigna del derecho comercial internacional en el arbitraje internacional, por contener ellos en esencia una compilación de los *principes directeurs* que disfrutaban de aceptación universal y además, son el núcleo de aquellas nociones fundamentales que son aplicadas en la práctica arbitral (International Court of Arbitration, 2000)⁵.

Por otro lado, en ocasiones observamos que hay ausencia de elección de ley en el contrato. En ese sentido, en el laudo dictado en el asunto 7375, el tribunal lo interpreta como si cada parte hubiese deseado evitar la legislación nacional de la otra parte u otra ley en general. Según Marellas y Gélinas (1999): “El contrato entonces se desnacionaliza, y se aplican los Principios generales del Derecho y los Principios de UNIDROIT en cuanto ellos puedan ser considerados como el reflejo de principios y reglas generalmente aceptados” (p. 30).

Otro grupo de decisiones arbitrales alude a la función de los principios como forma de interpretar o llenar vacíos de convenciones internacionales, como es el caso de la Convención de Viena sobre compraventa internacional, que un sector de la doctrina (Garro, 1995) se orienta a sostener que si se llegaren a encontrar vacíos en ella pueda acudir a los Principios de UNIDROIT para regularlos (Oviedo, 2003).

⁵ Caso 9797: Andersen Consulting Business Unit Member Firms vs. Arthur Andersen Business Unit Member Firms y Andersen Worldwide Societé Cooperativé. Las partes solicitaron al tribunal decidir de conformidad con los términos del contrato, teniendo en cuenta los principios de equidad.

Como se podrá advertir, no en todos los supuestos estamos en presencia de casos resueltos en las cortes de arbitraje. En el año 2010, el Tribunal Constitucional de Colombia falló en correspondencia a los Principios de UNIDROIT. Es la demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso primero del artículo 1616 del Código Civil de Colombia⁶, donde la Corte Constitucional rechazó la demanda. Al hacerlo, los jueces indicaron que no solo era la disposición en cuestión ni irracional o arbitraria, sino que se inspiraron en los criterios básicos de la justicia y la equidad contractual, y por otra parte, señalan su conformidad con importantes instrumentos internacionales como la Convención de Viena en su artículo 74 y los Principios de UNIDROIT en su artículo 7.4.4. (Guarín, 2015).

Coincidimos con Matute Morales (2004) cuando se refiere a la manera reiterada con que los árbitros en sus laudos acuden a estos principios y usos para decidir, con independencia de las prescripciones de los derechos nacionales, ofreciendo soluciones propias de la *lex mercatoria*, que continúa afirmándose en el plano convencional internacional, en los reglamentos de las instituciones arbitrales y acertadamente en la recopilación de estos usos a modo de principios por parte de UNIDROIT (Charpentier, 2005).

Si bien es difícil saber con exactitud cuál es el impacto real de la aplicación de los principios, ya que en la mayoría de los casos en los que son elegidos por las partes no surge controversia alguna, puede decirse, con carácter general, que son empleados por un número muy elevado de contratantes internacionales y tribunales arbitrales

⁶ Demanda interpuesta por Enrique Javier Correa de la Hoz, Daljaira Diazgranados Vuelvas, Arlyz Romero Pérez y Miguel Cruz contra el Estado de Colombia (2010). En un desafío de la constitucionalidad del artículo 1616 del Código Civil colombiano, según el cual, salvo en caso de dolo o negligencia grave, una parte que incumpla será responsable por el daño que había previsto o debiera haber previsto, como consecuencia de su incumplimiento, en razón de que tal limitación vulnera, entre otros, el derecho fundamental de las partes a la reparación integral (Código Civil de Colombia, 2003, ley 820).

y estatales (Finazzi, 2011)⁷. Y son incontables los ejemplos a los que se podría hacer referencia.

Con base en ello, los Principios de UNIDROIT han sido apreciados desde su aparición como un paso significativo hacia la modernización del derecho de contratos, al representar una suerte de codificación privada internacional de los contratos. Por ende, constituyen sin duda un esfuerzo importante para armonizar y uniformar el derecho sustantivo aplicable a los contratos comerciales internacionales.

D. Afectación a la contratación internacional por las estructuras del comercio

Pese a lo expuesto hasta aquí, se repara en que el sistema del comercio internacional es el más directamente afectado por la incidencia de la internacionalización de la economía. De ahí que el régimen de los intercambios internacionales y de la contratación internacional, quede decididamente afectado por unas estructuras diseñadas, principalmente, a través de las instituciones internacionales y de regionalización de los mercados. El camino recorrido por el sistema multilateral de comercio desde los orígenes del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), ha sido trascendente por las alteraciones cualitativas y cuantitativas que ha producido en las corrientes de intercambio.

Constituye un hecho indiscutible la dialéctica entre las normas internas y las unificadoras, pues

⁷ Estos principios se han utilizado como ley del contrato elegida por las partes en un 27 % de los casos revisados. En la mayoría de los casos, su aplicación opera de la mano del arbitraje comercial internacional (95 %). Por su parte, en un 25 % de los casos revisados, estos principios se habrían empleado para corroborar la conformidad de la ley aplicable con las exigencias del comercio internacional, tanto en laudos arbitrales (57 %) como en sentencias judiciales (43 % del total); y en un 33 % de estos casos se les habría considerado como suplemento para la interpretación del derecho nacional (laudos arbitrales: 36 % y sentencias judiciales: 64 %), y en un 15 % como suplemento para la interpretación del derecho uniforme (laudos arbitrales: 57 % y sentencias judiciales: 43 %; 5 % del total).

la soberanía del Estado sigue siendo un importante freno a cualquier proyecto unificador. Una vez se ha introducido en el sistema jurídico de un Estado el derecho uniforme se convierte en derecho nacional y, por ende, sigue conservando ciertas peculiaridades, derivadas de su especial proceso de elaboración, que no responde a unos principios jurídicos únicos, sino que es el resultado de una acomodación de intereses realizada por obra de la cooperación internacional.

Dichas peculiaridades se manifestarán, como es lógico, a la hora de la interpretación de las normas comerciales. Además, una ley, por técnica que sea en apariencia, es siempre la traducción de una ideología y de unos intereses y su unidad supone una política común, lo que demanda la unidad de soberanía excluida por hipótesis (Fernández, 2001). Es por ello, la necesidad de unificar el derecho comercial internacional, pero lejos de las políticas estatales.

I. Independencia del derecho estatal

En tal sentido, este derecho propio de los comerciantes, visto como alternativa al derecho estatal, hace que su contenido sea de difícil verificación práctica (Pendón, 2003) y solo depende del sector comercial que esté operando.

Estos usos y prácticas se generan a través de la utilización habitual de determinados contratos tipo, de definiciones uniformes o también de decisiones arbitrales. Ello incide esencialmente en algunos ámbitos, por ejemplo: en el de la contratación internacional (Berman y Dasser, 1998).

De este modo, junto a un derecho legislado producto de la unificación de las legislaciones nacionales, opera en la práctica un derecho uniforme vivo, de producción autónoma, que nace y se desenvuelve en los propios medios profesionales del tráfico mercantil internacional, y cuya uniformidad es el reflejo de la solidaridad de los intereses que une a la sociedad internacional de comerciantes. Por lo tanto, se puede resumir que la *lex mercatoria* trasciende las fronteras nacionales y tiende a convertirse en un *ius commune* del comercio internacional.

Por ende, ha surgido por la práctica de los comerciantes pertenecientes a diversos Estados, es decir, se ha creado una sociedad internacional de comerciantes con un derecho autónomo, nacido por esas exigencias del comercio y que se ha desarrollado con independencia de los sistemas jurídicos nacionales.

Y es que la nueva *lex mercatoria* alude a un ordenamiento jurídico que posee esos elementos comunes con los comerciantes de aquel periodo y retorna así, de nuevo, ese derecho mercantil despolitizado con uniformidad supranacional que se realiza independientemente de la unidad política y que solo se asocia a la unidad de mercado.

Se evidencia entonces que estas normas materiales especiales para el tráfico jurídico externo de la naturaleza comercial, se pueden aplicar directamente con independencia de las normas de conflicto estatales, no obstante, esto traería algunos problemas:

Primero, se va a generar el riesgo de que a través de esos usos comerciales o de los contratos tipo y condiciones generales elaborados unilateralmente, se encubran y se protejan siempre los intereses de la parte más fuerte en la contratación mercantil internacional.

Segundo, Remiro Brotons (1997) plantea que en virtud de la juridicidad que tienen esos usos y costumbres, por ser innegable el significativo papel de la *lex mercatoria*, se evidencia que un número muy elevado de contratos internacionales funciona satisfactoriamente por la aplicación de una serie de reglas a las que se pliegan de forma voluntaria las partes, pero ante el juez estatal, solo tendrá vigencia en la medida en que el derecho del Estado que se trata la consienta y la tolere⁸.

A pesar de ello, se estima que existen supuestos que declaran que se debería obviar la aplicación de un derecho estatal, como cuando una de las partes es un Estado soberano o una entidad

estatal. La otra parte evita así quedar expuesta a los vaivenes de cambios normativos que pueda ir haciendo el Estado, y a su vez este no está sujeto a otro derecho nacional sino directamente a normas aceptables en el escenario internacional (Moreno, 2014). Por lo que existen diversos planteamientos donde resulta altamente inapropiado remitirse a derechos “nacionales” (Ruiz, 2004).

Etel Rapallini (2011) habla de las modalidades en que se relacionan los ordenamientos jurídicos.

Se proyecta el método de la unificación, el de la armonización, el de la coordinación, entre otros. Estimo que el de la coexistencia y adaptación, responde a la expectativa planteada al proponer que diversos ordenamientos puedan aplicarse acumulativamente y en franco diálogo (p. 114).

No obstante, para la autora entre la *lex mercatoria* y los ordenamientos de fuente interna o internacional no debe existir un quebranto, sino una actitud de acondicionamiento y acatamiento. Asegura López Ruiz (2007, p. 15):

[...] el problema central de la *lex mercatoria* no afecta tanto a su caracterización o no, como ordenamiento jurídico conforme a los paradigmas del positivismo estatalista, sino a la ausencia de un orden democrático que contemple la participación de todos los potenciales afectados y desde el que se pueda legitimar su producción normativa, es decir, el núcleo de la problematización está en la ausencia de condiciones de legitimación democrática de este derecho.

En este orden de cosas, se llega a la conclusión de que su aplicación sería perfecta si se incorpora a la codificación. Se admite, de igual forma, el carácter fragmentario y no siempre público de la misma, puesto que en muchas ocasiones estas decisiones no siempre se publican, ni son motivadas.

No se trata de escapar de la legislación nacional, como algunos piensan, sino de dar respuesta a este fenómeno que va al unísono con el desarrollo del comercio mundial y que internamente, no se le ha sabido dar respuesta. De acuerdo con

⁸ En el caso de España, todas estas afirmaciones se traducen en que los órganos jurisdiccionales no aceptarán que la regulación de un contrato se remita genérica y globalmente a la *lex mercatoria*.

esto, los empresarios han generado de forma espontánea su derecho profesional, por lo que ha surgido un derecho comercial unificado y, a la vez, un derecho desnacionalizado.

Conclusiones

El derecho uniforme utiliza con preferencia el tratado internacional de carácter multilateral como cauce de positivización, lo cual presenta ventajas e inconvenientes. Ventajas, por proporcionar certeza sobre la materia unificada, inconvenientes, por la rigidez que toda codificación trae consigo y por las dificultades de adaptación que un texto de este tipo ofrece en cada sistema jurídico nacional (Fernández, 1996).

A su vez, tal como lo hizo la Convención de Viena, los Principios de UNIDROIT no surgen con la intención de unificar el derecho general de los contratos. Sin embargo, los legisladores nacionales los tienen en cuenta porque brindan un lenguaje común sobre el derecho de los contratos, lo que conlleva una armonización espontánea del derecho y una evolución jurídica internacional.

Es por ello que la unificación del derecho del comercio internacional se ha visto favorecida por la aparición de esta nueva *lex mercatoria*, por tratarse de un derecho autónomo, espontáneo y uniforme del comercio internacional, que en la medida que tiende a desconectarse de manera natural de todo ordenamiento jurídico nacional, crea una efectiva uniformidad jurídica, intentando así dar solución definitiva a los nuevos conflictos del comercio internacional.

De este modo, es imposible equiparar este derecho de los comerciantes a un derecho estatal, por considerar que se está ante un conjunto de usos y prácticas dotadas de un carácter contractual, es decir, se trata de conductas que son conocidas por sujetos que forman parte de un determinado sector comercial y esto hace que los vinculen. Queda claro entonces, que frente a lo que ocurre con las normas jurídicas estatales, la aplicación última de estos usos depende de la voluntad de las partes, en tanto que estas no digan lo contrario.

Ha surgido así en nuestro tiempo, una nueva y universal *lex mercatoria* que, trascendiendo las fronteras nacionales, tiende a convertirse en un *ius commune* del comercio internacional y se observa la inmensa aceptación de esta por parte de los árbitros, al momento de resolver los conflictos internacionales que les son presentados.

Referencias

- Arbitral Award. (1996). 4 XII. Roma.
- Ballesteros, J. M. (1977). *Comercio internacional: igualdad jurídica, discriminación de hecho*. Granada: Secretaría pública. Universidad.
- Berman, H. J. & Dasser, F. J. (1998). The “new” law merchant and the “old”: sources, content, and legitimacy. En: T. E. Carbonneau (ed.). *Lex mercatoria and arbitration. A discussion of the new law merchant* (pp. 53-69). Londres: Juris Publishing, Kluwer International Law.
- Broseta, M. (1991). Tendencias actuales del derecho mercantil. En: J. L. Soberanes (ed.). *Tendencias actuales del derecho* (pp. 173-184). Valencia: Fondo de Cultura Económica.
- Calvo, L. A. & Carrascosa, J. (2006). *Los contratos internacionales y el mito de la nueva lex mercatoria. Estudios sobre contratación internacional*. Madrid: Colex.
- Charpentier, E. (2005). Les “principes” d’Unidroit: une codification de la “lex mercatoria”? *Les Cahiers de Droit*, 46(1-2), 193-216.
- Consejo de Estado República de Cuba. (2014). Ley 118. Ley de la inversión extranjera.
- Craig, L., Park, W. & Paulsson J. (2000). *International Chamber of Commerce Arbitration*. Nueva York: Oceana Publications.
- De Masi, K. (2001). ¿Una nueva economía? *Revista Finanzas y Desarrollo*, 38(2), 38-41.
- Espigares, J. C. (2016). Lex mercatoria: doctrina, jurisprudencia y legislación. *UMH Sapiens: Divulgación Científica*, 14, 1-30.
- Etel, L. (2011). Evolución del *ius mercatorum* como fuente del derecho internacional

- privado del comercio. *Revista Anales*, 8(41), 108-116.
- Fernández, J. C. (1996). Consideraciones en torno a la relevancia del derecho uniforme en la regulación del tráfico privado externo. En: J. L. Iglesias (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (pp. 5209-5237). Madrid: Civitas.
- Fernández, J. C. (2000). El derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización. *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, 5, 161-230.
- Fernández, J. C. (2001). Sistema de comercio internacional. Madrid: S.L Civitas Ediciones.
- Finazzi, E. (2011). The impact of the Unidroit Principles in international dispute resolution in figures. *Uniform Law Review*, 2911, 719-737.
- Fomer, I. & Delaygua, J. J. (1988). *La cláusula de la nación más favorecida*. Madrid: Civitas.
- Garro, A. (1995). The gap filling role of the UNIDROIT principles in international sales law: some comments on the interplay between the Principles and the CISG. *Tulane Law Review*, 69, 1149-1257.
- Guarín, J. C. (2015). Principios UNIDROIT. *Ratio Iuris, Revista de Derecho Privado*, 3(1), 108-137.
- Honnold, J. O. (1995). Uniform laws for international trade: early “care and feeding” for uniform growth. *International Trade and Business Law Journal*, (1), 1-10.
- International Court of Arbitration. (2000). Case No. 9797/CK/AER/ACS. Árbitro: Guillermo Gamba Posada.
- Jaramillo, J. (1998). La lex mercatoria: mito o realidad. Negocios internacionales: tendencias, contratos e instrumentos. Tercer Congreso Iberoamericano de Derecho Empresarial. Bogotá.
- López, F. (2007). Notas sobre la nueva lex mercatoria, *Revista de Derecho del Mercado Financiero*, 1, 1- 15.
- Marella, F. & Gélinas, F. (1999). The UNIDROIT principles of international commercial contracts in ICC arbitration. *ICC, International Court of Arbitration Bulletin*, 10(2), 26-119.
- Matute, C. (2000). El arbitraje comercial internacional. Los principios jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional. *Revista de la Facultad de Derecho*, 1, 1-16.
- Matute, C. (2004). La lex mercatoria y los principios jurisprudenciales de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. *Anuario del Instituto de Derecho Comparado*, 27, 1-46.
- Mendoza, S., Hernández, J. & Pérez, J. (2014). La importancia del comercio internacional en Latinoamérica. *Revista Observatorio de la Economía Latinoamericana*, 201, 1-16.
- Moreno, J. A. (2014). El debate sobre el derecho no estatal y la lex mercatoria. *Revista de Derecho FORSETI*, 1, 74-97.
- Oviedo, J. (2000). Los principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales. *Revista Dikaion-Lo Justo*, 16(11), 96-125.
- Oviedo, J. (2003). Aplicaciones de los principios de UNIDROIT a los contratos comerciales internacionales. *Criterio Jurídico*, 3, 7-33.
- Pendón, M. A. (2003). Propósito de los principios. En: D. Morán (coord.). *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional* (pp. 23-53). Pamplona: Aranzadi Editorial.
- Remiro, A. (1997). *Derecho internacional*. Madrid: McGraw-Hill.
- Rodríguez, M. (2012). Reconocimiento de la lex mercatoria como normativa propia y apropiada para el comercio internacional. *Revista E-mercatoria*, 11(2), 45-89.
- Ruiz, V. (2004). The lex mercatoria and its current relevance in international commercial arbitration. *Revista DeCITA, Derecho del Comercio Internacional, Temas y Actualidades*, 2, 101-125.
- Vicent, F. (2000). *Introducción al derecho mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch.

ANÁLISIS CRÍTICO DEL PROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE LAS SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS*

Martín E. Abdala**

Fecha de recepción: 14 de febrero de 2017
Fecha de evaluación: 14 de diciembre de 2017
Fecha de aprobación: 22 de diciembre de 2017

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3001>

Forma de citación: Abdala, M. E. (2018). Análisis crítico del proyecto de ley de creación de las sociedades por acciones simplificadas. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 21, 41, 163-177. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.3001>

RESUMEN

En el poder legislativo argentino se debate la sanción de una ley que crea las sociedades por acciones simplificadas. Se trata de un nuevo tipo de sociedad que, en nuestra opinión de manera errada, se propone crear, mediante una ley independiente y separada de la que regula las demás sociedades, es decir, la ley general de sociedades. La nueva sociedad se caracteriza porque su constitución e inscripción tienen mínimas exigencias (puede ser unipersonal, los capitales mínimos requeridos son exigüos, etc.), porque se aspira a que tenga una estructura de funcionamiento sencilla y dinámica y porque la responsabilidad de los socios está limitada a sus aportes. El objetivo del proyecto es plausible, pero acusa una pluralidad de defectos entre los que, uno de los más importantes, es que el propio proyecto incumple la promesa de simplicidad y propone una regulación alambicada, compleja y rebosante de diferentes aspectos del nuevo tipo societario.

Palabras clave:

Sociedades, sociedades por acciones, sociedades simples, tipos societarios, emprendedores.

* Este trabajo pertenece a un proyecto de investigación promovido por el Conicet, Argentina.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Colonia (Colonia, Alemania). Profesor asociado de Derecho Societario de la Universidad Nacional de Tucumán (Tucumán, Argentina). Correo electrónico: martinabdala@arnet.com.ar

CRITIC ANALYSIS OVER THE SIMPLIFIED JOINT STOCK COMPANIES CREATION DRAFT BILL

SUMMARY

Within the Argentinian legislative branch, it is discussed the promulgation of a bill that creates the simplified joint stock companies. This is about a new sort of company that in our thinking, it is mistaken to create both an independent and separated law from the one that regulates the remaining sort of companies, the Companies General Law. The new company is characterized by its formation and registration minimum requirements (it might be a single member company, the minimum required equity is meager, etc.). This as a result of its expectation to have a dynamic and simple functioning structure. Moreover, the shareholders liability is expected to be limited to the value of their equity. The draft is plausible, nevertheless, it brings a plurality of defects being one of the most relevant its failure to create simplicity by proposing a convoluted, complex and brimming set of different features of the new kind of company.

Keywords:

Companies, joint-stock company, civil partnership, type of company, entrepreneurs.

ANÁLISE CRÍTICA DO PROJETO DA LEI PARA A CRIAÇÃO DAS EMPRESAS POR AÇÕES SIMPLIFICADAS

RESUMO

No poder legislativo argentino é debatida a sanção de uma lei que cria as sociedades por ações simplificadas. Trata-se de um novo tipo de sociedade que, em nossa opinião de maneira errada, propõe-se criar, por meio de uma lei independente e separada da que regula outras sociedades, ou seja, a lei geral das sociedades. A nova empresa é caracterizada porque a sua constituição e registro tem requisitos mínimos (pode ser unipessoal, os requisitos de capital mínimo são escassos, etc.), porque se espera que tenha uma estrutura operacional simples e dinâmica e porque a responsabilidade dos parceiros é limitada a suas contribuições. O objetivo do projeto é plausível, mas acusa uma pluralidade de defeitos entre os quais, um dos mais importantes, é que o próprio projeto viola a promessa de simplicidade e propõe uma regulação arrebicada, complexa e transbordante de diferentes aspectos do novo tipo de sociedade.

Palavras chave:

Sociedade, sociedade por ações, sociedade simples, tipos de sociedades, empreendedores.

Introducción

El 2 de septiembre de 2016 se presentó en la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley intitulado “Marco legal favoreciendo la creación de nuevas empresas en la República Argentina y su expansión internacional. Creación del registro de instituciones de capital emprendedor”,

al que se le dio publicidad y difusión periódica con el nombre de “ley de emprendedores”¹.

¹ El proyecto fue enviado por el Poder Ejecutivo Nacional, con la firma de los ministros de Producción y de Hacienda y de Finanzas Públicas, sancionado el 16 de noviembre de 2016 por la Cámara de Diputados y remitido a la Cámara de Senadores, donde actualmente está en trámite parlamentario, con dictamen favorable de la

El objetivo de la norma, expresado en su exposición de motivos, es brindar un marco legal que favorezca la creación de nuevas empresas y que promueva la “actividad emprendedora” en Argentina.

El proyecto tiene dos secciones: en la primera se regulan medidas de apoyo a la actividad de los emprendedores (por ejemplo la reducción de impuestos, la creación de un fondo fiduciario para el desarrollo de capital emprendedor, la regulación de un sistema de financiamiento colectivo –*crowdfunding*–, etc.) y en la segunda se legisla sobre un nuevo tipo societario: la sociedad por acciones simplificada. Sobre esta última sección concentraremos nuestra atención en este artículo.

A. Peculiaridades del proyecto

I. La creación de un nuevo tipo y su inserción en el ordenamiento societario

Como referimos en el acápite anterior, el proyecto plantea incorporar al ordenamiento jurídico societario argentino un nuevo tipo de sociedad que se denomina “sociedad por acciones simplificada”, que regulará esa ley y, supletoriamente, la Ley General de Sociedades.

La norma declama que su principal objetivo es ofrecer a la comunidad y, en especial a los empresarios y emprendedores, la posibilidad de organizar una empresa con una estructura societaria simple (que incluso puede ser unipersonal), de muy bajo costo, de rápida generación o puesta en marcha y de funcionamiento simplificado y desburocratizado.

En líneas generales, el proyecto es una idea valiosa que satisface un viejo reclamo del empresariado argentino, apoyado por un importante sector de la doctrina vernácula que, desde hace ya tiempo, propone autorizar la creación e implementación

de sociedades unipersonales que permitan no solo organizar empresas individuales, sino también producir patrimonios de afectación.

En ese orden de ideas, el proyecto se aparta de la línea de pensamiento, que podemos calificar como ortodoxa, de un significativo sector de los autores nacionales que, so pretexto de dar garantías a la comunidad (que a la postre resultan por lo corriente inútiles), sugiere ralentizar o lisa y llanamente el ambiente jurídico societario y, por lo tanto, no debería sancionarse en un cuerpo normativo independiente, con permanentes remisiones, sino mediante una adecuada modificación de la Ley General de Sociedades e inclusión en ella del nuevo tipo.

El error que señalamos es de fácil solución y se logra modificando el proyecto y cambiando su objetivo de modo tal que, en lugar de autorizar una nueva forma de sociedad con pretensiones de independencia con respecto a las previstas en la Ley General de Sociedades, se circunscriba a concebir un nuevo tipo societario dentro de los contemplados por esa ley.

La inserción de la sociedad por acciones simplificada en la Ley General de Sociedades no debería concretarse considerándola un subtipo de la sociedad anónima como insinúa un sector de la doctrina (Vítolo, 2016), pues sus particularidades justifican tratarla como un nuevo tipo societario, una figura autónoma, intermedia entre la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima, que comparte características con ambas².

Comisión de Economías Regionales, Economía Social, Micro, Pequeña y Mediana Empresa y de la Comisión de Presupuesto y Hacienda.

² Sería incluso deseable que se aproveche la oportunidad que ofrece este proyecto para darle simplicidad y coherencia al ordenamiento jurídico societario argentino, eliminando de la grilla de tipos societarios las sociedades caídas en desuso, como por ejemplo la sociedad comandita simple, la sociedad comandita por acciones y la sociedad de capital e industria, y la que, con el ingreso de la sociedad por acciones simplificada, seguramente pasara a formar parte de la historia: la sociedad colectiva.

II. Quiénes pueden constituir una sociedad por acciones simplificada

Volvamos al análisis de las particularidades del proyecto: en su artículo 34 dispone que la sociedad por acciones simplificada puede ser constituida por una o por varias personas, consiente así que las empresas sean unipersonales y lo hace sin imponerle las restricciones que prevé la Ley General de Sociedades para las otras sociedades unipersonales admitidas en nuestro ordenamiento: la sociedad anónima unipersonal que, al incluirla entre las enumeradas en el artículo 299 de la Ley General de Sociedades, se le impuso exigencias que se convirtieron en un valladar insuperable para su utilización por parte del pequeño y mediano empresario (Abdala, 2016a, 2016b; Marzorati, 2016).

El mencionado artículo 34 del proyecto establece además que la sociedad por acciones simplificada puede ser creada por personas humanas o jurídicas y nada dispone en relación con la posibilidad de que, quien funde una sociedad por acciones simplificada, sea también una sociedad por acciones simplificada o bien una sociedad anónima.

En ese orden de ideas, nada impide que una sociedad por acciones simplificada unipersonal o una sociedad anónima unipersonal constituya, como única socia, una sociedad por acciones simplificada³, siempre y cuando se respete lo dispuesto por el artículo 39 del proyecto que prevé que la sociedad por acciones simplificada, para constituir y mantener su carácter, no deberá estar comprendida en ninguno de los supuestos previstos en los incisos 1 (sociedades que hacen oferta pública de sus acciones), 3 (sociedades de economía mixta o de la sección VI), 4 (sociedades que realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesas de prestaciones o beneficios futuros) y 5 (sociedades que exploten concesiones o servicios públicos) del

³ Posibilidad que está vedada a la sociedad anónima en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 *in fine* de la Ley General de Sociedades.

artículo 299 de la Ley General de Sociedades, ni ser controlada o vinculada en más de un 30 % por una sociedad de las que registra esa norma.

III. La constitución e inscripción de la sociedad por acciones simplificada

Como referimos en los acápite anteriores, uno de los principales objetivos del proyecto es que la constitución y la inscripción de sociedad por acciones simplificada sean fáciles, rápidas, desburocratizadas y de bajo costo.

Para lograr ese propósito se prevé, por ejemplo, que el contrato constitutivo pueda hacerse mediante un instrumento público o privado⁴; que la sociedad pueda erigirse por medios digitales, utilizando la firma digital; que la publicación de la constitución en el boletín oficial se haga solo por un día; que los registros públicos implementen procedimientos que otorguen celeridad a los trámites que realicen y, además, que creen un modelo o proforma de instrumento constitutivo que, cuando se emplee, les obligue a inscribir la sociedad en el plazo de 24 horas, contadas desde el día hábil siguiente al de la presentación de la documentación requerida; que los bancos deban prever mecanismos para que estas sociedades abran cuentas en plazos breves, que la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) deba generar la constancia de obtención de la clave única de identificación tributaria (CUIT) en 24 horas, etc.

Si bien la intención de todas estas disposiciones es plausible, consideramos que es solo una expresión de deseos tras la que subyace el objetivo de darle al proyecto difusión e impacto periodístico.

Así por ejemplo, estimamos correcto que se permita constituir este tipo de sociedades por instrumento privado y no reviste mayor importancia la ampliación de quienes pueden certificar las firmas.

⁴ En este último caso, la firma pueda ser certificada en forma judicial, notarial, bancaria o por registro público competente.

La idea de generar un modelo o proforma de estatuto es valiosa, pero hubiera sido mucho mejor que ese modelo lo prevea la propia ley o su decreto reglamentario (y no los registros públicos), para lograr así uniformidad de criterios en cuestiones en las que la diversidad nada aporta y mucho perjudica.

Es acertada la reducción a un día del plazo de publicidad de la constitución de la sociedad en el diario de publicaciones, aunque habría que reexaminar la real utilidad de este requisito que, en nuestra opinión, ha sido superado largamente en los tiempos modernos.

También consideramos correcta la idea de imponer a los registros públicos un plazo de 24 horas para inscribir las sociedades por acciones simplificadas que adopten el modelo o proforma que ellos mismos propongan, pues si bien ese término es fácilmente soslayable (el registro siempre puede argumentar que no se presentó toda la documentación necesaria), es una limitación a su autoridad –en muchos casos mal usada– y significa también una toma de posición por parte del legislador en la discusión doctrinaria referida a las reales facultades que tiene este organismo de control.

En cuanto a las disposiciones que apuntan a la utilización de medios digitales, son en nuestra opinión criticables, pues exceden el propósito y el objetivo de una ley que regula un nuevo tipo societario y, en realidad, son cuestiones que deberían ser objeto de regulación de una norma general sobre el uso de los medios digitales en los negocios y contratos.

Por lo demás, el proyecto determina que las entidades financieras deberán prever mecanismos que posibiliten a la sociedad por acciones simplificada la apertura de una cuenta en un plazo máximo a establecer por la reglamentación, requiriendo solo la presentación del instrumento constitutivo debidamente inscripto y la constancia de obtención de la CUIT y precisa además que la sociedad por acciones simplificada inscripta podrá obtener esa clave dentro de las 24 horas de presentado el trámite en la página web de

la AFIP o ante cualquiera de sus agencias, sin necesidad de entregar prueba de su domicilio en el momento de inicio del trámite. Ambas previsiones normativas son criticables y deberían ser excluidas del proyecto, porque son cuestiones que competen al Banco Central de la República Argentina y a la AFIP respectivamente y, por ende, no deberían ser objeto de regulación en un proyecto de creación de un nuevo tipo societario como el que analizamos⁵.

IV. La responsabilidad de los socios

De acuerdo con el artículo 34 del proyecto, la responsabilidad de los socios de la sociedad por acciones simplificada se circunscribe a la integración del capital oportunamente suscripto. Es decir que, en este novel tipo societario, los socios no responderán con sus patrimonios individuales por las obligaciones incumplidas por la sociedad, excepto, claro está, en los casos peculiares en los que se concrete la desestimación de la personalidad jurídica por aplicación de la teoría del *disregard of the corporate entity*.

En su parte final, el mencionado artículo 34 declara que esa responsabilidad es “sin perjuicio de la garantía a que se refiere el artículo 43” que, a su turno, ordena que los socios garanticen solidaria e ilimitadamente a los terceros la adecuada integración de los aportes.

Observamos que ese agregado es innecesario e impropio. Innecesario porque no se relaciona con la limitación de responsabilidad de los socios que prevé la norma y porque la obligación de integrar los aportes suscriptos deriva de la propia celebración del contrato societario, sin necesidad de una aclaración normativa. Pero además el agregado es impropio porque obviamente la responsabilidad del socio de integrar los aportes comprometidos es individual, con lo que mal puede ser calificada como solidaria e ilimitada.

⁵ Resulta hasta absurdo que el proyecto refiera en la parte final del inciso 1 del artículo 60 que las entidades financieras no estarán obligadas a otorgar crédito a la sociedad por acciones simplificada, pues se trata de una aclaración absolutamente impropia y profusa.

Pero volvamos a la cuestión de la responsabilidad de los socios para enunciar que, en nuestra opinión, este aspecto de la norma es plausible, pues justamente la virtud de este tipo societario es ofrecer la oportunidad de formar sociedades unipersonales o pluripersonales, con bajos capitales en el momento fundacional.

Hay autores que critican este punto, pues piensan que la limitación de la responsabilidad de los socios solo es aceptable en aquellas sociedades que exigen una dotación de capital elevado y que cuentan con una idónea fiscalización interna y externa, pues –refieren– cuando la sociedad tiene capitales bajos y los socios responsabilidad limitada, quienes se vinculen con la sociedad y lo hagan desde una posición significativa de poder (proveedores, entidades financieras y otras empresas) podrán y sabrán tomar sus recaudos exigiendo avales y garantías a los administradores y accionistas para proteger sus créditos, y quienes quedarán desprotegidos serán los débiles (trabajadores, consumidores, acreedores involuntarios o incidentales), que no tendrán la posibilidad de buscar cobertura en garantías adicionales (Vítolo, 2010).

Discrepamos con esa tesis, pues entendemos que, en este tipo de sociedades, el capital social solo será bajo en la etapa fundacional y las obligaciones que contraerá la sociedad en ese periodo serán proporcionales a ese capital. Y en cuanto a los débiles (trabajadores, consumidores, acreedores involuntarios o incidentales), juzgamos que su tutela es una función que deben cumplir las instituciones del derecho de la seguridad social y no las del derecho societario, que además son impotentes para hacerlo, lo cual es fácilmente constatable con solo sopesar los ingentes perjuicios que con frecuencia ellos sufren en el sistema vigente⁶.

⁶ En efecto, la tutela de los trabajadores podría ser sencillamente lograda reemplazando el nefasto sistema de indemnizaciones que prevé nuestra legislación laboral por un sistema de seguro de desempleo, y la protección de los consumidores y de los acreedores incidentales puede también alcanzarse mediante la efectiva obligatoriedad de diversos seguros de responsabilidad civil. Véase al respecto Abdala (2000).

V. El capital social: mínimos y máximos previstos

El proyecto prevé en su artículo 40 que el capital social inicial necesario para constituir una sociedad por acciones simplificada no podrá ser inferior a una suma equivalente a dos veces un salario mínimo vital y móvil⁷.

Como puede observarse, el capital social mínimo es sustancialmente inferior al exigido a la sociedad anónima y ello hace que la sociedad por acciones simplificada se asemeje en ese aspecto a la sociedad de responsabilidad limitada, que no requiere un monto mínimo de capital fundacional.

La decisión de fijar un capital mínimo tan bajo es, en definitiva, tomar partida en la discusión doctrinaria sobre la importancia y las funciones del capital social y coincidir con quienes afirmamos que, en los tiempos actuales, su cuantía perdió por completo relevancia⁸.

Ahora bien, para evitar que el capital mínimo exigido para constituir una sociedad por acciones simplificada se deprecie por efecto de la inflación, el proyecto optó por no expresar una suma de dinero ni delegar esa tarea o responsabilidad (apartándose de lo dispuesto por el artículo 186 de la Ley General de Sociedades que dicta que el capital mínimo de la sociedad anónima sea determinado periódicamente por el Poder Ejecutivo Nacional), quizá consciente de la infausta experiencia reciente, en donde se omitió modificar ese monto mínimo durante un largo periodo.

En efecto, en lugar de imponer la cuantía del capital social, el proyecto se inclinó por disponer

⁷ Desde el 1 de enero de 2017 el salario mínimo vital y móvil es de \$ 8060, con lo que el capital mínimo de una sociedad por acciones simplificada será de \$ 16.120 de acuerdo con la resolución 2/16 del Consejo del Salario Mínimo Vital y Móvil.

⁸ Las garantías del crédito son independientes de la forma societaria, porque dependen del patrimonio y de las seguridades que ofrece a los acreedores su o sus titulares. El que no tiene bienes y sus ingresos solo le permiten sobrevivir, no es sujeto de crédito, salvo en mercados secundarios (Marzorati, 2015).

que el mismo sería una suma que resulta de multiplicar por dos el salario mínimo vital y móvil que, en la experiencia histórica reciente y por distintas razones, es actualizado con periodicidad.

Por nuestra parte conceptuamos que esta manera de lograr un sistema de revalorización de una cifra monetaria es aceptable, y no nos parece admisible ni la crítica ni la propuesta de algunos autores, que reprochan que ese monto se vincule con el salario mínimo y proponen que se lo haga con la obligación de pago mensual de los contribuyentes que tengan la categoría de monotributistas (Vítolo, 2016).

Hechas esas apreciaciones en relación con el capital mínimo previsto en el proyecto, corresponde ahora que aludamos al capital máximo, para destacar que, contrario a lo que pudiera esperarse, la norma que analizamos no prevé un capital social máximo para este tipo de sociedades.

El soslayo es censurable, pues tratándose de una herramienta que tiene como principal destinatario al pequeño y mediano empresario, es erróneo omitir la cuantía del capital social máximo que la misma pueda tener, para evitar de esa forma que se aproveche este tipo societario para canalizar emprendimientos económicos de magnitud.

Para colmo de males, como estas sociedades son un tipo societario diferente a los previstos por la Ley General de Sociedades, la posibilidad de que la sociedad por acciones simplificada que alcance o supere un capital social de \$ 10.000.000 sea incluida entre las sociedades sometidas a un control estatal permanente previsto en el artículo 299 de la Ley General de Sociedades será por lo menos discutible, mucho más si se tiene en cuenta que el artículo 39 del proyecto, que prevé los supuestos en los que la sociedad por acciones simplificada debe transformarse en uno de los tipos previstos en la Ley General de Sociedades, ciñe esa obligación a los casos que se consagran en los incisos 1 (sociedades que hacen oferta pública de sus acciones), 3 (sociedades de economía mixta o de la sección VI), 4 (sociedades que realicen operaciones

de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesas de prestaciones o beneficios futuros) y 5 (sociedades que exploten concesiones o servicios públicos) del artículo 299 de la Ley General de Sociedades y a los supuestos en que la sociedad por acciones simplificada esté controlada o vinculada en más de un 30 % del capital por una sociedad comprendida en esa norma, omitiendo claramente el inciso 2 de la disposición, que refiere a las sociedades que alcancen o superen un capital social de \$ 10.000.000.

Creemos entonces que debe modificarse este aspecto del proyecto y marcar un capital social máximo que impida constituir una sociedad por acciones simplificada con un capital social por encima de una cifra determinada y que, cuando ello ocurra, les obligue a transformarse en alguno de los tipos previstos en la Ley General de Sociedades y, si se corresponde, la incluya entre las sociedades con fiscalización estatal permanente citadas en el artículo 299 de la Ley General de Sociedades.

VI. Los aportes de los socios

El artículo 42 del proyecto establece que los aportes que realicen los socios de una sociedad por acciones simplificada pueden consistir en bienes dinerarios, bienes no dinerarios y prestaciones accesorias.

Semejante a lo dispuesto por los artículos 149 y 187 de la Ley General de Sociedades para la sociedad de responsabilidad limitada y para la sociedad anónima respectivamente, se prevé que, cuando los aportes fueran dinerarios, ellos deben integrarse en un mínimo del 25 % en el momento de la suscripción del capital y puede diferirse el saldo hasta un plazo máximo de dos años.

Los aportes en bienes no dinerarios deben ser integrados totalmente en el momento de la suscripción y, como ocurre en la sociedad de responsabilidad limitada y en la sociedad anónima (artículos 51 y 149 de la Ley General de

Sociedades), los socios deben acordar el valor de esos bienes e indicar en el instrumento constitutivo los antecedentes justificativos de esa valuación.

Finalmente, el proyecto autoriza a los socios a aportar “prestaciones accesorias” y aclara que ellas son prestaciones de servicios realizadas o a realizar en el futuro por los propios socios, por los administradores o por proveedores.

Todas estas disposiciones y, en definitiva, la minuciosa regulación que efectúa el proyecto de los distintos tipos de aportes que se autoriza a los socios a hacer para integrar el capital social suscripto son, en nuestra opinión, superfluas y criticables.

Es tan bajo el capital social mínimo con el que puede constituirse una sociedad por acciones simplificada que en modo alguno se justifica ofrecer a los socios la alternativa de diferir la integración cuando el aporte fuera dinerario y, mucho más, la posibilidad de integrarlo en especie o en prestaciones accesorias.

Estas previsiones boicotean el objetivo de simplicidad que el propio proyecto manifiesta perseguir y lo convierte en este punto en un sistema innecesariamente complejo y alambicado, que puede estar justificado cuando la constitución de la sociedad presupone desembolsar elevadas sumas de dinero, pero que resulta inane en una sociedad simplificada, que puede válidamente constituirse con un capital social mínimo de apenas \$ 16.000, el equivalente a USD 1000.

En ese orden de ideas, creemos que es vital modificar este aspecto del proyecto y exigir que la totalidad del capital suscripto sea integrada al momento de celebrarse el contrato constitutivo, autorizándose a hacerlo únicamente en dinero en efectivo. Y si se considera que, en este caso, el desembolso inicial que tienen que hacer los socios es elevado, el problema se resuelve con facilidad, disminuyendo la exigencia de capital mínimo, ya que lo mismo da requerir a una sociedad un capital inicial mínimo equivalente a uno, o a dos salarios mínimo (\$ 16.000 o \$

8000), pues en ambos casos la cifra es exigua y hasta paupérrima.

VII. Las acciones representativas del capital

Recordemos que la estructura de la sociedad por acciones simplificada guarda similitud con la de la sociedad de responsabilidad limitada (que es la forma jurídica que resulta más afín), pero incorpora como novedad que las partes alícuotas en las que se divide el capital se denominan acciones, como ocurre en la sociedad anónima (artículo 40 del proyecto).

En este punto el proyecto acusa una total falta de coherencia, pues si el capital se divide en partes alícuotas, lo lógico hubiera sido que ellas se denominen cuotas o cuota-partes⁹, y no que se las llame acciones, como lo hace de manera improcedente el proyecto, sino a riesgo de convertir a la sociedad por acciones simplificada en una suerte de cruza o mestizaje impropio entre la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad anónima.

Pero no solo es reprochable el proyecto en este punto por el nombre que le da a las alícuotas en que está dividido el capital, sino también porque, una vez más, se aparta de la simplicidad que declamaba perseguir y autoriza, en los artículos 46 y 47, que la sociedad por acciones simplificada emita distintos tipos de acciones.

En efecto, el artículo 46 del proyecto expone la posibilidad de que estas sociedades emitan acciones nominativas no endosables, ordinarias o preferidas y acciones escriturales, y luego el artículo 47 se detiene en los derechos políticos y económicos que puede reconocérsele a las distintas clases de acciones y a las soluciones para los casos en los que no se emitan los títulos representativos.

A nuestro juicio estas normas son inconvenientes e innecesarias: inconvenientes porque, si el objetivo

⁹ Como ocurre con las cuotas de la sociedad de responsabilidad limitada según el artículo 146 de la Ley General de Sociedades.

del proyecto es ofrecer a los emprendedores una estructura societaria simple y desburocratizada, pensada más en el empresario unipersonal que en la sociedad con multiplicidad de socios, no tiene sentido alguno prever tantas alternativas y posibilidades en lo que respecta a las acciones que pueden emitirse; e innecesaria porque, en lugar de esta minuciosa regulación, hubiera bastado con la remisión a las disposiciones de la Ley General de Sociedades que regulan la emisión de acciones en la sociedad anónima.

VIII. Organización jurídica interna

El capítulo IV del proyecto se intitula “Organización de la sociedad”, por lo que era de esperarse que reglamentara de manera detallada y sistemática los diferentes órganos que forman la sociedad por acciones simplificada.

La espera es vana porque, contrario a lo previsto, ese capítulo muestra una absoluta falta de coherencia, de sistematicidad y de método, lo que termina convirtiéndolo en un verdadero “menjunje”, en el que se legislan cuestiones diversas y dispares¹⁰.

A poco de andar advertimos el primer yerro: el proyecto destina tres artículos de ese capítulo para reglar el órgano de administración de la sociedad por acciones simplificada (y lo hace de forma innecesariamente compleja y copiosa) y solo uno para hacer lo propio con el órgano de gobierno y con el de fiscalización (también de inadecuada manera).

Por otro lado, el artículo 49 del proyecto preceptúa que los socios determinarán la estructura orgánica de la sociedad y la reglas que regirán el funcionamiento de sus órganos sociales. Hasta este punto, pareciera que el legislador se propone dar amplias libertades para que los socios estructuren como

les plazca la organización jurídica interna de la sociedad, pero a renglón seguido retrocede, e impone la obligación de contar con los “órganos eje”, que son –en definitiva– los identificados por la doctrina en todo tipo de sociedad.

Para colmo de males, el proyecto hace una minuciosa regulación de ciertos aspectos de cada uno de los órganos, que consideramos sin utilidad, pues el mismo artículo 49 del proyecto dispone que, en las cuestiones referidas al funcionamiento de los órganos de la sociedad por acciones simplificada, se aplicarán en forma supletoria las normas que regulan la sociedad de responsabilidad limitada y las disposiciones generales de la Ley General de Sociedades.

En los próximos acápite analizaremos las regulaciones que hace el proyecto de cada uno de los órganos de la sociedad por acciones simplificada.

1. El órgano de administración

Comenzaremos con el órgano de administración y lo haremos destacando que, en su artículo 50, el proyecto establece que la administración y representación de la sociedad por acciones simplificada estarán a cargo de una o más personas y aclara que deberá ser “humana”, cerrando la posibilidad de que ella esté en cabeza de una persona jurídica, como ocurre en otras alternativas de organización para generar patrimonios de afectación y canalizar actividades empresariales, como lo son los fideicomisos de administración, que puede estar gerenciados por un administrador fiduciario, que puede ser una persona física o jurídica.

Como se observa, el precitado artículo no eligió una denominación especial para referirse a los administradores de la sociedad por acciones simplificada (como lo hace la Ley General de Sociedades, que llama directorio al órgano de administración de las sociedades anónimas y gerencia al de las sociedades de responsabilidad limitada), lo cual nos obliga a usar la genérica denominación “administradores societarios” para aludir a ellos.

¹⁰ El artículo 49 apunta a la “Organización jurídica interna”, el artículo 50 al “Órgano de administración”, el artículo 51 a las “Funciones del administrador”, el artículo 52 a los “Deberes y obligaciones de los administradores” y el artículo 53 al “Órgano de Gobierno. Órgano de fiscalización opcional”.

El proyecto prevé en relación con esos administradores diversas disposiciones innecesarias y sobreabundantes: que ellos pueden o no ser socios de la sociedad por acciones simplificada; que pueden ser designados por un plazo determinado o indeterminado; que se los puede elegir en el instrumento constitutivo o posteriormente; que su designación y cese deben inscribirse en el registro público, que en los casos en los que el órgano de administración fuere plural, el estatuto podrá instituir las funciones de cada administrador o disponer que estas se ejerzan de forma conjunta o colegiada, etc.

Por otro lado, del mismo modo que ocurre en la sociedad anónima, y a fin de evitar situaciones de acefalía del órgano de administración societario, el proyecto exige designar por lo menos un administrador suplente, en caso que se prescinda del órgano de fiscalización.

Para nosotros, por las características peculiares de este tipo societario y por la simplicidad buscada por el legislador para sus estructuras, el problema de la eventual acefalía del órgano de administración podría haberse resuelto de mejor manera estableciendo que, en esos casos, los socios de la sociedad por acciones simplificada pasan a ocupar inmediatamente el cargo de administradores de la sociedad. Así se logra el objetivo perseguido por la ley, se reduce la estructura de la sociedad y se esquivo el lastre que significa para el pequeño y mediano empresario tener que elegir entre dos opciones que le pueden resultar excesivas para su negocio, esto es, designar un síndico o elegir un administrador suplente.

El artículo 51 del proyecto se superpone al artículo 50 y repite que la representación legal de la sociedad por acciones simplificada estará a cargo de una persona humana, designada en el instrumento constitutivo o con posterioridad, por la reunión de socios o el socio único, y luego precisa, con sobreabundancia, que ese representante legal podrá celebrar y ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se vinculen directa o indirectamente con el mismo.

El artículo 51 del proyecto se detiene en la cuestión del domicilio de los administradores societarios de la sociedad por acciones simplificada y decreta que, al menos uno de sus miembros, deberá tener domicilio real en la Argentina, y que los miembros extranjeros deberán contar con una clave de identificación, designar representante y fijar un domicilio en Argentina. Todas estas exigencias son incorrectas y no alcanzamos a entender las razones para diferenciar entre administradores societarios que tengan su domicilio en Argentina y los que lo tengan en el extranjero ni, mucho menos, las imposiciones y exacciones adicionales a estos últimos. Creemos primordial eliminar estos requisitos del proyecto, pues mientras el administrador societario tenga un domicilio constituido en el lugar donde está la sede social, todas las otras previsiones normativas son innecesarias y erróneas.

También se refiere el proyecto a las reuniones del órgano de administración y consagra que la citación y la información sobre el temario podrán realizarse por medios electrónicos, sin aclarar cómo se hará para demostrar una y otra circunstancia, soslayando la falta de previsiones al respecto de la que adolecen los códigos adjetivos de nuestro país.

El artículo 52 del proyecto aborda el asunto de los deberes de los administradores de la sociedad por acciones simplificada y establece que ellos tienen iguales obligaciones y responsabilidades que los gerentes de la sociedad de responsabilidad limitada.

A renglón seguido, y con completa falta de método, alude al órgano de fiscalización y dispone que le son aplicables “las normas previstas en la mencionada ley, en lo pertinente”, lo que convierte a ese artículo en una norma inútil, pues la Ley General de Sociedades no estima un régimen especial que determine las obligaciones de los gerentes de la sociedad de responsabilidad limitada ni, mucho menos, que se refiera a las responsabilidades que pudieran derivar del incumplimiento de esos deberes. Por el con-

trario, las pocas y dispersas disposiciones que son útiles a la hora de juzgar la responsabilidad de los administradores de sociedades están en la parte general de la ley o entre las normas que regulan la actividad de los directores de la sociedad anónima y se aplican por analogía a los demás administradores societarios. Por todo ello, debe modificarse esta parte del proyecto y disponer que los administradores societarios de la sociedad por acciones simplificada tienen las mismas obligaciones que se reportan en la Ley General de Sociedades para los administradores de los distintos tipos de sociedades.

Por último, el artículo 52 del proyecto se detiene en los administradores fácticos y afirma que quienes, sin ser administradores, intervinieren en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades aplicables a los administradores y su responsabilidad se extenderá a los actos en los que hubieren participado cuando su actuación administrativa fuere habitual. Esta norma es del todo superflua y por ello debería suprimirse del proyecto.

2. El órgano de gobierno societario

El artículo 53 del proyecto prevé que la reunión de socios es el órgano de gobierno de la sociedad por acciones simplificada y regula, con minuciosidad múltiples cuestiones sobre cómo debe ejecutarse e instrumentarse.

Ese artículo contempla la posibilidad de que esas reuniones puedan concretarse fuera de la sede social o “a distancia”, utilizando medios que permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos¹¹, y determina que, en esos casos, el acta que las instrumenta deberá indicar el modo de comunicación empleada (deben conservarse las constancias de acuerdo con el medio usado: la grabación en caso de ser telefónica, el video en caso de ser una teleconferencia, etc.) y deberá ser firmada por el

¹¹ En realidad, el proyecto no autoriza expresamente estas reuniones, sino que dispone que podrá hacerlo el estatuto.

administrador o representante¹² que estuviera presente en la sede social y, si no estuviera ninguno, por el representante legal¹³.

La norma es poco feliz y su redacción colmada de errores. Si el objetivo es autorizar las reuniones de socios a distancia, sería mucho más apropiado reformar la parte general de la Ley General de Sociedades e introducir en ella una norma que las permita no solo en la sociedad por acciones simplificada, sino en todos los tipos societarios.

Ello es así porque nuestro ordenamiento jurídico societario no requiere un nuevo tipo de sociedad que tenga un alto grado de modernidad, desacoplada con las estructuras antiguas previstas para los otros tipos societarios, sino una reforma integral de la parte general de la ley, que impregne de esa modernidad a todas las sociedades. Incluso más, sería loable dictar una ley que modernice en este aspecto el Código Civil y Comercial, y reglamente las reuniones a distancia de los cuerpos colegiados de todas las personas jurídicas.

Pero regresemos a lo que dispone el proyecto en cuanto a las reuniones del órgano de gobierno de la sociedad por acciones simplificada: el sistema que prevé la norma es ágil, moderno y sumamente efectivo cuando las relaciones intrasocietarias transitan en los carriles de armonía, confianza y concordia, pero muy vulnerable en los casos en los que existe desconfianza y, ni qué decir, cuando hay entuertos.

Ello es así porque en las hipótesis de conflicto, existiría un claro desacople entre la modernidad del sistema para realizar las reuniones del órgano de administración previsto por el proyecto y

¹² El proyecto no aclara si se refiere a un representante de la sociedad, a un representante del administrador societario o a un representante de el o los socios.

¹³ Tampoco explica el proyecto en qué difiere el representante que se menciona en esta parte de la norma con el citado en el párrafo anterior, manteniéndose la duda sobre si se alude a un representante legal de la sociedad, del administrador o de los socios.

la antigüedad de los sistemas procesales para demostrar en un juicio la existencia, desarrollo y contenido de las mismas.

Ahora bien, además de las analizadas cuestiones sobre las reuniones a distancia, el artículo 53 del proyecto apunta, en nuestra opinión sin utilidad aparente, a los casos en los que la sociedad por acciones simplificada tuviera un socio único y establece que, en esos supuestos, las resoluciones del órgano de gobierno serán adoptadas por ese socio, dejando constancia de ellas en actas asentadas en los libros de la sociedad.

También creemos que es excesiva la parte final de dicho artículo 53 para quien toda comunicación o citación a los socios deberá dirigirse al domicilio constituido en el instrumento constitutivo si no se hubiera notificado su cambio al órgano de administración y el artículo 49 del proyecto, que regula la reunión de los administradores y establece que pueden autoconvocarse sin citación previa, luego, con absoluta falta de método y casi “de pasada”, dispone que igual regla se aplica para las reuniones de socios, precisando que en ese caso las resoluciones del órgano de gobierno que se tomen serán válidas si asisten los accionistas que representen el 100 % del capital social y el orden del día es aprobado por unanimidad.

Por último, el artículo 53 del proyecto transcribe el artículo 159 de la Ley General de Sociedades y otorga la posibilidad de llegar a una resolución social del órgano de gobierno societario sin hacer una real reunión de socios, mediante el procedimiento “de recolección de votos” en el que el órgano de administración efectúa una consulta simultánea a los socios sobre cuestiones que son de competencia del órgano de gobierno, los socios son emplazados a contestar esa consulta en el plazo de diez días y, vencido el mismo, el órgano de administración contabiliza los votos recibidos y considera adoptada o no la decisión del órgano de gobierno¹⁴. Obviamente que la

¹⁴ Tanto la consulta a los socios como sus respuestas deben ser hechas de un modo fehaciente, mediante cualquier

norma es inútil y hubiera sido suficiente una simple remisión en lugar de transcribir el artículo que aborda la cuestión en la Ley General de Sociedades.

3. El órgano de fiscalización

En el mismo artículo que regula el órgano de gobierno (el analizado artículo 53) el proyecto menciona al órgano de fiscalización, y lo hace en forma tangencial y de manera totalmente insuficiente, reseñando en el título de esa norma: “órgano de fiscalización opcional”.

Como puede observarse el método es criticable porque, en un único artículo, el proyecto aborda dos cuestiones tan importantes como lo son el órgano de gobierno y el órgano de fiscalización societaria, tópicos que sería mucho más conveniente que tuvieran normas separadas, exclusivas para cada uno de ellos.

Por si fuera poco, la indicación que se hace en ese artículo al órgano de fiscalización se reduce y circunscribe a decir en el título que será “opcional”, lo que entendemos que, en rigor técnico, es impropio, pues en toda estructura societaria existe un órgano de fiscalización y, lo que puede ser opcional, es que las tareas encomendadas a ese órgano las lleven a cabo los propios socios, un síndico o un consejo de vigilancia.

Ahora bien, a pesar de los defectos de redacción y método señalados en los párrafos anteriores, lo cierto es que, de una interpretación integral del proyecto que examinamos, surge que la sociedad por acciones simplificada puede prever en el estatuto que su fiscalización esté a cargo de un síndico, de un consejo de vigilancia o de sus socios, decisión que consideramos válida, por todas las ventajas que conlleva la reducción de la estructura de organización del ente¹⁵.

medio o procedimiento que garantice su autenticidad, como por ejemplo una carta documento, una carta con imposición notarial de contenido, una notificación notarial, una nota con firma certificada, etc.

¹⁵ En contra Vítolo (2016), quien opina que la lógica señala

IX. La transformación

El artículo 61 del proyecto asegura que cualquier sociedad constituida conforme a la Ley General de Sociedades puede transformarse en una sociedad por acciones simplificada, e impone a los registros públicos la obligación de reglamentar los procedimientos que deben observarse para concretar esa transformación.

La norma es plausible pues, por los beneficios que ofrece la sociedad por acciones simplificada, es de esperar que muchas sociedades tengan interés en transformarse y optar por este nuevo tipo societario. Sin embargo, es un equívoco que la regulación del procedimiento de transformación se delegue en los diferentes registros públicos, razón por la cual consideramos que sería necesario cambiar en este punto el proyecto y prever un procedimiento de transformación simple, sencillo y sin innecesarias regulaciones casuísticas, o bien encomendar esa tarea a la reglamentación de la norma que a la postre haga el Poder Ejecutivo Nacional.

Por lo demás, el artículo 39 del proyecto contempla el camino inverso, pues contiene lo que ocurre cuando una sociedad por acciones simplificada, con posterioridad a su constitución, resulta comprendida en alguno de los supuestos que aparecen en los incisos del artículo 299 de la Ley General de Sociedades y aquel donde la sociedad por acciones simplificada esté controlada o vinculada en más de un 30 % del capital por una sociedad comprendida en esa norma, es decir, sometida al contralor estatal permanente.

En ese supuesto, la sociedad por acciones simplificada deberá transformarse en alguno de los tipos contemplados en la Ley General de Sociedades e inscribir esa transformación en el registro público correspondiente en un plazo no mayor a los seis meses, instituyéndose como sanción, en caso de que los socios no lleven a cabo la

que la sociedad por acciones simplificada debe tener un órgano de fiscalización, en razón de tratarse de una sociedad que incluso puede ser unipersonal.

transformación en dicho plazo, la modificación de su régimen de responsabilidad que, a partir de esa inobservancia, será solidaria, ilimitada y subsidiaria.

Conclusiones

En líneas generales creemos que el objetivo del proyecto de ley de creación de las sociedades por acciones simplificadas que analizamos es valioso, pero el mismo acusa una pluralidad de defectos, imprecisiones y errores que ameritan su revisión, sobre todo porque la promesa de simplicidad que motiva y justifica la creación del nuevo tipo societario es incumplida por el propio proyecto, que propone una regulación alambicada, compleja y en muchos casos sobreabundante.

La primera crítica que corresponde hacer al proyecto es de orden metodológico, pues la incorporación de un nuevo tipo societario no debería concretarse sancionando un cuerpo normativo independiente, sino modificando la Ley General de Sociedades y aprovechando esa oportunidad para darle simplicidad y coherencia al ordenamiento societario argentino, eliminando de la grilla de tipos a las sociedades caídas en desuso, como las comanditas simples, las comanditas por acciones y las de capital e industria y las que, con la incorporación de la sociedad por acciones simplificada pasarán a formar parte de la historia como las sociedades colectivas.

El proyecto dispone que la sociedad por acciones simplificada puede ser constituida por una o por varias personas, permitiendo de esa manera que esos emprendimientos empresariales sean unipersonales y sin las restricciones que tiene la sociedad anónima unipersonal. Además, el proyecto establece que la novel sociedad puede ser constituida por personas humanas o jurídicas y nada dispone en relación con la posibilidad de que, quien la constituya, sea también una sociedad por acciones simplificada o una sociedad anónima, plural o unipersonal.

Se previeron diversas normas que tienen como objetivo que la constitución y la inscripción del

nuevo tipo societario sean fáciles, rápidas, desburocratizadas y de bajo costo. La intención de esas disposiciones es elogiada, pero muchas de ellas son criticables y la mayoría solo representa una expresión de deseos tras la que subyace el propósito de darle al proyecto difusión e impacto periodístico.

Consideramos acertada la decisión de disponer que en la sociedad por acciones simplificada la responsabilidad de los socios se circunscriba a la integración del capital oportunamente suscrito, a pesar de la crítica de un sector de la doctrina que se preocupa por la supuesta desprotección de los trabajadores, los consumidores y los acreedores involuntarios o incidentales, pues entendemos que esa tutela no es una función ni tarea del derecho societario que, además, demostró su impotencia para lograrla.

Se prevé que el capital social inicial necesario para constituir una sociedad por acciones simplificada no podrá ser inferior a una suma equivalente a dos veces un salario mínimo vital y móvil lo que implica, en definitiva, tomar partida en la discusión doctrinaria referida a la importancia del capital y coincidir con quienes afirmamos que su cuantía perdió por completo relevancia.

Se le reprocha al proyecto que no estipule un capital máximo para este tipo de sociedades, pues tratándose de una herramienta que tiene como principal destinatario al pequeño y mediano empresario, resulta erróneo omitir el capital máximo que ellas pueden tener, para evitar así que se utilice este tipo societario para canalizar emprendimientos económicos de magnitud.

La minuciosa regulación que hace el proyecto de los distintos tipos de aportes que se autoriza a los socios a realizar para integrar el capital social es innecesaria, pues es tan bajo el capital mínimo con el que puede constituirse una sociedad por acciones simplificada, que no se justifica ofrecer a los socios la posibilidad de diferir su integración o de hacerlo de una forma diferente a un desembolso dinerario.

El proyecto dicta que el capital de la sociedad por acciones simplificada se divida en partes alícuotas y las denomina acciones, lo que resulta incoherente, pues lo lógico hubiera sido que se llamaran cuotas o cuota-partes. Pero no solo es criticable el nombre que se le dio a las alícuotas, sino también que se autorice a la sociedad por acciones simplificada a emitir distintos tipos de acciones, lo que juzgamos totalmente inconveniente e innecesario.

Las disposiciones del proyecto en relación con el órgano de administración, referidas a las situaciones de acefalía, a las cuestiones del domicilio, a las reuniones del órgano, a los deberes y responsabilidades de los administradores, etc., son, en la mayoría de los casos innecesarias y copiosas, y deben por ello ser revisadas o suprimidas.

El proyecto prevé que la reunión de socios es el órgano de gobierno de la sociedad por acciones simplificada, regula con detalle cómo debe realizarse e instrumentarse y consagra un procedimiento para concretarla “a distancia”, que es ágil, moderno y bastante efectivo cuando las relaciones intrasocietarias son armoniosas, pero muy vulnerable cuando existe desconfianza o conflictos, por el evidente desacople entre la modernidad de ese procedimiento y la antigüedad de los sistemas procesales vigentes.

En el mismo artículo que regula el órgano de gobierno el proyecto trata sobre el órgano de fiscalización, y lo hace en forma tangencial e insuficiente, solo para mencionar, casi al pasar, que el mismo será “opcional”, lo que entendemos que es impropio e incorrecto, a pesar de lo cual consideramos válido que se autorice que, en estas sociedades, sean los socios quienes decidan en manos de quién estará su fiscalización.

El proyecto admite que cualquier sociedad constituida conforme a la Ley General de Sociedades pueda transformarse en una sociedad por acciones simplificada e impone a los registros la obligación de reglamentar los procedimientos para hacerlo. La norma es plausible porque es de esperar que muchas sociedades opten por este nuevo tipo,

pero es criticable que el procedimiento se delegue en los registros.

El proyecto contempla el camino inverso y prevé lo que ocurre cuando una sociedad por acciones simplificada, con posterioridad a su constitución, resulta comprendida en alguno de los supuestos que se registran en los incisos 1, 3, 4 y 5 del artículo 299 de la Ley General de Sociedades o controlada o vinculada en más de un 30 % del capital por una sociedad sometida al contralor estatal permanente, en cuyo caso los socios están obligados a transformarla en alguno de los tipos que caracteriza la Ley General de Sociedades, bajo apercibimiento de que se modifique su régimen de responsabilidad.

Referencias

- Abdala, M. (2000). El reemplazo de la reparación fundada en la responsabilidad civil por el resarcimiento a cargo de un sistema de seguros como solución a la problemática de los daños ocasionados con automotores. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, 2(5), 199-210.
- Abdala, M. (2016a). El régimen de las sociedades anónimas unipersonales en la ley general de sociedades. *Jurisprudencia Argentina*, IV, 1-4.
- Abdala, M. (2016b). Importante reforma al régimen de las sociedades anónimas unipersonales. *Jurisprudencia Argentina*, VI, 1-3.
- Marzorati, O. (2015). Algunas consideraciones sobre la sociedad unipersonal y la empresa individual de responsabilidad limitada. *Revista Foro Derecho Mercantil*, 49(octubre-diciembre), 11-59.
- Marzorati, O. (2016). La Sociedad Anónima Simplificada. ¿Será una realidad? *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 1(12), 1-3.
- Vítolo, D. (2010). *Aportes, capital social e infra-capitalización en las sociedades comerciales*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Vítolo, D. (2016). La sociedad anónima simplificada (sociedad por acciones simplificada). *Revista Jurídica Argentina La Ley*, 5(10), 1-3.

ÍNDICE DE AUTORES

Autor	Pág.
A	
Abdala Martín E.	163
C	
Cándano Pérez Mabel	149
G	
Gómez Rey Andrés	25
Gómez Vélez Martha Isabel	43
H	
Henao Mera Álvaro José	25
Hernández José Ricardo	99
M	
Martínez Espinosa Luisa Fernanda	131
N	
Niño Leidy Angela	115
O	
Ostau de Lafont de León Francisco Rafael	115
Meneses Quintana Orlando	43
P	
Palma Eric Eduardo	11
Peña Cuervo Juan José	131
Peña Cuervo Luis Alejandro	131
Pérez Forero Andrea Carolina	61
S	
Saldarriaga Grisales Dora Cecilia	43
V	
Vásquez Jorge Eduardo	79

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Los artículos a presentar para su publicación en la Revista Prolegómenos Derechos y Valores deberán cumplir los siguientes criterios:

1. Solo se publicarán trabajos originales e inéditos resultados de procesos de investigación.
2. El idioma oficial de la revista es el español. Se reciben también artículos en inglés y portugués.
3. Los artículos presentados que cumplan los requisitos exigidos y sean valorados por el comité editorial y científico, se someterán a un proceso de evaluación a través de arbitraje. Los árbitros nombrados son externos y se utiliza el sistema de “doble ciego” para garantizar el anonimato.
4. Los artículos evaluados se regresarán a los autores para la realización de las correcciones pertinentes y en caso negativo, se devolverán al autor con los comentarios requeridos.
5. Una vez que se acepte un trabajo, los autores deberán ceder el derecho de autor al Centro de Investigaciones Políticas, Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada.

El contenido y perfil de los artículos deberán adecuarse a una sola de las siguientes categorías:

Artículo de investigación e innovación:

Documento que presenta la producción original e inédita, publicada en una revista de contenido científico, tecnológico o académico, resultado de procesos de investigación, reflexión o revisión, que haya sido objeto de evaluación por pares. En ningún caso se aceptará como artículo de investigación e innovación contribuciones como publicaciones no derivadas de investigación, resúmenes, comunicaciones a congresos, cartas al editor, reseñas de libros, bibliografías, boletines institucionales, notas editoriales, necrologías, noticias o traducciones de artículos ya publicados en otro medio, columnas de opinión o coyuntura, y similares (esto aplica aun en los casos en que se documente que los mencionados tipos de contribución han sido objeto de evaluación por pares).

A su vez, un artículo de investigación puede clasificarse en:

- **Artículo de investigación científica y tecnológica.** Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura que en general se utiliza contiene cuatro secciones importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
- **Artículo de reflexión.** Texto que expone resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales. Se trata de un estudio crítico con resultados y aportes.
- **Artículo de revisión.** Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos cincuenta referencias.

El artículo postulado deberá tener en cuenta los siguientes aspectos formales:

1. Título, cuya extensión máxima es de veinte palabras. En pie de página debe enunciarse el proyecto de investigación terminado al que pertenece el producto, la institución universitaria y, en caso de que aplique, el grupo de investigación al que corresponde el artículo postulado. Además, se debe decir si corresponde a un artículo de investigación, reflexión o de revisión, según las tipologías de Colciencias.
2. Autor(es). En pie de página se debe hacer una breve descripción de sus estudios, vinculación institucional y correo electrónico.

3. Resumen en el idioma en que está escrito el artículo, que no debe superar las 150 palabras. Debe contener los objetivos principales de la investigación, alcance, metodología empleada y principales resultados y conclusiones. Debe ser claro, coherente y sucinto, para lo cual se sugiere revisar y verificar datos, sintaxis, ortografía, no caer en erratas y no incluir referencias bibliográficas.
4. Palabras clave. Máximo seis.
5. Título, resumen y palabras clave en segundo idioma. Siempre serán en inglés excepto, cuando el artículo sea escrito en este idioma, para lo cual la segunda lengua que se manejará es el español.
6. Introducción. Debe identificarse claramente el problema de investigación, los objetivos, la metodología y una aproximación al tema. Máximo mil palabras.
7. Conclusión (es).
8. Cuando se utilicen gráficos o tablas, deben ir numerados, con su título correspondiente y la fuente (cita o elaboración propia).
9. Los artículos deberán tener una extensión máxima de treinta páginas, de acuerdo con las siguientes especificaciones: Arial 12 puntos, interlineado 1,5, tamaño carta y márgenes de 3 cm en todos los lados.
10. Citas y referencias bibliográficas conforme con las normas APA (sexta edición).

A continuación se explican algunos ejemplos sobre las normas APA:

Las normas APA realizan la citación dentro del cuerpo del texto y no en pie de página. La bibliografía se denomina referencias y se ubica al final del documento. Las citas textuales que tienen menos de 40 palabras se dejan entre comillas (“”) y dentro del cuerpo del texto. Las citas textuales que tienen más de 40 palabras se colocan fuera del texto y con sangría. En ambos casos no se usa la cursiva y debe agregarse al final de cada cita el apellido del autor, el año de publicación y la página:

Ejemplo: “El notario realiza una función pública y su actuación la regula la legislación correspondiente a cada Estado” (Barba, 2014, p. 5).

Si la cita es indirecta (paráfrasis de la cita original) no se colocan comillas, pero sí el autor y el año al que se hace referencia.

Ejemplo: Para Witker (2011) los servicios son los nuevos objetos del comercio internacional.

REGLAS SEGÚN NÚMERO DE AUTORES

Uno o dos autores

Ejemplo de cita en texto: (Cotino, 2000) o (Márquez y Galindo, 2010).

Ejemplo de referencia: Cotino, L. (2012). El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Entre tres y cinco autores

Ejemplo de cita en texto: (Liñán, López y Mangas, 2012).

Cuando son tres, cuatro o cinco autores en la primera cita se colocan todos y en las siguientes se escribe solo el apellido del primer autor seguido de la abreviatura et al. Con el ejemplo anterior las subsiguientes citas serían: (Liñán et al., 2012).

Ejemplo de referencia: Liñán, J., López, D. & Mangas, A. (2012). Instituciones y derechos de la Unión Europea. Madrid: Tecnos.

Seis o más autores

Desde la primera cita se coloca solo el apellido del primer autor y se sigue con la abreviatura et al.

Ejemplo de cita en texto: (Procacci et al., 1976).

Ejemplo de referencia: Procacci, G., Muñoz, T., Pérez, A., Vallejo, M., Giraldo, H., Novoa, T. & Jiménez, H. (1976). El gran debate. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.

Autores corporativos

Ejemplo de cita en texto: (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2003).

Ejemplo de referencia: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2003). Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Volumen IV. Bogotá: HCHR.

REFERENCIAS

Las referencias son un listado con la información detallada de las fuentes que se citaron en el documento. Todos los autores que aparezcan en el texto deben estar en la lista de referencias y viceversa.

Libros

Apellido(s) autor(es), Inicial Nombre. (Año). Título. Ciudad de publicación: editorial.

Ejemplo:

Sabine, G. (1998). Historia de la teoría política. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.

Capítulos o partes de libro

Apellido(s) autor(es), Inicial Nombre de los autores del capítulo. (Año publicación). Título del capítulo. En: Apellido, Inicial Nombre compiladores (eds.). Título del libro. (Paginación del capítulo). Ciudad de publicación: editorial.

Ejemplo:

López, M. & Cárdenas, A. C. (2010). El sistema monetario internacional. En: Hinojosa, L. M. & Roldán, J. (eds.). Derecho internacional económico. (pp. 273-295). Madrid: Marcial Pons.

Artículo de revista académica (journal)

Apellido, Inicial Nombre. (Año). Título del artículo. Título de la publicación periódica, volumen(número), paginación.

Ejemplo:

Soto, F. (2013). El referéndum en Latinoamérica: un análisis desde el derecho comparado. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 136(4), pp. 317-346.

Artículo de diario

Apellido, Inicial Nombre. (día, mes y año). Título del artículo. Título del Diario, página.

Ejemplo:

Galindo, F. (23 de enero de 2013). Reforma radical al sistema de salud. El Tiempo, p. 8.

Documento presentado en congreso, conferencia o reunión

Apellido, Inicial Nombre. (Año). Título del documento presentado al congreso o conferencia. Nombre del congreso o conferencia. Fecha y ciudad donde se celebró el congreso o conferencia.

Ejemplo:

Restrepo, D. I. (2003). El futuro de la descentralización: experiencias de quince años y perspectivas. Segundo Encuentro Colombia Hacia la Paz. 15-19 de marzo, Bogotá D. C.

Información de una página web

Autor. (Fecha). Título. Disponible en: página de Internet.

Ejemplo:

Universidad Militar Nueva Granada. (s. f.). Convocatorias 2015. Disponible en: <http://www.umng.edu.co/web/docentes-admtivos/convocatorias>

Artículos en línea

Autor. (Fecha). Título del artículo. Título de la publicación. Disponible en: página de Internet.

Ejemplo:

Stiglitz, J. (16 de mayo de 2015). Las corporaciones y su secreta toma del control. El Espectador. Disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/corporaciones-y-su-secreta-toma-del-control>

Leyes

Número y año de la ley. Asunto. Fecha de promulgación. Número en el Diario Oficial.

Ejemplo:

Ley 1407/2010. Por la cual se expide el Código Penal Militar. 17 de agosto. Diario oficial 47.804.

Jurisprudencia

Tribunal que profiere la sentencia. Sala o sección (en caso de ser aplicable). Número de la sentencia o del proceso (Magistrado/Consejero ponente/Juez), fecha.

Ejemplo:

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388/2009 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), 28 de mayo.

NIVELES DE TITULACIÓN

Título del artículo: CENTRADO, EN MAYÚSCULA SOSTENIDA Y EN NEGRITA.

Títulos de primer nivel: marcados con letra mayúscula (A, B, C, etc.) y el título debe ir en minúscula y en negrita.

Ejemplo: A. Estado del arte del derecho penal en América Latina.

Títulos de segundo nivel: marcados con números romanos en mayúscula (I, II, III, etc.) y el título debe ir en minúscula y en negrita.

Ejemplo: I. Derecho penal colombiano.

Títulos de tercer nivel: marcados con números arábigos (1, 2, 3, etc.) y el título debe ir en minúscula y en negrita.

Ejemplo: 1. Periodo 1950-1976.

Títulos de cuarto nivel: texto en cursivas y sin negrita.

Ejemplo: Marco normativo

RECEPCIÓN Y PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos se deben remitir al correo electrónico derechos.valores@unimilitar.edu.co

Los artículos serán revisados de manera formal primero por el editor junto con el comité editorial, para evaluar la aprobación de envío a árbitros. El comité editorial se reserva el derecho de seleccionar los artículos que cumplan con los criterios que exige la revista.

No se hará devolución de los originales entregados para revisión, por tal motivo es importante que el autor o autores conserven una copia con todas las modificaciones que se hagan para efectos de la revisión. El comité editorial se reserva también el derecho de modificar la forma del artículo para que cumpla con los requisitos de la revisión, de acuerdo con la diagramación que se plantee internamente para cada publicación.

La revista solamente dará recibo formal de artículos resultados de investigación que cumplan con las normas APA y las cláusulas que aparecen en este documento.

PUBLICATION NORMS

The articles to be submitted for their publication in the magazine *Prolegómenos Derechos y Valores* have to fulfill the next criterion:

1. Only original writings and unpublished investigation process results will be published.
2. The official language of the magazine is Spanish. Articles in English and Portuguese will also be received.
3. The submitted articles that fulfill the demanded requirements and are assessed by the editorial and scientific committee, will be subjected to a process of evaluation through arbitration. The designated arbitrators are external and the “double blind” system will be used in order to guarantee anonymity.
4. The evaluated articles will be sent back to their authors for making the corresponding corrections, or containing the required comments.
5. Once a work is accepted, the author has to transfer the copyright to the Political, Legal and Social Research Center of the Faculty of Law in the Universidad Militar Nueva Granada.

The contents and profile of the articles have to adjust to only one of the next categories:

Article of investigation and innovation:

Document that shows the original and unpublished production, published in a magazine of scientific, technological or academic contents, resulting from investigation, reflection or revision processes, which has been subject of evaluation in pairs. In no case there will be accepted as an article of investigation and innovation contributions such as publications not obtained from investigation, summaries, communications to congresses, letters to the editor, book reviews, bibliographies, institutional bulletins, editorial notes, necrologies, news or translations of articles previously published in other means, opinion piece or conjunction, and similar writings (this even applies in the cases in which it is proved that the mentioned types of contribution have been subject of evaluation in pairs).

In turn, an article of investigation can be classified in:

- **Article of scientific and technological investigation.** Document that shows, in a detailed way, the original results of investigation projects already finished. The structure generally used contains four important sections: introduction, methodology, results and conclusions.
- **Article of reflection.** Text that shows results of investigation finished from an analytic, interpretative or critical perspective of the author, about a specific subject, turning to original sources. It is a type of critical study with results and contributions.
- **Article of revision.** Document that results from a finished investigation, where results of published and unpublished investigations are analyzed, systematized and integrated, on a field of science or technology, in order to give an account of progresses and trends of development. It is characterized by showing a careful bibliographic revision of at least fifty references.

The postulated article has to take into account the next formal aspects:

1. Title, whose maximum extension is twenty words. The finished investigation project to which the product belongs, the university institution and, if applies, the group of investigation to which the postulated article corresponds, have to be outlined in footnote. Besides, it has to be said if it corresponds to an investigation, reflection or revision article, according to Colciencias typologies.
2. Author(s). In footnote it has to be done a short description about their studies, institutional link and e-mail.
3. Summary, in the language that the article is written, with a maximum of 150 words. It has to contain the main objectives of the investigation, scope, methodology used and main results and conclusions. It has to be

- clear, coherent and concise, for which it is suggested to revise and verify data, syntax, spelling, not to make mistakes and not to include bibliographic references.
4. Key words. Maximum six.
 5. Title, summary and key words in a second language. They will always be in English, unless the article is written in this language, in which case the second language will be Spanish.
 6. Introduction. The investigation problem, the objectives, the methodology and an approach to the topic have to be clearly identified. One thousand words, maximum.
 7. Conclusions.
 8. When graphs or tables are used, they have to be numbered, with their corresponding title and source (quote or own work).
 9. The maximum extension of the articles is thirty pages, according to the next specifications: Arial 12 points, interline 1,5, letter size and 3 cm margin in all sides.
 10. Quotes and bibliographic references according to APA norms (sixth edition).

Thereupon, some examples about APA norms are explained:

APA norms carry out the quotation inside the body of the text, not in footnote. The bibliography is named references and is placed at the end of the document. The textual quotes with less than 40 words are written between quotation marks (“ ”) inside the body of the text. The textual quotes with more than 40 words are written outside the body of the text and with indentation. In both cases cursive is not used, and the author’s last name, year of publication and page have to be added at the end of each quote.

Example: “The notary carries out a public function, and his behavior is regulated by the legislation corresponding to each State” (Barba, 2014, p. 5).

If the quote is indirect (paraphrase of the original quote) there are no quotation marks, but the author and the reference year.

Example: For Witker (2011) services are the new objects of international trading.

RULES ACCORDING TO THE NUMBER OF AUTHORS

One or two authors

Example of quote in text: (Cotino, 2000) or (Marquez and Galindo, 2010).

Example of reference: Cotino, L. (2012). The right to education as a fundamental right. Special attention to its social benefit dimension. Madrid: Center of Political and Constitutional Studies.

Between three and five authors

Example of quote in text: (Liñán, López and Mangas, 2012).

When there are three, four or five authors, all of them are written in the first quote and in the next quotes only the last name of the first author is written, followed by the abbreviation et al. With the previous example, the subsequent quotes would be: (Liñán, et al., 2012).

Example of reference: Liñán, J., López, D. & Mangas, A. (2012). Institutions and rights of European Union. Madrid: Tecnos.

Six or more authors

From the first quote, only the last name of the first author is written, followed by the abbreviation et al.

Example of quote in text: (Procacci et al., 1976).

Example of reference: Procacci, G., Muñoz, T., Pérez, A., Vallejo, M., Giraldo, H., Novoa, T. & Jiménez, H. (1976). The great debate. Madrid: Siglo Veintiuno Editores.

Corporate authors

Example of quote in text: (Office in Colombia of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 2003).

Example of reference: Office in Colombia of the United Nations High Commissioner for Human Rights. (2003). *Compilation of Jurisprudence and national and international doctrine*. Volume IV. Bogota: HCHR.

REFERENCES

References are a list with detailed information about the sources quoted in the document. All the authors who appear in the text have to be in the reference list, and viceversa.

Books

Author's last name, Name's Initial. (Year). Title. City of publication: Editorial.

Example:

Sabine, G. (1998). *History of Political Theory*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.

Chapters or parts of book

Author's last name, Name's Initial of the authors of the chapter. (Year of publication). Title of the chapter. In: Last name, Name's Initial of compilers (eds.). Title of book. (Pages of chapter). City of publication: Editorial.

Example:

López, M. & Cárdenas, A. C. (2010). International monetary system. In: Hinojosa, L. M. & Roldán, J. (eds.). *Derecho internacional económico* (pp. 273-295). Madrid: Marcial Pons.

Article of academic magazine (journal)

Author's Last Name, Name's Initial. (Year). Title of the article. Title of the periodical publication, volume(number), pages.

Example:

Soto, F. (2013). Referendum in Latin America: an analysis from compared Law. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 136(4), pp. 317-346.

Article of news

Last Name, Name's Initial. (day, month and year). Title of the article. Title of the news, page.

Example:

Galindo, F. (January 23rd 2013). Radical reform to health system. *El Tiempo*, p. 8.

Document presented in congress, conference or meeting

Last Name, Name's Initial. (Year). Title of the document. Name of the congress or conference. Date and city where it took place.

Example:

Restrepo, D. I. (2003). Future of decentralization: experiences of fifteen years and perspectives. Second Meeting Colombia Towards Peace. March 15-19, Bogotá D. C.

Information of a website

Author. (Date). Title. Available in: website

Example:

Universidad Militar Nueva Granada. (s. f.). Summons 2015. Available in: <http://www.umng.edu.co/web/docentes-admtivos/convocatorias>

Online articles

Author. (Date). Title of the article. Title of the publication. Available in: website.

Example:

Stiglitz, J. (May 16th 2015). Corporations and their secret control taking. El Espectador. Available in: <http://www.elespectador.com/opinion/corporaciones-y-su-secreta-toma-del-control>

Laws

Number and year of the law. Subject. Date of promulgation. Number in the official newspaper.

Example:

Law 1407/2010. For which Military Penal Code is issued. August 17th. Official newspaper 47.804.

Jurisprudence

Tribunal that utters sentence. Courtroom or section (in case it applies). Number of sentence or process (Magistrate/Counselor/Judge), date.

Example:

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-388/2009 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), May 28.

LEVELS OF TITLES

Title of the article: CENTERED, ALL IN CAPITALS AND BOLD.

Titles of first level: marked with capital letter (A, B, C, etc.) and the title has to be in small letter and bold.

Example: A. State of art of penal law in Latin America.

Titles of second level: marked with roman numbers (I, II, III, etc.) and the title has to be in small letter and bold.

Example: I. Colombian penal law.

Titles of third level: marked with arabic numbers (1, 2, 3, etc.) and the title has to be in small letter and bold.

Example: 1. Period 1950-1976.

Titles of fourth level: text in cursive letter and without bold.

Example: Normative setting

RECEPTION AND PUBLICATION OF ARTICLES

The articles have to be sent to the e-mail derechos.valores@unimilitar.edu.co

The articles will be revised in a formal way first by the editor with the editorial committee to assess the approval of delivery to arbitrators. The editorial committee reserves the right to select the articles that fulfill the criterion demanded by the magazine.

There will not be refund of the originals given for revision, that's why it is important that the author or authors keep a copy with all the modifications done for revision effects. The editorial committee also reserves the right to modify the form of the article for it to fulfill the revision requirements, according to the layout internally outlined for each publication.

The magazine will give formal receipt only to articles resulting from investigation, which fulfill APA norms and the clauses that appear in this document.

NORMAS DA PUBLICAÇÃO

Os artigos a apresentar para sua publicação na Revista Prolegómenos Derechos y Valores deverão cumprir os seguintes critérios:

1. Só se publicaram trabalhos originais e inéditos resultados de processos de investigação.
2. O idioma oficial da revista é o espanhol. Se recebem também artigos em inglês e português.
3. Os artigos apresentados que cumpram os requisitos exigidos e sejam valorados pelo comitê editorial e científico, se someteram a um processo de avaliação a través dos juízes. Os juízes nomeados são externos e se utiliza o sistema da “dobre cego” para garantir a anonimato.
4. Os artigos avaliados regressaram aos autores para a realização das correções pertinentes e no caso negativo, se devolveram ao autor com os comentários requeridos.
5. Uma vez que se aceite um trabalho, os autores deverão ceder o direito do autor ao Centro das Investigações Políticas, Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Militar Nueva Granada.

O conteúdo e perfil dos artigos deverão adequar-se a um só das seguintes categorias:

Artigo de investigações e inovação:

Documento que apresenta a produção original e inédita, publicada em uma revista de conteúdo científico, tecnológico ou acadêmico, resultado de processos de investigações, reflexão ou revisão, que tenha sido objeto da avaliação pelos pares. Em nenhum caso se aceitará como artigo de investigação e inovação contribuições como publicações não derivadas de investigação, resumos, comunicações em congressos, cartas ao editor, críticas de livros, bibliografias, boletins institucionais, notas editoriais, necrologias, notícias ou traduções de artigos já publicados em outro meio, colunas de opinião ou conjuntura, e similares (isto aplica ainda nos casos em que se documente que os mencionados tipos de contribuição tem sido objeto da avaliação pelos pares).

Na sua vez, um artigo de investigação pode classificar-se em:

- **Artigo de investigação científica e tecnológica.** Documento que apresenta, de maneira detalhada, os resultados originais de projetos terminados de investigação. A estrutura que em geral se utiliza, contem quatro sessões importantes: introdução, metodologia, resultados e conclusões.
- **Artigo de reflexão.** Texto que expõe resultados de investigação terminada desde uma perspectiva analítica, interpretativa ou crítica do autor, sobre um tema específico, recorrendo a fontes originais. Se trata de um estudo crítico com resultados e aportes.
- **Artigo de revisão.** Documento resultado de uma investigação terminada onde se analisam, sistematizam e integram os resultados das investigações publicadas ou não publicadas, sobre um campo em ciência ou tecnologia, com o fim de dar conta dos avances e as tendências de desenvolvimento. Se caracteriza por apresentar uma cuidadosa revisão bibliográfica de pelo menos cinquenta referencias.

O artigo postulado deverá ter em conta os seguintes aspetos formais:

1. Título, cuja extensão máxima é de vinte palavras. Em pé de página deve enunciar-se o projeto da investigação terminada ao que pertence o produto, a instituição universitária e, no caso de que aplique, o grupo de investigação que corresponde ao artigo postulado. Além disso, se deve dizer si corresponde a um artigo de investigação, reflexão ou de revisão, segundo as tipologias de Colciencias.
2. Autor (es). Em pé de página se deve fazer uma breve descrição de seus estudos, vinculação institucional e correio eletrônico.
3. Resumem no idioma em que está escrito o artigo, que não deve superar as 150 palavras. Deve conter os objetivos principais da investigação, alcance, metodologia empenhada e principais resultados e conclusões

Deve ser claro, coerente e sucinto, pelo qual se sugere revisar e verificar dados, sintaxes, ortografia, não cair em erros e não adicionar referências bibliográficas.

4. Palavras chave. Máximo seis.
5. Título, resumo e palavras chave em segundo idioma. Sempre serão em inglês exceto, quando o artigo seja escrito em este idioma, pelo qual a segunda língua que se vai lidar é o espanhol.
6. Introdução. Deve identificar-se claramente o problema da investigação, os objetivos, a metodologia e uma aproximação ao tema. Máximo mil palavras.
7. Conclusão (es).
8. Quando se utilizem gráficos ou tabuadas, devem ir numerados, com seu título correspondente e a fonte (cita ou elaboração própria).
9. Os artigos deveram ter uma extensão máxima de trinta páginas, de acordo com as seguintes especificações: Arial 12 pontos, com espaçamento de 1,5, tamanho carta e margens de 3 cm em todos os lados.
10. Citas e referências bibliográficas conforme com as normas APA (sexta edição).

A continuação se explicam alguns exemplos sobre as normas APA:

As normas APA realizam a citação dentro do corpo do texto e não no pé da página. A bibliografia se denomina referencias e fica ao final do documento. As citas textual que tem menos de 40 palavras ficam entre aspas (“”) e dentro do corpo do texto. As citas textuales que tem mais de 40 palavras se colocam fora do texto e deve ser recuado. Em ambos casos não se usa aa cursiva e deve agregar-se ao final de cada cita o sobrenome do autor, o ano de publicação e a página:

Exemplo: “O notário realiza uma função pública e sua atuação a regula a legislação correspondente a cada Estado” (Barba, 2014, p. 5).

Si a cita é indireta (paráfrases da cita original) não se colocam aspas, mas si o autor e o ano que se faz referência.

Exemplo: Para Witker (2011) os serviços são os novos objetos do comercio internacional.

REGRAS CONFORME O NÚMERO DE AUTORES

Um ou dois autores

Exemplo da cita em texto: (Cotino, 2000) o (Márquez y Galindo, 2010).

Exemplo da referência: Cotino, L. (2012). O direito á educação como direito fundamental. Especial atenção a sua dimensão social prestativo. Madrid: Centro de Estudos Políticos e Constitucionais.

Entre três e cinco autores

Exemplo da cita em texto: (Liñán, López y Mangas, 2012).

Quando são três, quatro ou cinco autores na primeira cita se colocam todos e nas seguintes se escreve só o sobrenome do primeiro autor seguido da abreviatura et al. Com o exemplo anterior as subseguintes citas seriam: (Liñán et al., 2012).

Exemplo de referencia: Liñán, J., López, D. & Mangas, A. (2012). Instituições e direitos da União Européia. Madrid: Tecnos.

Seis ou mais autores

Desde a primeira cita se coloca só o sobrenome do primeiro autor e se continua coa a abreviatura et al.

Exemplo de cita em texto: (Procacci et al., 1976).

Exemplo de referencia: Procacci, G., Muñoz, T., Pérez, A., Vallejo, M., Giraldo, H., Novoa, T. & Jiménez, H. (1976). O grande debate. Madrid: Século Vinte e um Editores.

Autores corporativos

Exemplo de cita em texto: (Oficina em Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2003).

Exemplo de referência: Oficina em Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2003). Compilación de jurisprudência e doutrina nacional e internacional. Volumen IV. Bogotá: HCHR.

REFERÊNCIAS

As referências são um listado com a informação detalhada das fontes que se citaram no documento. Todos os autores que apareçam no texto devem estar na lista de referências e vice-versa.

Livros

Sobrenome (s) autor (es), Inicial Nome. (Ano). Título. Cidade de publicação: editorial.

Exemplo:

Sabine, G. (1998). História da teoria política. Bogotá: Fundo de Cultura Económica.

Capítulos ou partes do livro

Sobrenome (s) autor (es), Inicial Nome dos autores do capítulo. (Ano publicação). Título do capítulo. Em: Sobrenome, Inicial Nome compiladores (eds.). Título do livro. (Paginação do capítulo). Cidade da publicação: editorial.

Exemplo:

López, M. & Cárdenas, A. C. (2010). O sistema monetário internacional. Em: Hinojosa, L. M. & Roldán, J. (eds.). Direito internacional económico. (pp. 273-295). Madrid: Marcial Pons.

Artigo da revista académica (journal)

Sobrenome, Inicial Nome. (Ano). Título do artigo. Título da publicação periódica, volume (número), paginação.

Exemplo:

Soto, F. (2013). O referendun em Latino América: umas análises a partir do direito comparado. Boletim Mexicano do Direito Comparado, 136(4), pp. 317-346.

Artigo do Jornal

Sobrenome, Inicial Nome. (dia, mês e ano). Título do artigo. Título do Jornal, página.

Exemplo:

Galindo, F. (23 de janeiro de 2013). Reforma radical ao sistema de saude. O Tempo, p. 8.

Documento apresentado em congresso, conferencia ou reunião

Sobrenome, Inicial Nome. (Ano). Título do documento apresentado ao congresso ou conferencia. Nome do congresso ou conferencia. Data, cidade onde se celebrou o congresso ou conferencia.

Exemplo:

Restrepo, D. I. (2003). O futuro da descentralização: experiências de quinze anos e perspectivas. Segundo Encontro Colômbia Até a Paz. 15-19 de março, Bogotá D. C.

Informação de um site

Autor. (Data). Título. Disponível em: página da Internet.

Exemplo:

Universidade Militar Nueva Granada. (s. f.). Convocatórias 2015. Disponível em: <http://www.umng.edu.co/web/docentes-admtivos/convocatorias>

Artigos em linha

Autor. (Data). Título do artigo. Título da publicação. Disponível em: página de Internet.

Exemplo:

Stiglitz, J. (16 de maio de 2015). As corporações e sua secreta toma do controle. O Espectador. Disponível em: <http://www.elespectador.com/opinion/corporaciones-y-su-secreta-toma-del-control>

Leis

Número e ano da lei. Assunto. Data de promulgação. Número no Diário Oficial.

Exemplo:

Lei 1407/2010. Pelo qual se expede o Código Penal Militar. 17 de agosto. Diário oficial 47.804.

Jurisprudência

Tribunal que profere a sentença. Sala ou sessão (no caso de ser aplicável). Número da sentença ou do processo (Magistrado/Conselheiro relator/Juiz), data.

Exemplo:

Corte Constitucional da Colômbia. Sentença T-388/2009 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto), 28 de maio.

NÍVEIS DE TITULAÇÃO

Título do artigo: CENTRADO, EM MAIÚSCULA SUSTENTADA E EM NEGRITO

Títulos de primeiro nível: marcados com letra maiúscula (A, B, C, etc.) e o título deve ir em minúscula e em negrito.

Exemplo: A. Estado da arte de direito penal em América Latina

Títulos de segundo nível: marcados com números romanos em maiúscula (I, II, III, etc.) e o título deve ir em minúscula e em negrito.

Exemplo: I. Direito penal colombiano

Títulos de terceiro nível: marcados com números arábicos (1, 2, 3, etc.) e o título deve ir em minúscula e em negrito.

Exemplo: 1. Período 1950-1976

Títulos de quarto nível: texto em cursivas e sem negrito.

Exemplo: Marco normativo

RECEPÇÃO E PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS

Os artigos se devem remitir ao correio eletrônico derechos.valores@unimilitar.edu.co

Os artigos serão revisados de maneira formal primeiro pelo editor junto com o comité editorial, para avaliar a aprovação de envio aos juízes. O comité editorial se reserva o direito de selecionar os artigos que cumpram com os critérios que exige a revista.

Não se fará devolução dos originais entregados para revisão, por esse motivo é importante que o autor ou autores conservem uma cópia com todas as modificações que se façam para efeitos da revisão. O comité editorial se reserva também o direito de modificar a forma do artigo para que cumpra com os requisitos da revisão, de acordo com a diagramação que se apresenta internamente para cada publicação.

A revista somente dará recibo formal de artigos resultados de investigação que cumpram com as normas APA e as cláusulas que aparecem neste documento.



Misión

La Universidad Militar Nueva Granada es una institución pública del orden nacional que desarrolla las funciones de docencia, investigación y extensión, fomenta el diálogo de saberes, la construcción de comunidad académica y la autoevaluación permanente de los procesos institucionales en el contexto de un mundo globalizado, con el fin de formar ciudadanos íntegros y socialmente responsables que promuevan la justicia, la equidad, el respeto por los valores humanos y contribuyan al progreso del sector defensa y a la sociedad en general.

Visión

La Universidad Militar Nueva Granada será reconocida por su alta calidad y excelencia en los ámbitos nacional e internacional en el fomento de la reflexión, la creatividad, el aprendizaje continuo, la investigación y la innovación, desde una perspectiva global, en cumplimiento de la responsabilidad social que le permita anticipar, proponer y desarrollar soluciones que respondan a las necesidades de la sociedad y del sector defensa.

Política de calidad

La Universidad Militar Nueva Granada, en cumplimiento de su misión y las disposiciones legales, asume la autoevaluación y autorregulación de los procesos y se compromete a mejorar continuamente su eficacia, eficiencia y efectividad, gestionando sus riesgos con responsabilidad social para satisfacer las necesidades y expectativas de los usuarios, del sector defensa y de la sociedad en general.



PREGRADOS



UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA

La U para todos

Presenciales

Ingeniería Ambiental *

SNIES 104694, Res. 10418 del 14 de julio de 2015 por 7 años. 10 semestres

Ingeniería Biomédica *

SNIES 105560, Res. 9856 del 18 de mayo de 2016 por 7 años. 10 semestres

Ingeniería Civil *

SNIES 365, Res. 10850 del 28 de noviembre de 2011 y Res. 4229 del 20 de abril de 2012 por 7 años. 10 semestres

Ingeniería Industrial *

SNIES 4088, Res. 11123 del 11 de septiembre de 2012 y Res. 14934 del 19 de noviembre de 2012 por 7 años. 9 Semestres

Ingeniería Mecatrónica *

SNIES 4405, Res. 2159 del 5 de marzo de 2012 por 7 años. 10 semestres

Ingeniería Multimedia

SNIES 10993, Res. 11183 del 11 de septiembre de 2012 y Res. 6358 del 23 de mayo de 2013 por 7 años. 10 semestres

Ingeniería en Telecomunicaciones *

SNIES 10995, Res. 270 del 10 de enero de 2012 por 7 años. 9 semestres

Administración de Empresas

SNIES 363, Res. 14873 del 11 de septiembre de 2014 y Res. 8013 del 18 de julio de 2012 por 7 años. 9 semestres

Administración de la Seguridad y Salud Ocupacional *

SNIES 91104, Res. 2383 del 7 de marzo de 2013 y Res. 3934 del 25 de marzo de 2015 por 7 años. 8 semestres

Relaciones Internacionales y Estudios Políticos *

SNIES 10955, Res. 9574 del 24 de julio de 2013 y Res. 952 del 24 de enero de 2014 por 7 años. 9 semestres

Contaduría Pública *

SNIES 364, Res. 799 del 30 de enero de 2012 y Res. 4295 del 27 de mayo de 2011 por 7 años. 9 semestres

Economía *

SNIES 362, Res. 3733 del 17 de abril de 2012 y Res. 8598 del 8 de julio de 2013 por 7 años. 9 semestres

Medicina *

SNIES 91437, Res. 6033 del 20 de mayo de 2013 por 7 años. 12 semestres

Derecho *

SNIES 361, Res. 1233 del 11 de febrero de 2013 y SNIES 91060, Res. 1263 del 21 de febrero de 2011 por 7 años. 10 semestres

Biología Aplicada *

SNIES 5315, Res. 11003 del 11 de septiembre de 2012 por 7 años. 10 semestres

A distancia

Ingeniería Civil

SNIES 11004, Res. 9236 del 18 de octubre de 2011 por 7 años. 10 semestres

Ingeniería Industrial

SNIES 53703, Res. 9189 del 24 de junio de 2015 por 7 años. 9 semestres

Ingeniería Informática

SNIES 105142, Res. 18672 del 17 de noviembre de 2015 por 7 años. 9 semestres

Administración de Empresas

SNIES 6527, Res. 11093 del 11 de septiembre de 2012 por 7 años. 9 semestres

Administración de la Seguridad y Salud Ocupacional

SNIES 102005, Res. 12946 del 10 de octubre de 2012 por 7 años. 8 semestres, centro de atención tutorial en Cajicá

Relaciones Internacionales y Estudios Políticos

SNIES 10963, Res. 2544 del 14 de marzo de 2013 por 7 años. 9 semestres

Contaduría Pública

SNIES 11428, Res. 10999 del 11 de septiembre de 2012 por 7 años. 9 semestres

Tecnologías

Electrónica y Comunicaciones

SNIES 54532, Res. 04840 del 14 de marzo de 2016 por 7 años. 5 semestres

Contabilidad y Tributaria *

SNIES 90985, Res. 12641 del 28 de diciembre de 2010 por 7 años. 5 semestres

Atención Prehospitalaria *

SNIES 101659, Res. 4622 del 7 de mayo de 2012 por 7 años. 6 semestres

Horticultura *

SNIES 91187, Res. 7552 del 31 de agosto de 2010 por 7 años. 5 semestres

Sede Bogotá, carrera 11 No. 101- 80.

* Sede Campus Nueva Granada, kilómetro 2 vía Cajicá-Zipacquirá.

* Sede Bogotá y Sede Campus Nueva Granada.

* Facultad de Medicina y Ciencias de la Salud, transversal 3 No. 49 - 00.



Inscríbete

www.umng.edu.co



6500 000 - 634 3200

Decreto 1075 del 26 de mayo de 2015. Vigilada Mineducación

Acreditación institucional de alta calidad de la educación superior, por seis años, mediante la resolución 10683 del 16 de julio de 2015.



POSGRADOS



UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA

La U para todos

Especializaciones

Ingeniería de Pavimentos

SNIES 10931, Res. 12910 del 11 de agosto de 2014 por 7 años. 2 semestres

Administración de la Seguridad

SNIES 3620, Res. 2545 del 14 de marzo de 2013; SNIES 19935, Res. 10081 del 10 de noviembre de 2011, Convenio Extensión Upb Medellín, Antioquia; SNIES 52991, Res. 229 del 15 de enero de 2013, Convenio Extensión Usb Cartagena, Bolívar; SNIES 17674, Res. 8636 del 9 de julio de 2013, Convenio Extensión Usb Cali, Valle; por 7 años. 2 semestres

Administración Aeronáutica y Aeroespacial

SNIES 103777, Res. 11974 del 6 de septiembre de 2013 por 7 años. 2 semestres

Control Interno

SNIES 2965, Res. 17706 del 6 de diciembre de 2013 por 7 años. 2 semestres

Gestión de Desarrollo Administrativo

SNIES 13459, Res. 16674 del 20 de noviembre de 2013 por 7 años. 2 semestres

Revisoría Fiscal y Auditoría Internacional

SNIES 16072, Res. 17793 del 6 de diciembre de 2013 por 7 años. 2 semestres

Mercadeo de Servicios

SNIES 13465, Res. 14521 del 16 de octubre de 2013 por 7 años. 2 semestres

Finanzas y Administración Pública *

SNIES 8431, Res. 1552 del 7 de febrero de 2014 por 7 años. 2 semestres

Gerencia de Comercio Internacional

SNIES 16074, Res. 13091 del 13 de agosto de 2014 por 7 años. 2 semestres

Alta Gerencia *

SNIES 13469, Res. 10702 del 9 de julio de 2014 por 7 años. 2 semestres
SNIES 90537, Res. 4867 del 16 de junio de 2010 por 7 años. 3 trimestres.

A distancia

Derecho Sancionatorio *

SNIES 53151, Res. 11038 del 11 de septiembre de 2012 y Res. 3935 del 25 de marzo de 2015 por 7 años. 2 semestres

Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar *

SNIES 13642, Res. 3456 del 4 de abril de 2012 y Res. 6542 del 12 de marzo de 2015 por 7 años. 2 semestres

Derechos Humanos y Sistemas de Protección *

SNIES 104555, Res. 7438 del 26 de mayo de 2015 por 7 años. 2 semestres

Derecho Administrativo

SNIES 395, Res. 9134 del 11 de junio de 2014 por 7 años. 2 semestres

Alta Gerencia de Seguridad y Defensa

SNIES 103474, Res. 11037 del 14 de julio de 2014 por 7 años. 2 semestres

Gerencia Integral de Proyectos

SNIES 4460, Res. 953 del 24 de enero de 2014 por 7 años. 2 semestres

Geomática

SNIES 52638, Res. 17717 del 6 de diciembre de 2013 por 7 años. 2 semestres

Gerencia de la Calidad

SNIES 52910, Res. 1567 del 7 de febrero de 2014 por 7 años. 2 semestres

Planeación Ambiental y Manejo de Recursos Naturales

SNIES 16131, Res. 14522 del 16 de octubre de 2013 por 7 años. 2 semestres

Gerencia en Logística Integral

SNIES 15947, Res. 13068 del 13 de agosto de 2014 por 7 años. 2 semestres

Docencia Universitaria

SNIES 4358, Res. 6904 del 6 de agosto de 2010 por 7 años. 3 trimestres

Consulta las 53 especialidades médicas en nuestro portal web.

Inscríbete

www.umng.edu.co



6500 000 - 634 3200

Decreto 1075 del 26 de mayo de 2015. Vigilada Mineducación
Acreditación institucional de alta calidad de la educación superior, por seis años,
mediante la resolución 10883 del 16 de julio de 2015.

Síguenos en  /lamilitar  @lamilitar

Maestrías

Ingeniería Civil *

SNIES 103836, Res. 19488 del 14 de noviembre de 2014 por 7 años. 4 semestres

Ingeniería Mecatrónica

SNIES 54775, Res. 4839 del 14 de marzo de 2016 por 7 años. 4 semestres

Relaciones y Negocios Internacionales *

SNIES 53970, Res. 14174 del 7 de septiembre de 2015 por 7 años. 4 semestres

Gestión de Organizaciones *

SNIES 53322, Res. 9187 del 24 de junio de 2015 y Res. 9187 del 24 de junio de 2015 por 7 años. 4 semestres

Derecho Administrativo

SNIES 5235, Res. 14306 del 7 de septiembre de 2015 por 7 años. 4 semestres

Instituciones Jurídicas de la Fuerza Pública

SNIES 53626, Res. 20479 del 17 de diciembre de 2015 por 7 años. 4 semestres

Derecho Procesal Penal

SNIES 54281, Res. 14305 del 7 de septiembre de 2015 por 7 años. 4 semestres

Biología Aplicada *

SNIES 19792, Res. 5270 del 25 de junio de 2010 por 7 años. 4 semestres

Logística Integral *

SNIES 103706, Res. 14460 del 4 de septiembre de 2014 por 7 años. 4 semestres

Gerencia de Proyectos *

SNIES 103838, Res. 19490 del 14 de noviembre de 2014 por 7 años. 4 semestres

Educación *

SNIES 90692, Res. 3909 del 20 de mayo de 2010 y Registro Calificado 3441 del 14 de marzo de 2014 por 7 años (Vigencia del RC de 2010). 4 semestres

Doctorados

Bioética *

SNIES 101830, Res. 8012 del 18 de julio de 2012 por 7 años. 7 semestres

Ciencias Aplicadas *

SNIES 105485, Res. 6248 del 6 de abril de 2016 por 7 años. 8 semestres

Sede Bogotá, carrera 11 No. 101- 80.

* Sede Campus Nueva Granada, kilómetro 2 vía Cajicá-Zipacquirá.

* Sede Bogotá y Sede Campus Nueva Granada.

* Facultad de Medicina y Ciencias de la Salud, transversal 3 No. 49 - 00.



